

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSTGRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES



Tesis para optar al grado de Doctor
Programa: Derecho Constitucional y Derecho Administrativo
Línea de investigación: Derecho de la integración.

TESIS DOCTORAL

**“EFECTOS DE LA APLICACIÓN PREFERENTE DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA
DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO SOBRE EL ORDENAMIENTO
JURIDICO INTERNO DE LOS ESTADOS: UN ESTUDIO COMPARADO BOLIVIA
Y ECUADOR**

Postulante: MSc. German Ariel Benavides Gisbert
Tutor: Eric Tremolada Álvarez PhD.

Julio 2022

La Paz-Bolivia

ÍNDICE

INDICE	2
INDICE DE GRAFICAS	8
ABREVIATURAS Y SIGLAS	9
RESUMEN EN ESPAÑOL.....	11
RESUMEN EN INGLES	12
INTRODUCCION	14

CAPITULO I

FUNDAMENTOS Y ALCANCE DE LA INVESTIGACION.....	22
1. Planteamiento del problema.....	26
2. Diseño metodológico.....	32
3. El Estado del arte	34
4. Consideraciones finales del capítulo.....	40

CAPITULO II

MARCO TEORICO.....	42
1. Marco teórico.....	42
1.1 Teorías clásicas.....	44
1.1.1 El debate doctrinal entre monismo y dualismo	44
1.1.2 El dualismo.....	44
1.1.3 El monismo	46
1.2 Las nuevas teorías.....	49
1.2.1 El funcionalismo.....	49
1.2.2 El neo funcionalismo.....	51
1.2.3 El intergubernamentalismo.....	53
1.2.4. La teoría de la integración como atribución de competencias.....	55

1.2.5 El pluralismo constitucional	56
1.2.6 La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.	59
2. Marco conceptual	63
2.1 Constitución.....	63
2.2 Soberanía.....	64
2.3 Supremacía constitucional.....	65
2.4 Tratado internacional.....	65
2.5 Supranacionalidad.....	66
2.6 Derecho comunitario.....	67
2.7 Primacía.....	68
2.8 Integración.....	68
2.9 Garantías.....	69
3.Consideraciones finales del capítulo.....	71

CAPITULO III.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO. DOCTRINA INTERNACIONAL.....	74
1. Derecho internacional y derecho comunitario	74
1.1 Concepto y características del derecho internacional.....	74
1.2 La relación entre derecho interno y derecho internacional	76
1.3 Antecedentes de las relaciones internacionales entre Estados	77
1.3.1 La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.....	78
1.3.2 La Convención de Viena sobre derecho de los tratados.....	78
1.4 Principio pacta sunt servanda.....	79
1.5 Principio de buena fe.....	80

1.6 Soberanía contemporánea y supranacionalidad.....	80
1.7 Recepción del derecho internacional en los derechos internos.....	82
1.8 Control de constitucionalidad de los tratados internacionales.....	83
1.9 Aplicación del derecho internacional dentro del Estado.....	84
1.10 Conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno.....	85
1.11 Cláusulas de articulación.....	86
1.12 Derecho de la integración y derecho comunitario.....	89
2. Ordenamiento Jurídico Andino.....	93
2.1 Antecedentes.....	93
2.2 Orden jurídico comunitario.....	96
2.3 El derecho comunitario andino.....	98
2.4 Constitución de órganos comunitarios.....	103
2.5 Fuentes del derecho comunitario.....	106
2.6 Origen y evolución del Acuerdo de Cartagena.....	110
2.7 El Sistema Andino de Integración.....	115
2.7.1 Consejo Presidencial Andino.....	116
2.7.2 Consejo Asesor Ministros de Relaciones Exteriores.....	116
2.7.3 Comisión de la Comunidad Andina.....	117
2.7.4 Secretaria General Comunidad Andina.....	119
2.7.5 Tribunal de Justicia Comunidad Andina.....	120
2.7.6 Parlamento Andino.....	122
3. Particularidades del derecho comunitario.....	123
3.1 Principios fundamentales.....	125
3.1.1 Aplicabilidad inmediata.....	125

3.1.2 Efecto directo..	127
3.1.3 Primacía.....	127
3.1.4 Carácter supranacional.....	128
3.1.5 Atribución de competencias a organismos internacionales....	129
3.2 Otros principios.....	129
3.2.1 Autonomía.....	129
3.2.2 Cooperación leal.....	129
3.2.3 Intangibilidad.....	130
3.2.4 Carácter vinculante.....	130
3.2.5 Complemento indispensable.....	131
3.2.6 Irretroactividad de la norma.....	131
4.Consideraciones finales del capítulo.....	132

CAPITULO IV.

PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO.....	135
1.Alcance del concepto.....	135
1.1 Características del principio de primacía.....	136
1.2 Orígenes del principio de primacía.....	137
1.3 El principio de primacía de la normativa comunitaria europea.....	139
1.4 El principio de primacía de la normativa comunidad andina.....	142
1.5 Posibles conflictos derivados del principio de primacía.....	145
1.6 Primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional.....	147
1.7 Primacía y su relación con disposiciones constitucionales de integración.....	150
1.8 Efectos de la aplicación preferente del principio de primacía.....	153
2. Las cláusulas de integración supranacional.....	154

2.1 Constitución Política de Ecuador 2008	157
2.2 Constitución Política de Bolivia	169
2.2.1 Constitución Política de Bolivia 1967	170
2.2.2 Constitución Política de Bolivia 2009	173
2.3 Constituciones países miembros de la Comunidad Andina.....	194
2.3.1 Constitución Política de Colombia 1991.....	195
2.3.2 Constitución de la Republica del Perú 1993.....	197
2.4. Análisis comparado disposiciones constitucionales sobre integración Comunidad Andina.....	198
2.5 Disposiciones constitucionales sobre integración en la Unión Europea	205
2.5.1 Ley Fundamental República Federal de Alemania 1949.....	205
2.5.2 Constitución de España 1978.....	208
2.5.3 Análisis comparado disposiciones constitucionales Alemania y España.....	210
3. Estudio comparado Jurisprudencia internacional y nacional de la primacía ...	214
3.1 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	214
3.2 Jurisprudencia de la Unión Europea.....	215
3.3 El Tribunal de Justicia Comunidad Andina	223
3.3.1 Interpretación prejudicial	224
3.3.2 Acción de nulidad.....	229
3.3.3 Acción de incumplimiento.....	231
3.3.4 Procesos sumarios por desacato a la acción de incumplimiento	233
3.3.5 Recursos por omisión o inactividad.....	234

3.3.6 Demandas Laborales	234
3.3.7 Demandas Arbitrales	235
3.4 Jurisprudencia andina.....	236
3.5 Actividad del Tribunal de Justicia Andino.....	270
3.6 Principales logros del Tribunal de Justicia Andino.....	276
3.7 Jurisprudencia boliviana	276
3.7.1 La jurisprudencia antes del 2009	277
3.7.2 La jurisprudencia después del 2009.....	281
3.8 Jurisprudencia ecuatoriana.....	299
4. Consideraciones finales del capítulo.....	307

CAPITULO V.

RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS A ESPECIALISTAS	310
1. Antecedentes	310
2. Características técnicas de la guía.....	311
3. Técnicas para el análisis e interpretación de datos.....	311
4. Fiabilidad y validez del instrumento.....	311
4.1 Fiabilidad.....	311
4.2 Validez.....	312
5. Lista de entrevistados	313
6. ¿Qué opinan doctrinantes y operadores sobre el principio de primacía?.....	314
7. Análisis comparado de las entrevistas	355
CONCLUSIONES.....	359
BIBLIOGRAFÍA	363
ANEXOS	378

Índice de gráficas

Gráfico 1. Interpretaciones prejudiciales (1985-2019).....	228
Gráfico 2. Acciones de Nulidad (1985-2019).....	230
Gráfico 3. Acciones de incumplimiento (1984-2019).....	232
Gráfico 4. Causas recibidas (1986-2019).....	273
Gráfico 5. Causas resueltas (1985-2019).....	274
Gráfico 6. Jurisprudencia consolidada por países (2000-2019)	275

Índice de cuadros

Cuadro 1. Cláusulas de apertura constitucional Bolivia y Ecuador.....	201
Cuadro 2. Cláusulas de apertura constitucional Alemania y España.....	212
Cuadro 3. Línea jurisprudencial primacía Unión Europea.....	222
Cuadro 4. Línea jurisprudencial primacía Comunidad Andina.....	269
Cuadro 5. Caso Toyosa.....	297
Cuadro 6. Línea jurisprudencial primacía en Bolivia.....	298
Cuadro 7. Línea jurisprudencial primacía en Ecuador.....	306
Cuadro 8. Lista de entrevistados.....	313

Índice de tablas

Tabla 1. Acciones ante al TJCA (1984-2019).....	271
Tabla 2. Interpretaciones prejudiciales recibidas por países 2019.....	272

Abreviaturas y siglas

Comunidad Andina (CAN)

Sistema Andino de Integración (SAI)

Consejo Presidencial Andino (CPA)

Consejo Andino de Relaciones Exteriores (CAMRE)

Comisión de la Comunidad Andina (CCAN)

Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA)

Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

Parlamento Andino (PA)

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TCTJAC)

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA)

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (ETJCA)

Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (G.O.A.C)

Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP)

Interpretación prejudicial (IP)

Acción de Nulidad (AN)

Acción de Incumplimiento (AI)

Recurso de Omisión (RO)

Demandas Laborales (DL)

Organización Mundial de Comercio (OMC)

Corte Constitucional de Ecuador (CCE)

Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI)

Corte Suprema de Justicia Bolivia (CSJ)
Tribunal Constitucional de Bolivia (TC)
Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)
Servicio Nacional de propiedad intelectual (SENAPI)
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)
Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)
Tribunal Constitucional Federal Alemán. Bundesverfassungsgericht (BVerfG)
Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE)
Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE)
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE)
Tratado de la Comunidad Europea (TCE)
Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE)
Tratado de la Unión Europea (TUE)
Unión Europea (UE)

RESUMEN

La presente investigación se propone analizar la relación entre el derecho comunitario andino y el derecho interno de los Estados desde un enfoque interdisciplinario entre el derecho constitucional, el derecho internacional público, y el derecho comunitario. Tres disciplinas jurídicas que han evolucionado significativamente en las últimas décadas hasta transformar casi por completo el objeto de estudio de las ciencias jurídicas contemporáneas. Por ello, se plantea como problema principal de la investigación: ¿Cuáles son las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y Ecuador?

La investigación se realizó aplicando una metodología analítica y de derecho comparado. Para recabar la información necesaria se han empleado las técnicas de análisis documental; la entrevista a destacados expertos del tema, distribuidos entre doctrinantes y operadores; y el método comparativo para determinar las similitudes y diferencias fundamentalmente entre estos dos Estados miembros de la Comunidad Andina, pero también comparando permanentemente con la profusa doctrina y jurisprudencia internacional correspondiente, especialmente la que proviene del proceso de integración más avanzado, la Unión Europea. Se analizaron en detalle las principales dimensiones sobre las que el principio de primacía incide en el ámbito del derecho interno de los Estados, tales como: el sistema de recepción y aplicación de tratados internacionales; el principio de atribución de competencias; supranacionalidad; el componente democrático en la toma de decisiones de la integración supranacional; los poderes públicos del Estado en el ámbito internacional comunitario; el principio de soberanía; el control previo constitucional de tratados; sentencias del Tribunal de Justicia Andino y del ordenamiento interno, incluyendo las del Tribunal Constitucional o Corte Constitucional; la responsabilidad estatal por incumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y, finalmente, los mecanismos de interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento. Luego del análisis sistemático de todas las

dimensiones afectadas por el principio de primacía del derecho comunitario en el ordenamiento interno de Bolivia y Ecuador se pudo evidenciar que la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento son los principales mecanismos de garantía para la aplicación preferente y cumplimiento uniforme del principio de primacía del derecho comunitario en Bolivia y Ecuador.

Palabras clave: Integración, supranacionalidad, derecho comunitario, ordenamiento jurídico andino, principio de primacía, garantías, interpretación prejudicial, acción de incumplimiento.

ABSTRACT

This research aims to analyze the relationship between Andean community law and the internal law of the states from an interdisciplinary approach between constitutional law, public international law, and community law. Three legal disciplines that have evolved significantly in recent decades to almost completely transform the object of study of contemporary legal sciences. For this reason, the main problem of the investigation is: What are the guarantees of the principle of primacy of Andean community law over the internal legal system of Bolivia and Ecuador?

The research was carried out applying an analytical and comparative law methodology. To collect the necessary information, documentary analysis techniques have been used; the interview with leading experts on the subject, distributed among scholars and operators; and the comparative method to determine the fundamental similarities and differences between these two Member States of the Andean Community, but also constantly comparing them with the profuse corresponding international doctrine and jurisprudence, especially that which comes from the most advanced integration process, the European Union. The main dimensions on which the principle of primacy affects in the field of internal law of the States were analyzed in detail, such as: the system of reception and application of international treaties; the principle of attribution of powers; supranationality; the

democratic component in decision-making of supranational integration; the public powers of the State in the international community sphere; the principle of sovereignty; prior constitutional control of treaties; judgments of the Andean Court of Justice and of the domestic legal system, including those of the Constitutional Court or Constitutional Court; state responsibility for non-compliance with the obligations arising from the treaties and, finally, the mechanisms of preliminary interpretation and action for non-compliance. After the systematic analysis of all the dimensions affected by the principle of primacy of community law in the internal legal order of Bolivia and Ecuador, it was possible to show that the preliminary interpretation and the action of non-compliance are the main guarantee mechanisms for the preferential application and uniform compliance. of the principle of primacy in Bolivia and Ecuador.

Keywords: Integration, supranationality, community law, Andean legal system, principle of primacy, guarantees, preliminary interpretation, non-compliance action.

INTRODUCCIÓN

El acelerado progreso de las relaciones internacionales ha provocado que, en las últimas décadas, el número de instrumentos internacionales que acuerdan los países se intensifiquen considerablemente, dando lugar a la existencia de un considerable número de acuerdos que los Estados, como entes soberanos, han asumido con otros sujetos de Derecho internacional, entre ellos la Comunidad Andina de Naciones, afectando el derecho interno de los Estados.

Ello naturalmente ha provocado una preocupación en los Estados, por contar con una arquitectura constitucional adecuada, que permita establecer el proceso interno que se debe observar a fin de que la recepción y aplicación del derecho comunitario en el derecho interno sea lo menos conflictiva posible, especialmente con los preceptos constitucionales, pero tampoco genere ningún tipo de responsabilidad estatal por el incumplimiento de los tratados internacionales.

Por lo cual, esta investigación busca analizar las novedades más importantes introducidas en el marco de las complejas relaciones que se dan entre las organizaciones internacionales de tipo supranacional y los Estados miembros, con el objetivo de determinar las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino en el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y Ecuador.

Sin duda, uno de los problemas constitucionales de mayor alcance actualmente, en virtud a la permanente evolución e incidencia que tiene el derecho internacional sobre los Estados y sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, es que necesitan remozarse para responder acertadamente a los desafíos que plantea el mundo globalizado del siglo XXI.

Dada la incidencia del derecho comunitario en las diversas áreas del ordenamiento jurídico interno, su estudio sistemático ofrece un interés significativo para todo investigador del derecho, en particular, para los estudiosos del derecho constitucional.

Se trata, por lo tanto, de estudiar con mayor profundidad las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador. Con el propósito de intentar un mejor entendimiento para dar solución a la tensa relación existente entre los procesos de integración supranacionales y el ordenamiento jurídico interno, especialmente con la constitución de los Estados.

Nuestro objeto de estudio también ha sido tratado en el marco del fructífero y constante debate doctrinal y jurisprudencial, muy propio del derecho internacional público, por lo que sus aportes más destacados nos permiten tener una mejor comprensión de las complejidades del fenómeno jurídico, altamente influenciado por el fenómeno de la globalización.

Efectivamente, las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados, ha sido objeto de estudio desde finales del siglo XIX, como por ejemplo: “con la publicación de la obra del jurista alemán Heinrich Triepel (1868-1946) Derecho internacional y derecho interno (1899)”¹, que ha generado un importante debate doctrinal que ha girado alrededor de la unidad y pluralidad de y entre ordenamientos jurídicos, y que ha evolucionado desde un enfoque puramente teórico hacia la práctica jurisprudencial, para centrarse en los efectos y consecuencias que producen los diferentes tipos de normas jurídicas internacionales sobre las normas internas de los Estados.

Asimismo, desde la disciplina más joven, que es el derecho comunitario, se hace imprescindible su tratamiento, en virtud a que cada vez más, hay una tendencia a tratar de limitar los poderes y las competencias de las instituciones internacionales supranacionales, como la teoría italiana de los contra límites, o los profundos cuestionamientos que hace el *Bundesverfassungsgericht*² al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el respeto de los derechos fundamentales, planteamientos que han evolucionado significativamente hasta poner en riesgo la misma existencia de los Estados miembros en Europa.

¹ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. Compendio de Derecho Internacional Público. Octava Edición. Madrid: Editorial Tecno, 2019, p.85. ISBN: 9788430978250

² Tribunal Constitucional Alemán.

Por otra parte, esta investigación se justifica ampliamente por el hecho de ser un tema recurrente de intenso debate tanto político como académico de primer orden, ya que los procesos de integración en la actualidad han alcanzado un nivel tan amplio y complejo que obliga al debate general en las sociedades, ya no tan solo de especialistas y funcionarios en los procesos de integración.

Un caso, sui generis, de integración lo constituye Bolivia, que en la Constitución Política del Estado del año 1967 y en las anteriores constituciones también, no contemplaba clausula alguna de apertura en relación a los procesos de integración supranacionales, a pesar de ser miembro fundador del Acuerdo de Cartagena, fue recién con la Constitución Política del Estado Plurinacional del 2009, cuando se pueden empezar a distinguir la incorporación de importantes clausulas, llamadas a establecer el fundamento constitucional que dan paso a la recepción y aplicación de los procesos de integración.

Sin embargo, es importante recordar que la diplomacia boliviana, desde la década de los años 40, ideó una tesis integracionista para relacionarse con sus vecinos, donde destacan dos ex cancilleres bolivianos: Luis Fernando Guachalla, quien luego de la guerra con el Paraguay, anuncio en 1936 que: “la función internacional de Bolivia se condensa entonces en una fórmula de su cancillería: Bolivia debe ser tierra de contactos y no de antagonismos”³.

Asimismo, el Canciller, Alberto Ostría Gutiérrez, que en 1946 en su libro “una obra y un destino”⁴ define varios puntos de la política exterior y cuál debería ser la geopolítica boliviana, proponiendo seis lineamientos para poder realizar un programa de política internacional de relacionamiento que tenía el objetivo de hacer salir de su aislamiento internacional y hacer cumplir su función internacional que le daba su ubicación geográfica estratégica, situada en el corazón de la región, una pieza clave para la integración regional. Ostría Gutiérrez afirmaba con toda convicción y visión de futuro que: “la geografía impone a Bolivia, no una función de

³ GUACHALLA, Luis Fernando. Misión en el Paraguay. UMSA La Paz.1931. p 288

⁴ OSTRIA, Alberto. Una obra y un destino. La política internacional de Bolivia después de la Guerra del Chaco. Buenos Aires-Argentina. 1946. pp.18-355

aislamiento, sino de atracción, de articulación, de unión, de soldadura entre los países que la rodean”⁵

A partir de esas importantes referencias históricas y geopolíticas, Bolivia suscribió varios acuerdos comerciales dentro de la región y definió estratégicamente su participación en los procesos de integración de los cuales formo parte activa, como en la ALADI/ALALC y, particularmente, en la Comunidad Andina de Naciones, mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena en 1969.

Ciertamente la situación geográfica de Bolivia en pleno corazón de Sudamérica favorece a que sea un país de contactos y de protagonismo integrador en cuanto a las relaciones internacionales con todos sus vecinos se refiere, tanto en la cuenca del pacífico como en la del atlántico. Y si se logra la anhelada convergencia entre la CAN y el MERCOSUR, Bolivia será sin duda un actor importante, ya que participa en ambos procesos de integración, llamados a articularse en un futuro no muy lejano. Por lo que la experiencia institucional ganada para garantizar el derecho comunitario será de gran ayuda para no empezar de cero la próxima vez cuando emprendamos entre todos los países sudamericanos un proyecto regional de integración mucho más ambicioso.

Según lo expresara el ex Canciller Agustín Saavedra: “Es necesario, que Bolivia reafirme su política exterior de cara a las ventajas que le ofrece su posición geográfica, ya que cuenta con una posición privilegiada por estar en el centro del continente, que es parte central del territorio por donde se pretende la construcción de los ejes interoceánicos que son parte de la iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), en la medida que estos proyectos se vayan concretando, Bolivia se convertirá en un actor fundamental dentro de la Región”⁶

Entre el 2006 y el 2019 se perdió este mandato orientador a favor de la integración supranacional y se privilegió tan solo las relaciones políticas a nivel regional con las iniciativas poco exitosas y efímeras de UNASUR, ALBA-TCP,

⁵ Ídem, 1946. p.355

⁶ SAAVEDRA, Agustín. *Política exterior de Bolivia*. La Paz: Los Amigos del Libro, 2005. p.36

CELAC, que no han logrado satisfacer sus altas expectativas y alcanzar los objetivos comunes que se habían propuesto sus Estados miembros al momento de su creación.

Ante el nuevo escenario global y las alianzas económicas y comerciales que se están negociando tanto en la Alianza del Pacífico como en la Comunidad Andina de Naciones y hasta con el MERCOSUR, se hace necesario definir una política exterior a favor de la integración, remozada y pragmática para dinamizar el relacionamiento comercial con todos los bloques y alianzas comerciales que se están gestando en Sudamérica actualmente y para hacer un frente común a las consecuencias que trae consigo la globalización.

Por su parte, la Constitución Política del Estado del Ecuador de 1978, si bien tenía ya alguna mención a los procesos de integración, tampoco eran suficientes. Mientras que la última Constitución ecuatoriana de Montecristi del 2008, si puede mostrar ya la mayor cantidad y amplitud de cláusulas sobre relaciones internacionales e integración de todos los países andinos y, sin duda, también de toda América Latina.

Otra razón para esta investigación es que, tanto en Bolivia como en el Ecuador, existe ausencia marcada para estudiar con cierta profundidad los complejos problemas que surgen de la relación entre el derecho comunitario andino y el ordenamiento jurídico interno de los Estados, hasta el presente, no se ha investigado de forma suficiente sobre todos los efectos que conlleva la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el derecho interno de los Estados miembros.

Por las características de este estudio, se trata de una investigación original, tanto en Bolivia como en el Ecuador, países que pertenecen desde su fundación al Pacto Andino, hoy en día llamada Comunidad Andina de Naciones, ambos Estados son relativamente pequeños, comparados con los otros dos países miembros más grandes que son Colombia y Perú, los dos países miembros tienen muchas similitudes en el nivel de desarrollo político y jurídico, características sociales y

culturales similares, un tamaño de sus economías y población bastante semejantes y una reducida aplicación del derecho comunitario.

Ambos países tuvieron recientemente en la primera década del siglo XXI, un profundo proceso constituyente casi paralelo, donde Bolivia comenzó primero en el 2006, pero sufrió varios meses de parálisis, por problemas políticos internos, que acabo con grandes cambios en el proyecto original de Constitución, producto de una difícil pero necesaria negociación en el entonces parlamento nacional. Es importante, aclarar que, aunque fue aprobado con posterioridad, el texto boliviano fue redactado con anterioridad al texto constitucional ecuatoriano de Montecristi del 2008.

En estas constituciones hay una serie de novedosos mandatos del constituyente que tienen que ver con la forma de relacionarnos internacionalmente, donde se habla y promueve la integración, se dan clausulas para la recepción de los tratados internacionales que, garantizan la seguridad jurídica, tanto nacional como internacional. Asimismo, en base a esta nueva doctrina constitucional, se van generando nuevas líneas jurisprudenciales, dignas de ser analizadas y comparadas para poder evaluar su impacto sobre la validez y eficacia de derecho comunitario andino.

Esta investigación afronto el problema de la escasa bibliografía especializada, desde la óptica interna de los dos países, Bolivia y Ecuador, y la inexistente sistematicidad de los elementos claves de nuestro problema de investigación. Evidentemente, no hay datos suficientes, ni estadísticas confiables, no hay una debida sistematización de los tratados internacionales y del derecho derivado, ni el seguimiento adecuado de la doctrina y análisis jurisprudencial sobre los fallos de la jurisdicción supranacional para efectivizar y garantizar la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador.

A pesar de estas dificultades creemos que un estudio de esta naturaleza contribuirá al mejor entendimiento de la estructura y el funcionamiento de las organizaciones supranacionales a través del estudio de sus mecanismos de

garantía del principio de primacía del derecho comunitario andino y su necesaria armonización con el orden jurídico interno de los Estados.

Este estudio tiene la intención de que sea utilizado como un texto de consulta para profesores universitarios, operadores de la justicia, gestores de la integración supranacional, legisladores nacionales y estudiosos de la Comunidad Andina de Naciones.

En la presente investigación abordamos un conjunto de temas que ciertamente se relacionan entre sí, tales como: integración, supranacionalidad, derecho comunitario, mecanismos de garantía del principio de primacía, constitución, soberanía, atribución de competencias, sistema de recepción y aplicación de tratados internacionales. Los cuales se desarrollarán enmarcados y enriquecidos por el permanente debate teórico entre los enfoques del dualismo (que siguen generalmente los Tribunales Constitucionales) y el monismo internacionalista (al cual se adscribe por ejemplo el Tribunal de Justicia Andino). Al rango jerárquico constitucional que le asigna la constitución en Bolivia y supralegal legal en el Ecuador, que tienen grandes repercusiones para la interpretación que realizan los jueces en los temas relativos a la aplicación del derecho comunitario.

La tesis se divide en cinco capítulos: En el primero, se desarrollan los fundamentos y alcance de la investigación. En el segundo se construye el marco teórico y conceptual sobre el cual se asienta nuestra investigación. El tercer capítulo versa sobre la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario andino, el mismo que se divide en tres subcapítulos, el primero da un contexto general del derecho internacional y derecho comunitario, el segundo describe la estructura y el funcionamiento del ordenamiento jurídico andino. El tercer subcapítulo analiza las particularidades del derecho comunitario. El capítulo cuarto profundiza sobre la primacía del derecho comunitario y se compone de cuatro subcapítulos, el primero acerca del alcance del concepto de primacía, el segundo se concentra en las cláusulas constitucionales de integración, el tercero es un estudio comparado de la jurisprudencia internacional y nacional sobre el principio de primacía. El capítulo quinto, hace referencia a los resultados de las entrevistas a especialistas sobre

derecho comunitario, es decir, que opinan algunos expertos divididos entre doctrinantes y operadores sobre los efectos de la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico interno en Bolivia y Ecuador. Finalmente, se tienen las conclusiones obtenidas a partir de la exhaustiva y sistemática contrastación de la doctrina y jurisprudencia, a través del método comparado, que ha provisto de interesantes evidencias empíricas a tesis doctoral.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS Y ALCANCE DE LA INVESTIGACION

Las últimas cinco décadas se han caracterizado por la aceleración de los cambios hacia mega tendencias, como la creciente revolución de las tecnologías y las comunicaciones y un notorio giro de las relaciones entre los Estados y sociedades hacia una configuración regional y global.

Producto de estos cambios se ha dado el proceso de globalización que se inicia por la creciente necesidad de consumo y auge en las relaciones comerciales de los países industrializados, la búsqueda de expansión para sus productos y el constante crecimiento económico.

El modelo globalizador ha promovido un proceso cultural, dinámico, donde las fronteras han ido desapareciendo y redefiniéndose constantemente, así se puede observar como la humanidad ha ido avanzando, más allá de los conocimientos ancestrales y endógenos, en el campo económico, político, jurídico, científico, tecnológico y cultural.

La globalización promueve “la interdependencia entre las economías nacionales y de reducción de las barreras y distancias entre mercados nacionales a raíz del crecimiento rápido de las transacciones internacionales, tanto para los bienes y servicios como para factores de producción”⁷.

Esta realidad tan compleja del mundo contemporáneo, ha convocado a proponer vías alternativas al proceso de la globalización, ya que los problemas que afectan, especialmente, a la mayoría de las economías incipientes de los países en desarrollo, especialmente de Latinoamérica, se agudizan a medida que las brechas entre unos y otros se acrecientan.

Los procesos de integración se han ido desarrollando tanto a nivel regional como subregional a nivel mundial, como una estrategia de contención que permita que las

⁷ SALTOS, María Giaconda. *Derecho e integración*. Quito-Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2018. p.122. ISBN: 9978867570, 9789978867570

economías disminuidas por el actual contexto mundial puedan competir en igualdad de condiciones, mediante un desarrollo armónico y sostenido con el resto de las economías desarrolladas para poder equilibrar la injusta desigualdad que predomina e incluso en ciertos continentes se acrecienta. La globalización está empujando cada vez más a los países a buscar la asociación en bloques comerciales para poder competir con éxito en las actuales circunstancias.

Paralelo a la globalización se dio entonces otro proceso, de cooperación internacional, a través de los denominados organismos internacionales, que han venido apoyando una evolución hacia una conciencia más profunda del ser humano, mejorando considerablemente los derechos y el bienestar económico. En esta parte podemos mencionar el gran aporte a la paz, la amistad y el desarrollo que brinda todo el sistema de la Organización de Naciones Unidas a nivel global, y la exitosa experiencia de integración de la Unión Europea, que ha logrado una verdadera unión de veinte siete países, con el fin de enfrentar en mejores condiciones los retos del mundo actual.

Es en ese sentido que la integración se concibe como una estrategia geopolítica de los Estados que va más allá de una óptica netamente comercial e implica una corriente donde el desarrollo humano y el bienestar de todos los ciudadanos sean el objetivo final de estos procesos.

La integración es, por lo tanto, un proceso económico, político, social y cultural, donde los Estados miembros que se asocian buscan el desarrollo para mejorar las condiciones de sus ciudadanos. El derecho, por tanto, no se encuentra al margen del fenómeno de la integración ya que se observa la necesidad de crear y sistematizar la normativa comunitaria en un verdadero ordenamiento jurídico propio, autónomo e independiente, que sea el garante del cumplimiento leal y obligatorio de todos y cada uno de los compromisos asumidos en los tratados.

Debemos resaltar la importancia de la integración como un instrumento idóneo y adecuado para alcanzar el objetivo de desarrollo que tienen los países con miras a alcanzar mejores días, permitiendo entre otros, el libre intercambio de bienes y servicios producidos en otros países.

Las diferencias económicas, sociales, físicas o territoriales, poblacionales, incluso las de conocimiento intelectual o científico, han motivado a los Estados del mundo a buscar profundizar las relaciones económico comerciales para satisfacer las grandes y crecientes necesidades humanas del mundo actual.

Por tanto, en el transcurso del siglo pasado, desde la década de los años 50 hasta nuestros días, muchos pueblos han decidido estratégicamente que la mejor forma de lograr su bienestar y desarrollo armónico es creando y apoyando procesos de integración tanto regionales como subregionales y han sido esas relaciones económicas, políticas, sociales y culturales, las que han caracterizado al fenómeno integracionista, que además tiene, hoy por hoy, implicancias multifacéticas, gracias a los éxitos alcanzados.

La política de integración adoptada desde mediados del siglo XX indudablemente que continuará en el transcurso de todo el presente siglo XXI, si consideramos el desarrollo que ha tenido la integración en lo que respecta a la Comunidad Andina de Naciones, el segundo mejor proceso de integración del mundo, después de la Unión Europea, el cual ha tomado como modelo institucional a seguir, para beneficio de los pueblos que se integran.

La integración, sin duda alguna se ha convertido en un tema central de debate y discusión en todo el mundo, especialmente en las últimas décadas, como mecanismo para enfrentar en mejores condiciones los problemas que acarrea tanto la globalización como los vertiginosos cambios tecnológicos y aprovechar conjuntamente sus efectos positivos en la economía mundial.

Los procesos de integración están destinados a lograr grandes objetivos socio-económicos, pero requieren, inevitablemente del soporte de un marco jurídico adecuado que regule sus actos con certidumbre, los que deben estar en concordancia a los objetivos comunes de los países que los conforman y en sintonía con el respectivo ordenamiento jurídico interno.

De lo indicado, puede inferirse que tanto la doctrina internacional como la práctica integracionista han convertido ese marco jurídico inicial muy bien evolucionado, en todo un Derecho comunitario, de vital importancia para poder

comprender y explicar el desarrollo de los procesos de integración como es el caso de la Comunidad Andina de Naciones.

Es con este propósito que los cuatro países andinos inmersos en esta política integracionista no tienen otra alternativa que proceder a una adecuación de su ordenamiento interno al Derecho comunitario con voluntad política, adoptando estos procesos como acciones fundamentales dentro de su política exterior. Adecuando los conceptos y principios al actual desarrollo del derecho internacional público que perfila un nuevo mundo más cooperativo e interrelacionado.

Así, en esta tesis destacaremos como se ha ido construyendo un proceso de comunitarización de nuestras constituciones, que reconoce la primacía del derecho comunitario, cuya proclamación de rango constitucional se hace dentro del bloque de constitución para el caso de Bolivia y rango legal para el caso del Ecuador. Y que se viene afirmando como principio existencial del derecho comunitario en la copiosa y valiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Y, si bien, existen claramente muchas voces disonantes, acerca de que el Derecho comunitario es incompatible con la supremacía constitucional, es importante que se busque una adecuada constitucionalización del derecho comunitario por la vía de la integración competencial y no del conflicto entre ordenamientos jurídicos a través del concepto de jerarquía.

Es importante mencionar el gran avance constitucional y jurisprudencial alcanzado para el reconocimiento de la primacía del derecho comunitario, por los Estados de la Unión Europea, e incluso de los países miembros de la Comunidad Andina, del que Bolivia y Ecuador forman parte o de lo que sucede también con los Países que integran el MERCOSUR en el que Bolivia y Ecuador tiene la calidad o el status de Estados Asociados, al igual que otros cinco países⁸, que han sabido adecuarse jurídicamente a las diferentes fases de la integración.

La Constitución boliviana del año 1967, en su artículo 59 numeral 12 señalaba como atribuciones del Poder Legislativo: "Aprobar los tratados, concordatos y

⁸ Los países asociados al Mercosur en 2019 son: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam.

convenios internacionales"⁹. Como puede observarse, se trataba de una facultad y responsabilidad estatal muy vaga y nada precisa en lo referente a la relación del país con otros Estados y organismos internacionales.

Con la Constitución del año 2009, se mejora sustancialmente el reconocimiento con rango constitucional a las normas de derecho comunitario ratificados por el país, pero al mismo tiempo, se complejiza el procedimiento de aprobación de los tratados internacionales que ceden competencias institucionales a organismos supranacionales, a través del referendo popular vinculante previo a la ratificación. Si bien estos cambios son profundamente democráticos y legítimos para hacer participar al pueblo directamente en la delegación de competencias soberanas a organismos internacionales, se puede perder funcionalidad a la hora de llevar adelante procesos estratégicos para el país.

Estas son las razones que han motivado la redacción de la presente investigación en la que, a lo largo de los siguientes capítulos a ser analizados, se evidenciará la certeza de nuestra posición a favor de la integración, dejando establecido que desde el 2008 y el 2009 se ha logrado la modernización de nuestras Constituciones, las que ahora establecen en su articulado, que reconocen los proceso de integración y sus principios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía del Derecho comunitario vinculantes dentro de la legislación interna. Y donde podemos también evidenciar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y la Corte Constitucional del Ecuador, citando ejemplos esclarecedores de la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados.

1. Planteamiento del problema

Para comenzar esta reflexión académica sobre la relación entre derecho comunitario y derecho interno de los Estados, a través del estudio de la aplicación

⁹ Constitución Política del Estado del 2 de febrero 1967, *artículo 59. Gaceta Oficial de Bolivia. Edición Oficial. La Paz Bolivia*

del principio de primacía, deberemos revisar los antecedentes de constitucionalización del derecho comunitario andino.

Por otra parte, hay que mencionar que el proceso de integración mundial ha podido avanzar considerablemente por la vía jurisprudencial, donde germinaron los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo, principios que se han convertido en los verdaderos pilares que sostienen la estructura del ordenamiento jurídico andino. La doctrina internacional señala reiteradamente que son estos principios los que allanaron el camino para la progresiva constitucionalización del derecho andino.

Como se conoce ampliamente en el ámbito del derecho, la primacía supone la prevalencia aplicativa de las disposiciones comunitarias en caso de contradicción con las leyes nacionales, la aplicación inmediata está relacionada a su entrada en vigor, y la eficacia directa se concreta en la posibilidad de los particulares de invocar ante el juez nacional sus derechos consagrados en el derecho comunitario.

Por definición, tanto la primacía como la aplicación inmediata y el efecto directo, se encuentran estrechamente vinculadas, pues establecen una obligación para el juez nacional de aplicar preferentemente las disposiciones comunitarias andinas para la resolución de conflictos e inaplicar, si es necesario, las disposiciones nacionales que considere contrarias al ordenamiento comunitario.

Esta obligación de conceder eficacia al Derecho comunitario en el ámbito interno se ha ido extendiendo, incluso a todos los poderes públicos del Estado, en virtud a que al ser el Derecho comunitario un ordenamiento integrado a los sistemas jurídicos nacionales, son los propios poderes públicos nacionales los que se hacen responsables de su aplicación.

La dimensión constitucional de estos principios se entiende porque fueron consecuencia jurídica de la naturaleza jurídica del derecho comunitario andino, “un nuevo ordenamiento supranacional distinto al derecho internacional y al derecho

interno de los estados; por otro lado, debían conjugarse con los derechos y obligaciones derivadas de los tratados”¹⁰

La labor del Tribunal de Justicia Andino, ha demostrado que tanto en Bolivia como Ecuador, como países miembros, en contadísimas oportunidades y por ende en escasas demandas ha sido sujeto activo o pasivo, es decir, ha sido demandado o demandante como emergencia del incumplimiento de las normas comunitarias establecidas por el Acuerdo de Cartagena, situación que se ha dado, fundamentalmente por el desarrollo relativo que económicamente han tenido los dos países en relación con los otros dos países miembros, lo que demuestra la tradicional poca oferta de productos al mercado andino, por una parte y, por otra, la normatividad interna, es muy escasa y casi nada precisa respecto al Derecho comunitario.

Es en el marco de estas circunstancias particulares es que los diferentes productores de ambos países, deben estar constitucionalmente protegidos, vía el asesoramiento jurídico respectivo, para que puedan recurrir a esa instancia jurisdiccional en busca de amparo legal. Sin embargo, el derecho comunitario no está difundido suficientemente en Bolivia y Ecuador y es por eso que no hay el asesoramiento necesario a las empresas para que hagan valer sus derechos comunitarios ante los tribunales correspondientes.

Ciertamente lo que no se conoce no se puede aplicar, y acá son responsables tanto el Estado que no forma a los jueces nacionales en esta temática, como también las Facultades de Derecho de las universidades, que no cuentan con asignaturas sobre procesos de integración para formar a los abogados en esta importante área profesional.

Todo esto significa, primero, la urgente necesidad de normar la actitud nacional con respecto a sus relaciones con otros países del mundo globalizado dentro los procesos de integración creados y por crearse y, en segundo lugar, la urgencia de

¹⁰ AGUILAR CALAHORRO, Augusto. La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los estados: Una reflexión sobre la constitucionalización de Europa. *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2013, pp.6-70. Disponible en: https://unikore.it/media/k2/attachments/Augusto_Aguilar_Calahorro_numerato.pdf

insertar dentro del Derecho Interno, mejores disposiciones que se adecúen con idoneidad y sostenibilidad al Derecho de Integración Andino.

Esto no quiere decir que en la actualidad se desconozca la aplicación inmediata y la primacía de las normas comunitarias, sino que es necesaria una pronta modernización para llenar un vacío de vital importancia en el ordenamiento jurídico interno de los países, tal cual acontece con los demás países que pertenecen a diversos grupos de integración, aspecto que puntualizaremos en el desarrollo de la tesis en base a la metodología del derecho comparado.

El problema se suscita en que en algunos casos las normas internacionales desarrolladas en tratados internacionales pueden estar en conflicto con las normas internas de los Estados, pero el problema reviste mayor importancia cuando las normas internacionales vulneran disposiciones fundamentales de un Estado, es decir, cuando contradicen la Constitución de un Estado; y es aquí cuando surge la pregunta del problema a investigar: ¿Cuáles son las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y Ecuador?

Derivado de lo anterior surgieron como preguntas de investigación:

¿Qué dice la doctrina y practica internacional contemporánea sobre el principio de primacía del derecho comunitario andino?

¿Cuáles son las cláusulas en la Constitución de Bolivia y Ecuador que regulan la recepción y aplicación preferente del derecho comunitario andino en el ordenamiento jurídico interno de los Estados?

¿Qué jurisprudencia internacional y nacional existe sobre la garantía de cumplimiento uniforme y aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario andino?

¿Cómo se soluciona el conflicto entre supremacía constitucional y primacía del derecho comunitario?

¿Cuál es la opinión de los operadores jurídicos y expertos en derecho constitucional y derecho comunitario, acerca de las garantías de cumplimiento uniforme y aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario andino?

El Objeto del estudio de la presente investigación son las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y Ecuador.

Con la finalidad de fundamentar el campo de acción del estudio se recurrió a la doctrina, normativa y jurisprudencia acerca del principio de primacía del derecho comunitario que se aplica preferentemente en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y también de la Unión Europea, ya que es el proceso de integración más avanzado y el cual se tomó como modelo para el resto de procesos de integración a nivel mundial. De igual manera se recurrió al Derecho Comparado.

El objetivo general se expresa en determinar las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y Ecuador.

Al que acompañan los siguientes objetivos específicos: Examinar la evolución de la doctrina en el derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario sobre el principio de primacía. Estudiar la estructura y el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Analizar las características del principio de primacía del derecho comunitario andino. Comparar las cláusulas de recepción de la integración supranacional y el rango normativo en las constituciones de Bolivia y Ecuador. Y, finalmente, comparar la jurisprudencia internacional y nacional del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador.

En cuanto a la hipótesis de la presente investigación se formula con la siguiente formulación: El principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador, se aplica preferentemente, a través de las garantías de interpretación prejudicial y acción de incumplimiento.

En una conceptualización de las variables podemos establecer que, el principio de primacía, llamado también de preeminencia o preferente, lo definimos como la

virtud que tiene el ordenamiento comunitario de primar y ser aplicado preferentemente sobre una norma de derecho interno.

En el contexto de los organismos de integración el término supranacional se refiere a la autonomía del nuevo ente creado por los Estados que se integran. En función de intereses comunes los Estados crean un ente supranacional, a la cual le otorgan autonomía y le ceden voluntariamente determinadas atribuciones para que esa entidad supranacional tome decisiones en el nivel de las competencias que le han sido transferidas soberanamente, por los propios Estados.

La Soberanía tradicional es la manifestación que distingue y caracteriza al Poder del Estado, por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones. Concepto este que también será objeto de análisis y crítica teniendo en cuenta la evolución hacia nuevas posiciones que existen en relación al tema y que se utilizan ahora en el derecho internacional, nos referimos al concepto de soberanía flexible o compartida.

El principio de atribución de competencias, permite al ente supranacional el ejercicio de poderes normativos, ejecutivos y judiciales como consecuencia de la integración. Las constituciones modernas son las que permiten atribuir a una organización internacional supranacional el ejercicio de competencias.

La Comunidad Andina de Naciones, es una organización internacional de carácter supranacional, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, que a partir de cierta atribución-delegación-cesión de competencias que son transferidas por los Estados miembros, tiene en la integración el mecanismo para alcanzar objetivos comunes dirigidos a enfrentar unidos la globalización de los mercados con mejores oportunidades de éxito.

La interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento son los principales mecanismos de garantía para el cumplimiento uniforme y aplicación preferente del principio de primacía en Bolivia y Ecuador.

2. Diseño metodológico

Se aplicó el tipo de investigación explicativo en el entendido que este tiene por objeto demostrar con evidencias empíricas los mecanismos de garantía del principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador, a través del análisis de la doctrina, la normativa, la revisión de cláusulas pertinentes en la constitución y la jurisprudencia internacional y nacional. Por tanto, el presente trabajo no es un diseño experimental, lo que significa que en él se plantean situaciones ya existentes, tal como analizaremos en los capítulos de análisis sobre las cláusulas constitucionales sobre recepción de la integración supranacional y la jurisprudencia comparada.

Se utilizó el método aplicado, analítico, comparativo e inductivo, en cuanto a las técnicas y procedimientos se empleó el método empírico, acudiendo al sistema de entrevistas semi estructuradas, las que están expuestas y analizadas en el presente trabajo de investigación. Se exponen razones que expliquen las garantías de aplicación del principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador en base a la extensa doctrina, normativa y jurisprudencia internacionales y nacionales encontradas.

Se empleó el método aplicado porque esta investigación se llevó a cabo en base a la descripción de la forma cómo se aplican las garantías para el principio de primacía del derecho comunitario andino. Se realiza un análisis de derecho comparado sobre el cumplimiento uniforme y aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario andino, existente en la doctrina, la normativa primaria y secundaria, las constituciones y la jurisprudencia, en los cuatro países miembros actualmente de la Comunidad Andina de Naciones y dos países miembros de la Unión Europea (Alemania y España). Y se empleó el método inductivo, toda vez que a partir de casos concretos como son, las sentencias expedidas por los tribunales internacionales y nacionales, se sacaron conclusiones generales para responder la pregunta principal referida en la formulación del problema a investigar en la presente tesis.

Se empleó una metodología de investigación cualitativa, abarcando en primer término aquellos aspectos de la doctrina jurídica nacional e internacional sobre las garantías de aplicación preferente del principio de primacía, como esta se ha regulado en otras regiones, para luego llevar adelante el estudio comparativo particular del caso en Bolivia y Ecuador.

En cuanto a la metodología utilizada, en virtud del ámbito de la investigación, se considera pertinente la utilización del método clásico del Derecho, es decir el método socio jurídico, el cual pone énfasis en el análisis e interpretación de la jurisprudencia encontrada en la realidad.

Así mismo se consideran fuentes fundamentales de este trabajo de investigación los estudios doctrinarios y conceptuales de destacados doctrinantes como son: Felipe Tredenick, Walter Kaune Arteaga, Cesar Montaña, Ramiro Ávila Santamaría; Paola Acosta, Galo Pico Mantilla, Enrique Ayala Mora, Eric Tremolada, Roberto Viciano, Rubén Martínez, Antonio Ramiro Brotóns y José María Pastor Ridruejo, entre otros.

En cuanto a fuentes normativas se recurrió a las constituciones bolivianas de 1967 y 2009 y la constitución ecuatoriana de 2008, además de la Ley 401 de Celebración de Tratados Internacionales para el caso de Bolivia del 18 de septiembre de 2013. El Decreto Supremo No. 2476, Reglamento a la Ley No. 401 de Celebración de Tratados, del 15 agosto 2015. La ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional del 6 de julio 2010. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador del 22 de octubre 2009. A nivel internacional general se han revisado también las cartas políticas de Colombia, Perú, Alemania y España.

En cuanto a la jurisprudencia se revisaron las principales sentencias del caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europeo (TJUE), las Principales Sentencias de los Tribunales Constitucionales Europeos (Alemania y España), Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y la Corte Constitucional del Ecuador expedidas hasta el 2019. Como un ejemplo

valioso hemos elegido para el análisis un caso icono en la jurisprudencia boliviana, el asunto Toyosa, el cual muestra el uso de todos los mecanismos de garantía del derecho comunitario en todas las instancias jurisdiccionales tanto internas como externas.

Entre las fuentes primarias tenemos las entrevistas semi estructuradas, se realizaron 13 entrevistas a diferentes actores institucionales, académicos, políticos y económicos de la integración en Bolivia y Ecuador y de otros países, bajo la modalidad de preguntas preparadas, con un foco de interés predeterminado. Localizado alrededor de la relación de cooperación entre ordenamiento comunitario andino con los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y las garantías de cumplimiento uniforme y aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador.

En relación a las fuentes secundarias podemos indicar: La Revisión de documentos. Se revisaron las correspondientes cláusulas constitucionales sobre apertura de la integración supranacional, así como las leyes orgánicas y sectoriales como la ley de celebración de tratados internacionales, y las sentencias de los órganos jurisdiccionales nacionales como constitucionales. Asimismo, se tuvo que revisar el Informe final de la Comisión 20 “Fronteras Nacionales, Relaciones Internacionales e Integración” de la Asamblea Constituyente boliviana de 2008.

También se revisaron las fuentes oficiales de la documentación original en la Secretaria General y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, especialmente, de los mecanismos de interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento, entre otros.

3. Estado del arte.

En este contexto, son ciertamente escasos los estudios exhaustivos en torno a este fenómeno de trascendencia mundial, salvo el trabajo aislado de algunos autores tales como: Walter Kaune Arteaga, Felipe Tredenick, Oscar Alba, Alberto

Solares, Carlos Alberto Goitia, Marco Antonio Baldivieso, Rodrigo Garrón profesores bolivianos; Cesar Montaña, Enrique Ayala Mora y Ramiro Ávila Santamaría del Ecuador, Claudia Storini de Italia, Eric Tremolada, y Paola Acosta de Colombia, Roberto Viciano y Rubén Martínez, entre otros.

Tremolada y Martínez Dalmau, ahondan en la distinción entre máxima jerarquía (supremacía constitucional) y aplicación preferente del derecho de la integración (primacía del derecho comunitario). Donde intentan dar una solución a la contradicción sobre cómo sería posible que un ordenamiento jurídico dependa en su validez de una constitución y, a su vez, goce de primacía sobre ella. Según estos autores:

“...solo a través de esta primacía pueden verse realizados mandatos constitucionales como la transferencia de competencias o la plena vigencia de los tratados internacionales. Pero esta aplicación preferente no puede desmejorar la protección constitucional de los derechos porque en ese caso, la Constitución perdería su carácter de norma suprema...”¹¹

Ellos en realidad proponen superar la tensión entre supremacía constitucional y primacía del derecho comunitario “con la distinción entre jerarquía y aplicación, la reducción de los ámbitos supranacionales a las competencias explícitamente cedidas en el marco constitucional, y el mantenimiento de la Constitución como norma de normas. De esta manera el derecho comunitario puede gozar de primacía sobre la Constitución en cuanto a su aplicación, pero la legitimidad del derecho comunitario, en última instancia residen en la propia Constitución”¹²

El profesor Martínez Dalmau con mucha agudeza se pregunta: “¿qué implica la interpretación de los derechos en el marco de los procesos de integración y cuál es su relación con la supremacía constitucional? Una primera respuesta necesita revisar el papel del derecho internacional: en general, en la interpretación constitucional y, en particular, respecto a los derechos. Es frecuente en las

¹¹TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Jerarquía constitucional y Aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derecho e integración. *Revista Universitas*, 2014. N° 128, pp.84-88. ISSN: 0041-9060. doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jcap.

¹² Ídem, 2014, p.86.

Constituciones encontrar cláusulas interpretativas de apertura; aquellas que realizan un llamamiento a tratados internacionales y al derecho de la integración como criterios de interpretación para la aplicación de las propias cláusulas internacionales. Las Constituciones del constitucionalismo social aparecidas en Europa después de la Segunda Guerra Mundial innovaron esta categoría de cláusulas, como reacción a los sucesos bélicos acontecidos durante la primera mitad del siglo xx, y en búsqueda de Mecanismos de protección internacional de los derechos”¹³

Por último, “la posibilidad de que en el marco del derecho internacional o del derecho de integración existan normas que beneficien la aplicación de los derechos internacionalmente normados sobre los constitucionalmente determinados no es un problema de jerarquía. La supremacía de la Constitución, máxima jerarquía, no puede estar en discusión en una Constitución democrática, porque la legitimidad proviene del ordenamiento jurídico. Proviene de su carácter democrático. La aplicación de una norma sobre la propia Constitución debe ser admitida por la Constitución, por lo cual se garantiza la máxima jerarquía constitucional. Lo contrario sería quebrar el fundamento democrático de la norma internacional”¹⁴

Por su parte el profesor ecuatoriano Cesar Montaña señala: “Para nosotros una supremacía constitucional relativa simplemente no es supremacía; la propuesta de solución enunciada lleva erróneamente a compaginar “las exigencias básicas del ordenamiento comunitario” con el problema de las competencias radicadas en sede supranacional, cuestión bastante diferente, que además, no resuelve el fondo del asunto, es decir, la afectación real de la Constitución a remolque de la defensa de los principios de primacía y de efecto directo del ordenamiento jurídico supranacional”¹⁵

Según Montaña:

¹³ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 2016, Vol. 10, N° 37. pp. 129-154. ISSN: 1870-2147. Disponible en: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/download/13/8>

¹⁴ Ídem, 2016, p.154.

¹⁵ MONTAÑO, César. *Problemas constitucionales de las integraciones supranacionales. análisis del caso andino*. Tesis doctoral. Quito : Universidad Andina Simón Bolívar, 2012, p.116. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3063/1/TD024-DD-Monta%C3%B1o-Problemas.pdf>

“El principio de primacía del Derecho comunitario ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el órgano supranacional que construyó los principios y caracteres del ordenamiento jurídico del proceso de integración comunitario de ese continente, y lo ha hecho con bastante fortuna -claro está si miramos el asunto desde la óptica integracionista- a tal punto que, en su momento, mediante la Sentencia Costa contra ENEL, de 1964, prácticamente puso en jaque al principio de supremacía constitucional, sobre todo, mediante la elaboración del principio de primacía de las normas supranacionales”¹⁶

Asimismo, señala que:

“Varios autores postulan que los estados han corroborado la esencia del principio de primacía del Derecho comunitario europeo a través de la aceptación del principio *pacta sunt servanda*, codificado en los artículos 26 y 27 de la CVDT. De esta manera, la primacía del ordenamiento jurídico comunitario se construye con prescindencia de la Constitución nacional, pero en clara conexión tanto con la naturaleza, como con los caracteres específicos de la organización supranacional de integración”¹⁷

El internacionalista Oscar Alba, sobre las principales reglas de reconocimiento del ordenamiento jurídico supranacional en Bolivia, que se encuentran en la Constitución señala que: “se constata el sentido del proyecto de internacionalización/supra nacionalización reconocible en Bolivia...Al desarrollo y la práctica de la política exterior desde la legislación subsidiaria como por ejemplo en la Ley de Celebración de Tratados Nr. 401 de 18 de septiembre 2013, donde se demostró que había antinomias con varias instituciones del Derecho Internacional, entre ellas con las supranacionales”¹⁸. “También será importante observar el desarrollo y la práctica de la Ley 465 de 19 de diciembre 2013, que norma el funcionamiento del Servicio de Relaciones Exteriores de Bolivia que en sus

¹⁶ Ídem, 2016, p.150.

¹⁷ Ídem, 2016. p. 135.

¹⁸ ALBA, Oscar. *El Debate Contemporáneo del Derecho Internacional*. Tercera edición, Instituto de Estudios Internacionales IDEI. Cochabamba, Kipus. 2014. pp. 59-72.

contenidos relevantes ignora la función de los servidores públicos bolivianos que deben cumplir las órdenes y mandatos de las instituciones supranacionales que gozan de poderes superiores y los practican”¹⁹

Alberto Solares Gaité, por su parte analiza la necesidad de un análisis coordinado del derecho interno de los países (derecho constitucional) y el derecho internacional para luego sobre esta base examinar los aspectos que vinculan al Derecho de Integración con los fundamentos de estas dos disciplinas. Destaca su concepción internacionalista, a los cuales: “se los puede identificar con las corrientes monistas, debe reconocerse la primacía del Derecho Internacional por cuanto este ocupa una posición de mayor jerarquía en la estructura normativa (Kelsen). En general se proclama la superioridad del Derecho Internacional sobre el derecho interno, incluso sobre la constitución”²⁰

Por su parte el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría, desde un Análisis de la doctrina y el derecho comparado manifiesta: “El sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicado por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional. Lo dicho sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos, podría predicarse de otros sistemas jurídicos internacionales, tales como el sistema andino de integración, el sistema internacional de Naciones Unidas y demás obligaciones internacionales en las que el Estado se ha comprometido a cumplir”²¹

Horacio Andaluz, se refiere a la supremacía de la constitución y norma incorporante señalando que: “la supremacía de la constitución es una cuestión de hecho; ella es la norma fundacional del sistema jurídico en la medida de su

¹⁹ Ídem, 2014, p. 62.

²⁰ SOLARES, Alberto. *Integración. Teoría y Procesos. Bolivia y la Integración*. Instituto Boliviano de Comercio Exterior: La Paz, 2010, p.86. ISBN: 3845481048ISBN.

²¹ ÁVILA, Ramiro. Las garantías: herramientas imprescindibles para el para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008. En ÁVILA, Ramiro; GRIJALVA, Agustín y MARTÍNEZ Rubén. *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: V&M Gráficas. 2008, p.43. ISBN: 978-9978-92-651-2. Disponible en: http://agustingrijalva.com/wp-content/uploads/2016/06/2_Desafios_Constitucionales.pdf

efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que la integran. Solo en este sentido la Constitución es la fuente de fuentes (norma normarun)”²²

A causa de la norma incorporante, la validez del sistema jurídico boliviano deriva formalmente de los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario en el mismo grado que deriva del texto formal de la Constitución.

Rodrigo Garrón Bozo, da a conocer las bases jurídicas y jurisprudenciales sobre las que descansa el Derecho Comunitario, describe muy bien el derecho comunitario como un derecho supranacional comparando entre el derecho comunitario europeo con el derecho comunitario andino, enfatizando en la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones que tiene la función de interpretación del Acervo Comunitario.

“Se dice del Derecho Comunitario que es un derecho supranacional, con las características fundamentales de aplicación preferente y efecto inmediato. Es decir, son vinculantes para el país en cuanto a que la aplicación primero está referido a la norma comunitaria luego de su publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina de Naciones, a no ser que en el contenido de la norma se establezca que sea necesaria la ratificación mediante el propio ordenamiento nacional”²³

El profesor Garrón hace una mención importante para reforzar este principio de primacía a través de la primera sentencia del TJAC No. 01-IP-87 (Caso VOLVO), al indicar que: “el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista”²⁴

El profesor boliviano de derecho internacional público Felipe Tredenick, mucho tiempo atrás señaló que: “Es sabido de todos que la construcción kelseniana consiste en un ordenamiento jurídico piramidal, que parte de las normas jurídicas

²² ANDALUZ, Horacio. *Aplicación judicial de la Constitución*. Santa Cruz: Plural, 2011, p.39. ISBN: 978-99954-39-80-4

²³ GARRÓN, Rodrigo. *Derecho Comunitario: Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea*. La Paz: Producciones CIMA, 2004, pp. 20-55

²⁴ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso No. 01-IP-87.1987, del 3 de diciembre 1987.

más elementales y gradualmente va ascendiendo hasta culminar, en la cúspide, con la Constitución, lo cual es estrictamente una visión nacional de las proyecciones del derecho. Analizando la pirámide de Kelsen, parece necesaria su complementación, que da como resultado lo que denominamos el reloj de arena de, con la inclusión de otra pirámide, pero invertida, que se encuentra hacia arriba de la cúspide de la constitución y donde figuran todas las denominaciones de los compromisos internacionales, los tratados internacionales. Este reloj de arena, que se proyecta en sentido vertical hacia abajo, matiza la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno de los Estados, todas las veces que un gobierno asuma algún compromiso internacional con otro”²⁵

La profesora colombiana Paola Acosta: “Reivindica la necesidad de reconsiderar los modelos teóricos que hasta el momento explican las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno y se analiza la posibilidad de que, a la luz de un específico marco normativo, exista una alternativa teórica: el pluralismo constitucional”²⁶

4.Consideraciones finales del capitulo

Todos estos autores aportan de forma parcial en la comprensión del complejo fenómeno de la integración supranacional y resaltan algunas características importantes, según su enfoque sobre la relación entre derecho comunitario y derecho interno. Los internacionalistas o comunitaristas afirman la superioridad del derecho comunitario sobre el orden interno incluso sobre la constitución, mientras que los constitucionalistas consideran que la supremacía constitucional está por encima de cualquier otra consideración.

Ante esta situación creemos que se debe abandonar la visión kelseniana de la jerarquía normativa y avanzar hacia otros conceptos más modernos que

²⁵TREDINNICK, Felipe. *Derecho Internacional Contemporáneo*. Cuarta Edición. La Paz: La Paz, Bolivia, 2006, pp. 1-18.

²⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola. Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. *Revista Estudios Constitucionales*. 2016, Vol. 14, N°1. pp. 15-60. ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>

comprenden y explican de mejor manera la relación entre ordenamientos, a la luz de los avances en la doctrina y la jurisprudencia internacional que tienden a la armonización en un sistema multinivel que ciertamente debe ser entendido con otras perspectivas analíticas más funcionales y pragmáticas. Como muy bien lo han entendido en estas últimas décadas, tanto los gestores de la Unión Europea, como los de la Comunidad Andina.

Por otra parte, se hace necesario reflexionar sobre la necesaria creación de nuevos conceptos y marcos de referencia propios para comprender y explicar la realidad latinoamericana y sus particularidades, así como dejar de utilizar conceptos creados en otros continentes que responden a otros procesos históricos, políticos y económicos o jurídicos y, un contexto general, bastante diferentes a nuestra realidad y proceso de construcción de la integración.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

1. Marco teórico

En el marco de las teorías jurídicas sobre integración que sirven para comprender y explicar las características de la construcción de la Comunidad Andina, analizaremos las principales corrientes teóricas que nos permitirán entender el difícil y complejo proceso de la integración subregional andina.

Por lo cual debemos partir de las teorías clásicas del derecho internacional como son las escuelas monista y dualista. Para luego abordar las experiencias europeas del intergubernamentalismo y la supranacionalidad. Así como de otras teorías funcionalistas, neo funcionalistas o neo institucionalistas que, explican el funcionamiento institucional en base a reglas que conducen a la cooperación en las organizaciones internacionales supranacionales.

Asimismo, veremos teorías que tratan de armonizar la transferencia de competencias con la soberanía de los Estados, el pluralismo constitucional y, el de la legitimidad democrática en las nuevas constituciones inspiradas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El proceso de globalización plantea circunstancias muy complejas al derecho constitucional, como la liberación de los poderes económicos globales que ha supuesto un debilitamiento de las funciones históricas de control del poder y garantía de los derechos que le corresponden históricamente al Derecho Constitucional.

La superación de estas limitaciones y la recuperación de sus funciones históricas en el contexto de la globalización, se encuentra para la doctrina en los procesos de integración supranacionales.

La experiencia tanto europea como andina de integración supranacional “tiene en diferente magnitud, tantas luces como sombras, pues está afectando a las funciones que la constitución del Estado nacional ha desarrollado históricamente y

que se ven progresivamente dificultadas en el contexto de la integración supranacional y la globalización. Para el derecho constitucional analizar y discutir sobre las cuestiones teóricas que plantean los procesos de integración supranacionales es muy importante y necesario”²⁷

El derecho comunitario y los derechos internos siendo ordenamientos jurídicos independientes, mantienen intensas relaciones que generan influencias mutuas que contribuyen a la evolución de dichos ordenamientos jurídicos.

“Por un lado, los derechos internos pueden causar determinados efectos en el ordenamiento jurídico internacional a través de normas internacionales que remiten a lo que dispongan los derechos internos; y, por otro lado, el derecho internacional, dado que es un ordenamiento que tiene una institucionalización parcial por carecer en muchos ámbitos de órganos propios con competencia para la aplicación de sus normas, requiere que sean los órganos internos quienes procedan a su aplicación”²⁸

Las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados empiezan a ser objeto de estudio, principalmente por los juristas alemanes e italianos, a principios del siglo XX. La preocupación de los ius-internacionalistas por tales relaciones se ha explicado por la concurrencia de varios factores; el primero era la nueva estructura constitucional que el liberalismo postulaba, basada en el principio de división de poderes y el sometimiento de los Tribunales únicamente al Derecho.

El estudio de estas relaciones tiene tanto una dimensión teórica como otra bastante práctica. De hecho, el debate doctrinal ha ido evolucionando en estos cincuenta años desde la teoría a la práctica, al estudio de las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico de los Estados en Bolivia y Ecuador.

²⁷ACOSTA ALVARADO, Paola. Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. *Revista Estudios Constitucionales*, 2016, Vol.14, N°1. pp. 15-60. ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>

²⁸CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Octava Edición. Madrid: Editorial Tecno, 2019, p.85. ISBN: 9788430978250.

1.1 Teorías clásicas

1.1.1 El debate doctrinal entre monismo y dualismo

En el marco de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno nos referimos a tres cuestiones diferentes: por una parte, a la unidad o escisión entre dichos ordenamientos, a la jerarquía entre sus normas y con ello a la existencia de conflictos normativos y su forma de resolución.

Es cierto que el largo debate doctrinal clásico tuvo un carácter fundamentalmente teórico. Dichos enfoques teóricos han girado en torno a dos teorías del dualismo y el monismo. Estas teorías se insertan en un contexto muy particular que explica su fundamento y su alcance.

1.1.2 El dualismo

Defendido por la doctrina voluntarista alemana e italiana cuyos máximos exponentes fueron Heinrich Triepel (1868-1946) y Dionisio Anzilotti (1867-1950), “consideraba que el derecho internacional y el Derecho interno eran ordenamientos jurídicos diferentes y separados tanto por las relaciones sociales que regulan como por las fuentes jurídicas de cada uno de ellos. Para estos autores el Derecho internacional regula las relaciones entre Estados, que son los únicos que tienen subjetividad internacional, y el individuo no podía ser sujeto de derecho y obligaciones internacionales. En cambio, el derecho interno regularía solo relaciones sociales entre individuos”²⁹

La doctrina del dualismo, está fundamentada en la práctica constitucional de Gran Bretaña y Estados Unidos. En base a esta doctrina, el derecho internacional y

²⁹CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Octava Edición. Madrid: Editorial Tecno, 2019, p.85 ISBN: 9788430978250.

el derecho nacional son en esencia dos ordenamientos distintos, separados y autónomos.

Las diferencias serían también de fuente ya que las normas jurídicas de uno y otros derivarían de voluntades jurídicas diferentes. “En el derecho internacional, la fuente de la obligatoriedad de las normas sería la voluntad común de dos o más Estados, una unión de voluntades (*Vereinbarung*), mientras que por el lado del derecho interno la fuente del derecho sería la voluntad del Estado”³⁰

La propuesta del jurista alemán Heinrich Triepel (1868-1946), *Derecho internacional y derecho interno* (1899), ha girado alrededor de la unidad y pluralidad de y entre ordenamientos jurídicos, o sea partía de “las características propias que por aquel entonces distinguían al derecho internacional y que lo hacían tan diferente de los ordenamientos internos o nacionales; su objetivo era regular las relaciones entre estados, su fundamento era la voluntad de estos, su alcance se extendía solo a ellos”³¹

Esto nos muestra por qué algunos autores afirman que derecho internacional y derecho interno eran dos ordenamientos diferentes e independientes, cuya relación se construía a través de reenvíos. En base a esta idea “para que el derecho internacional pudiera aplicarse en el marco del derecho interno, para que tuviera efectos sobre los individuos, era necesario transformarlo en norma interna”³²

En ese sentido la jerarquía entre estos dos ordenamientos dependería según Acosta:

“...del rango que el acto de incorporación le otorgara y en este sentido, las posibles antinomias entre el derecho nacional y las normas internacionales convertida habrían de solucionarse de acuerdo a las reglas tradicionales

³⁰ Ídem. 2019, p.85

³¹ TRIEPEL, Heinrich (1925): *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, (Paris, Recueil des Cours 1923, Académie de Droit International), citado por ACOSTA ALVARADO, Paola. *Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. *Revista Estudios Constitucionales*, 2016, Vol.14, N°1, p.124. ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>

³² PAUST, Jordan. “Basic Forms of International Law and Monist, Dualist and Realist Perspectives”. En *Basic Concepts of Public International Law: Monism and Dualism*. (Belgrade, Ed. Faculty of Law, University of Belgrade). Paust 2013. Citado por: ACOSTA ALVARADO, Paola. *Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. *Revista Estudios Constitucionales*, 2016, Vol.14, N°1. pp. 15-60. ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>.

propias del derecho nacional (norma superior prevalece sobre inferior, norma posterior deroga anterior, norma especial se prefiere sobre general). Por tanto, según esta teoría, la validez y los alcances del derecho internacional varían según cada ordenamiento jurídico interno de los países...”³³

Algo importante que destacar en las consecuencias prácticas bajo esta doctrina es que los jueces nacionales solo podrán aplicar la norma internacional cuando hubiese sido incorporada o transformada en norma interna y en virtud a que la norma internacional se incorpora al derecho nacional mediante una ley, podría a su vez ser derogada por una ley posterior.

1.1.3 El monismo

Esta doctrina concibe las Relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos no como las relaciones de dos ordenamientos jurídicos diferentes y separados sino formando parte de un único ordenamiento. Lo que si varia en los diferentes autores de esta teoría es el fundamento de esa unidad. Entre los más destacados exponentes de esta doctrina tenemos a Hans Kelsen, Alfred Verdross y Joseph Kunz, miembros de la muy conocida escuela de Viena y George Scelle.

El jurista austriaco Hans Kelsen (1881-1973), por su parte, representante de la doctrina monista normativista, negaba la posibilidad de concebir los ordenamientos en cuestión como diferentes. En la propuesta del profesor austriaco: “no se requería de un acto especial de transformación del derecho internacional para que este tuviese efectos a nivel nacional, ya que aquel era la fuente de subordinación de este”³⁴

Según Kelsen,

³³ACOSTA ALVARADO, Paola. Zombis Vs. Frankenstein: *Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. Revista Estudios Constitucionales, 2016, Vol.14, N°1. pp. 15-60 ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. IV edición. México: Editorial Porrúa, 2007, p.66

“...la solución por la primacía del Derecho internacional o del Derecho interno depende de preferencias éticas o políticas personales. Una persona cuya orientación política sea el nacionalismo se inclinará por defender la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional, mientras que alguien que sienta simpatía por el internacionalismo y el pacifismo, preferirá sostener la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno...”³⁵

Entre los que propugnan la prevalencia del derecho internacional como Kelsen, en caso de enfrentamiento habría de preferirse la aplicación del ordenamiento internacional, toda vez que la validez de las normas nacionales dependía de él³⁶

Otros autores monistas, matizan los planteamientos de Kelsen y admiten tanto la autonomía para el Derecho internacional como de los Derechos internos y los posibles conflictos entre las normas de uno y otro sistema en un planteamiento que se denomina monismo moderado.

Los conflictos entre normas internas e internacionales, “aunque no produzcan la nulidad de las normas internas, generan una situación provisional puesto que los estados tienen la obligación jurídico-internacional de modificar o dirigir las normas por ellos promulgadas en contradicción con el Derecho internacional a petición del Estado perjudicado. Por ello, el conflicto originario se resuelve en última instancia en la primacía del Derecho internacional y esta solución pone de manifiesto la unidad del Derecho”³⁷

Las críticas a la teoría dualista se centran en las diferencias que esta establece respecto a las relaciones sociales y a las fuentes de ambos derechos y además en la tesis que sostiene que las normas jurídicas internacionales no producen efectos jurídicos en el orden interno, todo lo contrario de lo que pretendemos demostrar en esta investigación.

³⁵ KELSEN, Hans. Principios de Derecho Internacional Público. Buenos Aires: El Ateneo, 1965, p. 388.

³⁶ MONROY, Marco. El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional. ACDI, 2008, Año 1, No.1, pp.107-138. ISSN: 2027-1131. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25154.pdf>.

³⁷ VERDROSS, Alfred. Derecho internacional público, Sexta edición. Madrid: Aguilar, 1976. (Traducción Antonio Truyol y Serra). pp.97-98.

Asimismo, debemos recordar a Michel Virally (1922-1989), quien decía que “el Derecho Internacional es un ordenamiento jurídico incompleto que necesita del Derecho interno para poder funcionar”³⁸

Derecho internacional y Derechos internos “son dos órdenes que forman categorías distintas y autónomas en sus modos de creación, pero no rigurosamente separados. Por el contrario, reconocen mutuamente su validez y establecen entre ellos relaciones múltiples, dominadas por el principio de la primacía del derecho internacional en el ámbito internacional”³⁹

Con el paso del tiempo, la escuela monista matizó sus planteamientos, orientándose hacia un monismo moderado, que implicaba la aceptación de la incorporación del derecho internacional en el orden interno podría requerir un acto de transformación si es que así lo estipulaba la Constitución de un Estado.

Después de un largo tiempo donde reinaron de forma casi absoluta una u otra de estas dos teorías, aparecen en escena las denominadas teorías moderadas o coordinadoras. Las cuales proponían un punto intermedio destacando que hay unidad de los dos ordenamientos, pero no subordinación.

Esta nueva escuela reconocía que en todo caso el derecho internacional “estaba mediatizado, por el derecho nacional y señalaban que las normas internas contrarias al derecho internacional conservarían su vigencia en el seno de su ordenamiento siempre que no fueran contrarias a éste, lo que ocurre en este escenario es que la existencia de dicha norma nacional, contraria al derecho internacional, podría dar lugar a la responsabilidad del Estado, como lo afirma Pallares”⁴⁰

Como es bien conocido el derecho internacional no afirma de forma explícita la adscripción a una u otra de estas teorías, sin embargo, de las normas y la

³⁸ Citado por CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Octava Edición. Madrid: Editorial Tecno, 2019, p.155. ISBN: 9788430978250.

³⁹ Ídem, 2019, p. 155

⁴⁰PALLARES, Jorge. *Derecho Internacional Público*. Segunda edición. Bogotá: Leyer Editores, 2004. p.74. ISBN: 978-958-690-629-6.

jurisprudencia internacional se ha llegado a deducir, una preferencia por la primacía del derecho internacional.

En este entendido podemos mencionar las reglas previstas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986, en virtud de los cuales se construye un modelo, basado en el principio del “pacta sunt servanda” y el principio de “buena fe”, que rigen hoy en día con bastante eficacia a la sociedad internacional contemporánea, y por el cual el derecho nacional no sirve de excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales, por lo que corresponde a los Estados asegurarse de que los ordenamientos internos se adecuen a los tratados celebrados y ratificados libre y voluntariamente por los mismos Estados miembros de los procesos de integración.

Ahora se debe ser claro en explicar que independientemente del uso de un modelo u del otro, recae en última instancia en el derecho interno, en virtud a que son las normas constitucionales las que van a determinar el uso del derecho internacional en el derecho interno y por lo tanto su validez y sus alcances a nivel nacional, esto claramente sin considerar para nada los efectos que ello tenga en el escenario internacional.

1.2 Nuevas teorías

1.2.1 El funcionalismo

Según esta teoría, se proponía una transferencia de funciones específicas a favor de las organizaciones supranacionales. Como se conoce estas ideas fueron aplicadas por los primeros impulsores de la integración europea a la cabeza de Jean Monnet.

Según, uno de los principales teóricos de esta teoría David Mitrany:

“...el funcionalismo se divide en tres sectores: el primero se refiere a dejar a un lado las malas condiciones sociales; segundo, se debía diseñar a futuro

una mejor condición social, satisfaciendo las demandas de la población; por último, considera que el Estado es poco estable debido a las divisiones de la sociedad y las fragmentaciones de las fronteras que son señaladas por los límites del poder político. Es este sentido, lo más importante para el Estado debe ser la protección de la seguridad, que en últimas queda supeditada a la promoción del bienestar de sus habitantes. Esa promoción del bienestar debe ser respaldada por la protección de los derechos humanos y de las garantías que estos deben detentar para la protección de los mismos...⁴¹

En la perspectiva de Mitrany los conflictos se superarían de la mano de la cooperación y de la integración, a partir de la creación de organismos internacionales que se encargarían de gestionar técnicamente cada una de las tareas que en principio le corresponderían al Estado y se produciría la ramificación a otras áreas.

Para Mitrany: "...las dimensiones funcionales se determinan a sí mismas. De modo similar la función determina sus órganos apropiados. Ello revela también, a través de la práctica, la naturaleza de la acción requerida en las condiciones dadas y de este modo los poderes necesitados por la respectiva autoridad..."⁴²

Se puede advertir que este autor entiende que el Estado goza de mecanismos o instrumentos como la cooperación y la integración para buscar soluciones a los problemas estatales y necesidades de su colectividad fuera de sus fronteras internas.

En la Comunidad Andina se puede advertir la aplicación de la teoría funcionalista desde la adopción de los tratados constitutivos donde la finalidad se encuentra enmarcada en la cooperación entre Estados que buscan una mejor inserción internacional. Y, donde efectivamente prevalecen, los criterios a favor de la integración supranacional y el desarrollo del derecho de la integración.

⁴¹ MITRANY, Citado por INSIGNARES CERA, Silvana. Integración latinoamericana: su construcción jurídico-política. Tesis doctoral. Valencia-España. 2013, pp.36-48

⁴² Ídem. 2013, p.37

1.2.2 El neo funcionalismo

La función o razón de ser de las organizaciones internacionales es la integración, los teóricos del neofuncionalismo parten de una crítica a sus predecesores en lo referente a: “la separación entre cuestiones técnico socio-económicas y cuestiones políticas, insistiendo en que ambas forman un conjunto homogéneo con continuidad o conexión inmediata. Los teóricos neofuncionalistas estiman que, aunque el momento de su concepción no hayan sido percibidas esos primeros pasos establecidos en el ámbito técnico socio económico tienen implicaciones políticas en el sentido que conducirán a transferencias sucesivas o parciales de competencias soberanas a nuevas entidades”⁴³

La escuela neo funcionalista plantea además que “esas implicaciones políticas, insospechadas inicialmente se irán revelando con mayor fuerza en el curso del citado proceso pues a medida que los participantes incrementan sus actuaciones conjuntas se requerirá el establecimiento de instituciones fuertes e incluso dotas de cierto carácter supranacional en las etapas más avanzadas”⁴⁴

Entre los principales exponentes de esta escuela se encuentra Haas, quien aporta incluyendo los factores políticos y no solo económicos a los procesos de integración. Este autor manifestó comparando entre los procesos de Europa y América Latina que: “el interés económico de obtener beneficios resultaba efímero, sino contaba con una base ideológica profunda”⁴⁵

Asimismo, Haas nos enseña que la forma en que los Estados deben abordar el proceso de integración y que no son necesarios las confrontaciones ni los elementos políticos para direccionar la integración supranacional.

⁴³ RODRIGUEZ, Irene. Funcionalismo, neofuncionalismo y relaciones internacionales. Dereito Vol. 5. No. 1 España. 1996, pp.300-302

⁴⁴ Ídem, 1996, p.302

⁴⁵ HAAS citado por INSIGNARES CERA, Silvana. Integración latinoamericana: su construcción jurídico-política. Tesis doctoral. Valencia-España. 2013, p.40

Dos de los más destacados doctrinantes y promotores principales de la integración europea bajo el esquema neofuncionalista, que no podemos dejar de mencionar son:

Robert Schuman, el conocido y destacado ministro de asuntos exteriores de Francia, quien, en el discurso del 9 de mayo de 1950, inspiró y alentó a los países a que sus compromisos se vayan fraguando a través de pequeños pasos, mediante pequeñas cesiones de su soberanía, empezando por los asuntos de la industria del carbón y del acero. Asimismo, hay que recordar que esta original idea fue en realidad creada por Jean Monnet, padre de la escuela del neofuncionalismo.

Asimismo, Jean Monnet planteó sus ideales europeístas cuando expresó:

"No habrá paz en Europa, si los Estados se reconstruyen sobre una base de soberanía nacional (...) Los países de Europa son demasiado pequeños para asegurar a sus pueblos la prosperidad y los avances sociales indispensables. Esto supone que los Estados de Europa se agrupen en una Federación"⁴⁶

Por eso se entiende ahora, la facilidad con la que manejaron el concepto de cesión de soberanía en Europa, para ir construyendo paso a paso la integración europea como única posibilidad de enfrentar los retos de la postguerra y evitar las tradicionales susceptibilidades entre Estados vecinos. Mientras en la Comunidad Andina no se quiere emplear el concepto de cesión de soberanía y más bien se habla de transferencia del ejercicio de algunas competencias a órganos supranacionales, evitando la afectación que todo proceso de integración tiene hacia la soberanía del Estado.

A pesar de que el Pacto Andino no funcionó en forma satisfactoria durante sus primeros años. Dada la complejidad del esquema de integración y la poca voluntad política de los gobiernos de turno para cumplir con sus obligaciones, estos eventos condujeron a una modificación de mecanismos fundamentales del proceso y, finalmente, se abandonó del cronograma original establecido en el Acuerdo de Cartagena de 1969.

⁴⁶ MONNET, Jean. Memorias. Siglo XXI Editores. Madrid-España. 1985, p.22. ISBN 978-84-323-0530-6

Ciertamente, a la rigidez original del Acuerdo de Cartagena, se añadió el recurrente incumplimiento por parte de los países miembros de la normativa comunitaria, y la persistente inestabilidad democrática e institucional de la época. Una de las propuestas para superar las crisis del Pacto Andino consistió en la construcción de instituciones comunes capaces de resolver los conflictos entre los países miembros. El resultado fue la creación de la Corte de Justicia Andina y el Parlamento Andino en 1979.

Las instituciones andinas en un principio carecían de relevancia, lo cual implicó, en términos neo funcionalistas, la precedencia de la forma sobre la función. El proceso de integración andino salió de esta anomalía recién en 1987, cuando se firmó y entro en vigencia el Protocolo de Quito, que fue el que dio un nuevo rumbo al proceso de integración andino mejorando los procesos de interpretación y aplicación de la normativa comunitaria andina.

1.2.3 El intergubernamentalismo

Sin duda la teoría del intergubernamentalismo tiene sus raíces en el realismo político, que hace referencia a la preponderancia de los Estados soberanos en las relaciones internacionales. El intergubernamentalismo es la teoría que en gran medida ha sustentado la integración europea, puesto que desde sus inicios esta organización internacional ha estado basada en negociaciones interestatales entre los Estados miembros. Y como se conoce la Unión Europea ha logrado avanzar debido a que es vista como una asociación de Estados, más que como una organización supranacional.

Para muchos autores el éxito de la Unión Europea se deriva del intergubernamentalismo, que posibilita la permanencia del Estado nacional como piedra angular de la vida política en Europa. La integración necesita de Estados fuertes con capacidad de liderazgo. Por lo tanto, no se trata de crear una organización supranacional que subordine a los Estados sino de una organización coordinadora impulsada por todos ellos.

En este proceso de integración.

“...el Estado nación sigue siendo un punto de referencia obligatorio de los procesos internacionales. Entonces debemos entender que los rasgos que caracterizan el proceso comunitario europeo son el intergubernamental y supranacional a la vez. Es intergubernamental porque la autoridad máxima la detentan los gobiernos, no las instituciones europeas, protagonistas en el proceso de toma de decisiones a través del consejo europeo de presidentes y es supranacional, por la manera en que las decisiones se toman: en el seno de las instituciones centrales en las que prevalece la mayoría cualificada en el voto, controladas por el Tribunal de justicia y amparadas por el derecho comunitario...”⁴⁷

En el intergubernamentalismo las principales iniciativas son promovidas, negociadas y transformadas en decisiones por los gobiernos en el Consejo de ministros o en el Consejo Europeo. En el intergubernamentalismo los Estados miembros en las negociaciones incluyen límites explícitos sobre la transferencia de soberanía a la Unión Europea y las negociaciones se dan con un mínimo común denominador producto de políticas domésticas.

En la CAN, esta teoría se aplicó con mayor énfasis cuando se llevaron a cabo las reformas institucionales que dieron lugar a la incorporación del Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, para orientar políticamente el proceso de integración y darle más fuerza en los Estados miembros para su cumplimiento. Pero lo cierto es que desde que se generaron estos cambios institucionales para relanzar el proyecto integracionista, se manifiesta una inoperancia en la toma de decisiones puesto que priman los intereses políticos e ideológicos de los gobiernos de turno. Es por ello que por profundas diferencias entre los mandatarios andinos ni siquiera se reunió el Consejo Presidencial Andino en mucho tiempo.

⁴⁷ SALOMON, M. La teoría de las relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: dialogo, disidencia, aproximaciones 2002.p.29 (en línea). Recuperado de: www.reei.org.

1.2.4 La teoría de la integración como atribución de competencias

Partiendo de los propios textos constitucionales, son las constituciones las que permiten atribuir a una organización internacional supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución. Para la norma fundamental la integración supranacional es el ejercicio de poderes por parte del ente supranacional, viabilizando actos normativos, ejecutivos y judiciales, tradicionalmente desarrollados por los Estados, dando lugar a la limitación de la soberanía, que ciertamente no es la única puesto que cualquier tratado internacional en cierto sentido supone una autolimitación de la soberanía.

Los poderes que se ejercen por el ente supranacional como consecuencia de la cesión despliegan sus efectos dentro de los Estados, para ello no es necesario aceptación, transformación a adaptación alguna. Hay un cambio de la titularidad en el ejercicio de competencia. Según Louis quien define la integración como: “la creación de un poder real para ejercer las competencias confiadas a las instituciones de la comunidad”.⁴⁸ Con lo cual se entiende que la atribución del ejercicio de competencias a una organización supranacional significa el surgimiento de un nuevo titular de poder con potestades soberanas que actúan frente a todos los ciudadanos.

En el marco de esta visión, según el profesor Tremms de lo que supone a la integración estaría que: “1. La cesión de poderes en favor de un ente no estatal, con el correspondiente compromiso a la renuncia de su ejercicio, lo que a su vez implica una limitación de soberanía y 2. La aceptación automática en el ámbito interno, como consecuencia de la cesión de los normas y actos dictados por este ente extraestatal”⁴⁹.

El aspecto, más importante de la atribución de competencias es la eficacia directa en el ámbito interno de las normas y actos del ente supranacional en todas

⁴⁸ LOUIS. Citado por PÉREZ TREMP, Pablo. El concepto de integración supranacional en la constitución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, N°13, p. 103-127. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051166.pdf>

⁴⁹ Ídem, 1992, p.109

las materias cedidas. En la Comunidad Andina esta teoría se traduce en la aplicación preferente de los principios de eficacia directa y aplicabilidad inmediata del derecho comunitario, dos principios complementarios y que son la base para la formulación del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados.

1.2.5 El pluralismo constitucional

En un contexto internacional nuevo se deben analizar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, donde el derecho internacional ha experimentado un importante cambio tanto en las fuentes normativas que se han multiplicado, como también se han diversificado sus objetivos así como las herramientas y los métodos para su mejor comprensión, en las disciplinas, del derecho internacional, derecho constitucional, como también del derecho comunitario que nos ocupan en esta investigación doctoral.

Entre los autores que debemos destacar en esta propuesta alternativa entre derecho nacional e internacional están, por ejemplo: Nollkempfer y Nijman⁵⁰. Estos autores: contribuyen a la comprensión de uno de los temas más apremiantes del derecho internacional moderno: la relación entre el orden legal internacional, por un lado, y los órdenes legales nacionales de los Estados soberanos.

Según estos autores:

“La comprensión tradicional y dominante de esta relación es que existe una separación estricta entre el orden legal internacional y los órdenes legales nacionales. Los procesos de globalización legal e internacionalización han hecho que esta relación sea mucho más compleja. La autoridad legal se ha alejado del Estado tanto en dirección vertical como horizontal. Forzados por las presiones de la interdependencia, los estados han permitido que los

⁵⁰ NIJMAN, Janne y NOLLKAEMPER, André. *Nuevas perspectivas sobre la división entre derecho nacional e internacional*. Oxford: Oxford University, 2007, pp.21-102. ISBN-13: 9780199231942

organismos internacionales supervisen y, a veces, incluso implementen y apliquen la legislación nacional. Al mismo tiempo, las personas privadas se ven cada vez más atraídas por un orden internacionalizado. El aumento de los flujos transfronterizos de servicios, bienes y capital, movilidad y comunicación han perforado aún más cualquier noción estable de lo que es nacional y lo que es internacional”⁵¹

Lamentablemente la literatura sobre esta propuesta alternativa no es muy abundante por el momento. En esta nueva perspectiva teórica están quienes abogan enfrentar los problemas prácticos de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados. La idea del pluralismo constitucional ha sido usada en el seno de diversas teorías que pretenden explicar el actual escenario jurídico global.

El profesor Walker, por ejemplo: “habla de ella desde la perspectiva de la constitucionalización del ordenamiento internacional. Y, también la doctrina se sirve del pluralismo constitucional para articular la interacción de los jueces nacionales e internacionales, así como, para explicar el pluralismo institucional o interpretativo”⁵²

Lo destacable de todos estos autores es que: “...coinciden en la naturaleza constitucional de ciertos componentes / funciones del derecho internacional...”⁵³, pero sobre todo coinciden en que derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes, aunque interdependientes, cuya relación no es jerárquica.

Para la perspectiva del pluralismo constitucional, “derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes que, no obstante, comparten varios puntos de intersección”⁵⁴, perspectiva donde es necesario formular una serie de principios para su acoplamiento. Estos principios se construyen tomando en

⁵¹ Ídem, 2007, p. 98

⁵² WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review (online)*, 2002, Vol. 65, N°3, pp.317-359.

⁵³ ACOSTA ALVARADO, Paola. Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. *Revista Estudios Constitucionales*, 2016, Vol.14, N°1, pp.15-60. ISSN 07180195 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>,

⁵⁴ BOGDANDY, Armin, MORALES, Mariela y FERRER, Eduardo. *La Justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius constitutionale commune* en América Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas IJ-UNAM, 2010, p.289. ISBN: 9786070219214.

consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos.

Esta teoría asume la existencia de dos ordenamientos diferentes, tal como lo estableció el largo debate y desarrollo expuesto por el dualismo en su momento. Contrario a lo señalado por Trippel y sus seguidores estos ordenamientos no son compartimentos estancos. En este sentido, el pluralismo constitucional, como el monismo, reconoce la conexión entre los dos ordenamientos, sin que ello signifique jerarquía o pretensión de universalidad.

Acá, destacan los siguientes elementos: la denominada heterarquía, entendida como la existencia de diversos centros de poder, en este caso normativos, institucional, y jurisdiccional que se vinculan de forma horizontal, sin criterio de autoridad superior alguna y el acoplamiento entre ordenamientos visto como el ejercicio a través del cual se logra la convivencia y articulación de los diversos centros de poder.

El corazón de este nuevo enfoque teórico según Kumm son:

“los principios que permiten dar vida a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, aquellos que construyen la relación heterarquica y permiten el acoplamiento. La relación entre estos ordenamientos debe articularse en torno a la regla del efecto directo, al principio de interpretación conforme, y al respeto de ciertos principios que, son de triple naturaleza: procesales, sustanciales y jurisdiccionales”⁵⁵

Los principios de efecto directo e interpretación conforme que caracterizan a al derecho comunitario deben dejar de ser vistos como meras herramientas técnicas por lo que su contenido debe perfilarse desde los estándares constitucionales. La función es permitir la articulación de los dos ordenamientos, considerándolos de forma sistémica, garantizando la legitimidad democrática de las decisiones y asegurando el respeto de cuestiones esenciales tales como la cooperación

⁵⁵KUMM, Mattias. *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. Ruling the world? Constitutionalism*. Cambridge: Dunoff & Trachtman Eds, 2009. p. 272.

internacional, el gobierno democrático, la “subsidiaridad”⁵⁶ y la protección de los derechos fundamentales establecidos y garantizados por la propia Constitución.

1.2.6 La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

El arribo del nuevo constitucionalismo latinoamericano a partir de las constituciones principistas de Ecuador en 2008 y Bolivia 2009, trajo un nuevo paradigma de la integración que expresa en suma una concepción renovada de valores como, el respeto por la democracia y la soberanía del pueblo, que se impregna al nuevo régimen de las relaciones internacionales.

Se plantea en este enfoque que, “las nuevas constituciones latinoamericanas que la legitimidad y una concepción renovada de soberanía del pueblo impregnen el nuevo régimen de las relaciones internacionales y el compromiso hacia la integración”⁵⁷

Al respecto, “existe una prioridad hacia una óptica de la integración diferente de la anterior en dos aspectos: una de alcance material, donde se insiste en una integración alternativa, de los pueblos, compatible con la soberanía popular; y otra de alcance geográfico, donde se prioriza la integración latinoamericana y caribeña”⁵⁸

Con ello las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador apuestan por un concepto de integración que ya no es solo de elites, sino que incluye a los pueblos latinoamericanos. Esta idea se plasmaría luego en la diplomacia de los pueblos en Bolivia y la designación de tres cancilleres indígenas⁵⁹ que llevaron adelante este nuevo enfoque de la integración y de las relaciones internacionales, designando en

⁵⁶ La subsidiariedad implica una concepción clara de la sociedad y de los diversos sistemas sociales, principalmente el político; dentro de éste se reconoce una estructura escalonada que va desde el municipal, pasando por el provincial hasta el nacional. Cada uno de estos últimos es subsidiario de la sociedad y de los otros que ocupan el escalón inmediatamente inferior. Quiere esto decir que cada escalón suple o fortalece al anterior exclusivamente en las acciones y responsabilidades que este último no puede ejercer por sí mismo.

⁵⁷MARTÍNEZ, Rubén. La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: TREMOLADA, Eric (Edit.) *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*. Colombia: Departamento de publicaciones de Universidad del Externado, 2008. pp. 84-92.

⁵⁸Ídem, 2008, p 91.

⁵⁹ Los tres cancilleres fueron: David Choquehuanca 2006-2014, Fernando Huanacuni 2014.2016 y Diego Pary 2017-2019.

varios países del mundo y organismos internacionales a representantes indígenas como Embajadores y funcionarios diplomáticos, así como desplegando voluminosas delegaciones de movimientos sociales a todo tipo de encuentros con otros pueblos del mundo, pero muy especialmente, en Latinoamérica.

Las nuevas constituciones apostaron por una profundización de la democracia en lo que se ha considerado una superación de la democracia representativa hacia la participativa. En este sentido se debe mencionar la decisión del pueblo para la elección directa de los representantes en los parlamentos de integración⁶⁰, que con anterioridad se mantenía en el marco de la decisión de las elites parlamentarias.

Según el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino en su Artículo 2.-

“El Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración, su naturaleza es comunitaria, representa a los pueblos de la Comunidad Andina y estará constituido por Representantes elegidos por Sufragio Universal y Directo, según procedimiento que se adoptará mediante Protocolo Adicional que incluirá los adecuados criterios de representación nacional. En tanto se suscriba el Protocolo Adicional que instituya la Elección Directa, el Parlamento Andino estará conformado por cinco Representantes de los Congresos Nacionales, de conformidad a sus reglamentaciones internas y al Reglamento General del Parlamento Andino”⁶¹

En relación a la integración de alcance geográfico, desde el 2006 se perdió el interés en los procesos subregionales como la Comunidad Andina y se apostó a proyectos políticos de mayor tamaño como el ALBA TCP, CELAC y UNASUR, que tuvieron mucha relevancia mientras su principal promotor y financiador estaba vivo, el ex presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías.

Bolivia perdió una gran oportunidad de dirigir la Comunidad Andina de Naciones hacia mejores días en razón de esta orientación de la política exterior boliviana que privilegiaba las organizaciones de integración regionales. La Secretaria General de la Comunidad Andina que le tocó a Bolivia después de mucho tiempo prácticamente

⁶⁰ La primera elección en Bolivia fue el 2009, designando 5 parlamentarios supranacionales.

⁶¹ Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, 25 de octubre 1979.

fue inefectiva por culpa de la falta de voluntad política y la enemistad personal e ideológica del Presidente Evo Morales con sus colegas presidentes tanto de Colombia como del Perú.

Pero con referencia a Bolivia es muy significativo el tema de la obligatoriedad de referéndum para la firma de tratados internacionales que cedan competencias institucionales constitucionales⁶². Este artículo 257, sin duda alguna, es el más avanzado del mundo y profundamente democrático, sin embargo, desde un punto de vista práctico y funcional puede significar un escollo muy difícil de superar, si tenemos en cuenta la escasa formación del soberano en relación a los procesos de integración. Pese a este claro precepto constitucional al momento de pedir el ingreso oficial de Bolivia al MERCOSUR el año 2013, cuatro años después de aprobada la Constitución, no se aplicó su aprobación mediante referéndum popular vinculante previo a la ratificación del ingreso al MERCOSUR, como señala expresamente el mencionado artículo.

Desde hace un par de décadas se empezó a construir la concepción de Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano para referirse al movimiento constituyente y constitucional originado a partir de las constituciones de Colombia (1991) Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2009).

Tales procesos tienen algunas características en común como el haber sido gestadas con amplios procesos deliberativos, participación de los pueblos indígenas y diversos sectores del país excluidos de la vida política e institucional del país. Posibilitaron, una ampliación del catálogo de derechos, efectividad de los derechos sociales y la incorporación de mecanismos de democracia directa y participativa.

Para los profesores Roberto Viciano y Rubén Martínez⁶³, los padres de la expresión nuevo constitucionalismo latinoamericano, esas constituciones operan de

⁶² Constitución Política del Estado 2009. Artículo 257. II. "Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 1. Cuestiones limítrofes. 2. Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración"

⁶³ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2011, N°9, pp.5-19. ISSN 1988-5091.

forma de trascender el constitucionalismo de elites hacia un constitucionalismo popular.

En las constituciones influenciadas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano hay una fuerte presencia de instituciones de participación, tales como plebiscitos, referéndums, asambleas, consultas previas, cabildos. Rompiendo radicalmente con las limitaciones a la participación directa del pueblo en la política y las decisiones, que son muy frecuentes en las constituciones liberales.

Para los profesores Martínez y Tremolada,

“...la constitución se mantiene como norma de normas, esto es, el derecho comunitario podría gozar de primacía sobre la constitución en cuanto a su aplicación, pero la legitimidad del derecho comunitario en última instancia, residía en la propia constitución, a través de las cláusulas de apertura, y solo en segunda instancia en los tratados constitutivos...”⁶⁴

Para los cuales la constitución seguía siendo la norma jerárquica suprema que posibilitaba la primacía del derecho comunitario, puesto que la primacía del Derecho comunitario se limitaba a los ámbitos competenciales explícitos y la existencia del derecho comunitario provenía de la propia constitución, esto es, el derecho de la integración podría aplicarse con preferencia al derecho interno, incluso a la propia constitución, pero la constitución seguía siendo la norma jerárquica suprema que posibilitaba la primacía del derecho comunitario.

En conclusión, para estos dos autores: “los tratados de integración gozan de primacía en el marco de las competencias cedidas”⁶⁵. Se trata de un sistema mixto entre el monismo y el dualismo, porque determina diferente aplicación, directa o no, de los tratados internacionales de acuerdo con su materia. Sería bueno que los doctrinantes no utilicen categorías absolutas, porque evitan el entendimiento, en un

⁶⁴ TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Jerarquía constitucional y Aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derecho e integración. *Revista Universitas*, 2014. N° 128, p.86. ISSN: 0041-9060. doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jcap.

⁶⁵ Ídem, 2014. p.87

mundo complejo que avanza, se transforma y requiere que se comprenda y explique la realidad con mayor apertura y realismo.

2. Marco conceptual

2.1 Constitución

Para efectos de la presente tesis, se entiende por el concepto de constitución lo siguiente:

La mayoría de las constituciones contemporáneas describen los principios básicos del Estado, las estructuras y el funcionamiento de los procesos gubernamentales y los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro de una ley superior que se denomina constitución.

El contenido y la naturaleza de una constitución específica, varían mucho de un país a otro, y no existe una definición universal e indiscutible del término constitución.

En una definición funcional aceptada de manera generalizada la constitución tiende a describirse como un grupo de normas político-legales fundamentales que:

“1. son vinculantes para todos los habitantes e instituciones del Estado; 2. se refieren a la estructura y al funcionamiento de las instituciones de gobierno, a los principios políticos y a los derechos de los ciudadanos; 3. se fundamentan en una amplia legitimidad pública; 4. no se pueden cambiar con tanta facilidad como las leyes ordinarias y 5. como mínimo, cumplen con los criterios de representación y derechos humanos reconocidos internacionalmente para los sistemas democráticos”⁶⁶

Para esta tesis la Constitución contiene normas que prescriben el interés del Estado de promover la integración y autoriza al gobierno para que suscriba tratados

⁶⁶ BULMER, Elliot. ¿Qué es una constitución? Principios y conceptos. IDEA Internacional. Suecia. 2021, p.5. ISBN: 978-91-7671-384-6.

de integración, permite que se creen organismos supranacionales en tratados de integración y se les transfieran el ejercicio de ciertas competencias propias de los órganos nacionales. De esta manera, los tratados internacionales se incorporan al derecho interno luego de su ratificación, haciendo parte del bloque de constitucionalidad y las regulaciones de organismos que resultan de algunos tratados rigen en el derecho interno de manera directa, prevalente y autónoma.

2.2 Soberanía

En primer lugar, hay que distinguir entre el concepto tradicional de soberanía absoluta que utiliza normalmente el derecho constitucional tradicional y el concepto moderno que utiliza el derecho internacional que incorpora el concepto de soberanía relativa.

Con la orientación del tratadista Ekmetsdjan es necesario referirnos a:

“la flexibilización y divisibilidad del concepto de soberanía, que permitió la transferencia de poderes y competencias, la coexistencia de estos, entre el Derecho interno y el Derecho comunitario y el consiguiente nacimiento de un nuevo concepto de soberanía compartida diferente al de la doctrina tradicional, el concepto de soberanía absoluta, que aparece en el siglo XVI”⁶⁷

Según la opinión de Walter Kaune:

“Fue necesario transitar por un largo proceso de evolución del concepto soberanía para logara su flexibilización y relativización, al que contribuyeron, entre otros Hugo Grocio quien en su obra “Del derecho de la guerra y la paz 1625, decía que los monarcas no podían estar por encima del Derecho internacional y que, al contrario, deberían subordinarse a él para evitar las guerras, Pero es después de la primera guerra mundial que la doctrina elabora un concepto de soberanía relativa, así Hans Kelsen en su obra:

⁶⁷EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma. 1996, p.116. ISBN: 950-14-0917-1

“Principios de Derecho Internacional”, 1952, sostiene que la noción tradicional de soberanía, es decir la absoluta, es incompatible con la primacía del Derecho internacional y el establecimiento de un orden jurídico internacional”⁶⁸

Esta evolución conceptual de la soberanía hacia su relativización, se produce en la medida en que el Derecho internacional se expande, lo que posibilita la transferencia del ejercicio de una parte de la soberanía, es decir de competencias específicas, apareciendo el nuevo concepto de soberanía compartida que facilita los procesos de integración a través de los organismos supranacionales, lo que trae consigo el surgimiento del Derecho Comunitario.

2.3 Supremacía constitucional

La supremacía de la Constitución implica que toda actuación de los poderes públicos, de las distintas funciones del Estado, plasmadas en leyes, resoluciones, sentencias, actos administrativos, etc., incluso los actos de los particulares, deben guardar coherencia con lo establecido en ella. La adecuación de la normativa de menor jerarquía a la Norma Suprema constituye un presupuesto básico para el cumplimiento eficaz de lo consagrado en su texto.

2.4 Tratado internacional

Según la Convención de Viena de 1969: “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”⁶⁹

⁶⁸ KAUNE, Walter. *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014, pp.27-74.

⁶⁹ Convención de Viena sobre derecho de los tratados. 1969 (CVDT).

Los tratados internacionales constituyen la base de la diplomacia mundial, pues permiten que las sociedades puedan vivir en un orden internacional jurídicamente establecido. Los temas regulados por los tratados son cada vez más de mayor significación e importancia.

Al interior de los tratados la capacidad jurídica es la aptitud para celebrar tratados como uno de los atributos de la soberanía, es decir, adquirir derechos y obligaciones. Cada Estado determina los órganos y procedimientos por los cuales se forma su voluntad de celebrar tratados. El objeto está referido a los fines realizables, los que o pueden ser contrarios a la moral y el derecho internacional. La causa es el móvil y la razón de existencia del acto jurídico, es su antecedente.

La vigencia de un tratado internacional supone cuatro fases, según German Bidart Campos: “negociación, suscripción, aprobación y ratificación”⁷⁰. La negociación y suscripción está a cargo del órgano ejecutivo, la aprobación generalmente es una función del legislativo y finalmente se ratifica por parte del presidente dando el consentimiento del Estado para obligarse al cumplimiento del tratado.

2.5 Supranacionalidad

Según Uribe:

“...para que pueda hablarse de supranacionalidad se requiere, en primer término, el reconocimiento solemne y la formulación precisa, por parte de los Estados que la integran, de una serie de intereses y de valores comunes. El proceso todo adquiere así un sentido instrumental finalista o teleológico. En segundo lugar, se precisa la entronización de un poder efectivo y autonomía puesto al servicio de esos intereses comunes y de esos valores compartidos...”⁷¹

⁷⁰ BIDART CAMPOS, German. Teoría General de los Derechos Humanos. Buenos Aires, Atenea 1991, p.357.

⁷¹ URIBE, Fernando. El Derecho de la Integración en el Grupo Andino. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990. p.51

La supranacionalidad significa, para la especialista en derecho internacional público boliviano, Dra. Karen Longaric: “una superación del concepto clásico de soberanía, puesto que los Estados ceden ciertas potestades a favor de órganos supranacionales, estableciendo al mismo tiempo limitaciones. Esta concepción funcional de soberanía resulta esencial en el proceso de desarrollo de los organismos de integración”⁷²

Con estos aportes se puede entender que el concepto de supranacionalidad implica que los Estados miembros de una organización internacional de esta índole se desprenden de determinadas atribuciones, a través de un tratado internacional, las cuales son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme sobre las materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración. Las normas supranacionales despliegan efectos directos sobre los ordenamientos internos, como la aplicación inmediata, el efecto directo y la prevalencia.

2.6 Derecho comunitario

“El Derecho de la integración o derecho comunitario es el conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso de integración entre los Estados que han adoptado un acuerdo, con el fin de alcanzar el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes. Pero, además, se denomina de esta manera a la disciplina que se ocupa de dicho ordenamiento jurídico”⁷³

Mientras que el derecho de integración es la denominación genérica que se atribuye al conjunto de normas que regulan todo proceso de integración de características básicas, el derecho comunitario es la denominación específica que

⁷²LONGARIC, Karen. *Aspectos jurídicos en los procesos de integración y el derecho comunitario*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés-UMSA, 2017. pp.10-119.

⁷³SALTOS, María Giaconda. *Derecho e integración*. Quito: CEP-Corporation de estudios y publicaciones, 2008, p.79. ISBN: 9978867570, 9789978867570.

se da al ordenamiento jurídico de alcance supranacional, atribuido a un proceso más evolucionado.

El derecho comunitario goza de autonomía, lo que significa que es un ordenamiento jurídico independiente y distinto al derecho internacional general y al derecho interno de los Estados.

El Derecho Comunitario Andino tiene primacía sobre el Derecho Interno de los Países miembros, independientemente de su forma y jerarquía, incluido el Constitucional del país miembro, y, en ese orden, se debe aplicar la norma comunitaria preferentemente e inaplicar la norma nacional que lo contraria. El TJCA en su vasta jurisprudencia ha reiterado que los Estados miembros no pueden formular reservas unilateralmente, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario.

2.7 Primacía

En cuanto a la primacía del Derecho Comunitario o llamada también preeminencia o prevalencia, la definimos como la virtud que tiene el ordenamiento jurídico comunitario de prevalecer sobre la norma de derecho interno de los Estados. Es decir que no puede haber ninguna norma de esa naturaleza, o sea del derecho interno de los Países Miembros, que se anteponga a la dictada, en este caso, por los órganos correspondientes de la Comunidad Andina de Naciones. Este principio establece que una ley nacional no puede ir en contra de una norma comunitaria, o sea es aplicable con preferencia a la ley nacional.

2.8 Integración.

La integración es “un proceso multidimensional, aunque inicialmente económico, que comprende varias etapas, tendentes a lograr la comunidad y la unión de los países, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes”⁷⁴

Según Víctor Sánchez la integración se define como:

“El estatus jurídico en el cual los Estados entregan algunas de sus prerrogativas soberanas con el fin de constituir un área dentro de la cual circulan libremente y reciben el mismo trato las personas, los bienes, los servicios y los capitales, mediante la armonización de las políticas correspondientes y bajo una égida supranacional”⁷⁵

Lo esencial de estos procesos es:

“...la creación de un único y nuevo centro de decisión, con competencias de atribución específicas en aspectos económicos con fuerza subordinante sobre los estados, que cedieron tales poderes y consecuentemente, con jurisdicción especial en el ámbito territorial de estos y que la dimensión espacial de la integración es consecuencia del fenómeno político, redistribución, superposición y jerarquización de poderes, sumisión de los pueblos y de sus estados de derecho que produce el nuevo centro decisorio...”⁷⁶

De esta manera es que, en virtud de los fundamentos de la integración, se puede afirmar que la Comunidad Andina surge como consecuencia de un proceso institucionalizado, que busca establecer un ordenamiento jurídico autónomo de tipo convencional encargado de regular las relaciones que se dan al interior de la comunidad, a través de instituciones propias que garantizan el cumplimiento efectivo de los tratados.

⁷⁴KAUNE, Walter. *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014, p.74.

⁷⁵SÁNCHEZ, Víctor. *La Integración y la Constitución Política del Estado de Bolivia*. s/f: Biblioteca digital andina. Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, pp.31-66. <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/BO-INT-0003.pdf>.

⁷⁶PINO ESTRADA, Manuel. El sistema jurídico en la Comunidad Andina de Naciones. *Revista Intelector*. 2006, Vol. 2, N°4, p.14. ISSN: 1807-1260. Disponible en: <https://biblat.unam.mx/hevila/Intelector/2006/vol2-3/no4/5.pdf>

2.9 Garantías

Según Ferrajoli “las garantías constitucionales constituyen técnicas vigentes en el ordenamiento jurídico para afianzar la protección de derechos fundamentales determinados en la constitución”⁷⁷

Son por lo tanto instrumentos creados por el propio ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos de las personas y reaccionar ante eventuales vulneraciones que puedan provenir de la acción del poder público.

Para otros existen al menos dos garantías centrales en el diseño institucional de estados constitucionales: “que debe existir una división de poderes o, más correctamente definido, de funciones, y que debe existir una tabla de derechos fundamentales que limite la acción de los poderes públicos y un sistema eficiente de protección de los mismos”⁷⁸

Al crearse un mecanismo de integración supranacional, nos encontramos con que estamos generando nuevos órganos de poder público, con capacidad de crear derecho que obliga a las instituciones nacionales y a los ciudadanos. Por lo tanto, dichos órganos de poder, para no quebrar la idea de Estado constitucional deberían estar sujetos a las mismas exigencias que los órganos de poder público de los estados nacionales.

Así, según el profesor Roberto Viciano serian tres cuestiones:

“-Su creación debería ser aprobada mediante la ratificación directa de la ciudadanía que va ser la destinataria de sus decisiones vinculantes y tendrá que dar su consentimiento para la existencia de las mismas y para aceptar su capacidad de obligar. -Dicho sistema institucional debería contar con un mecanismo similar al de división de funciones que rige al interior de los

⁷⁷FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. *Revista Ius et Praxis*, 2004. Vol. 7 N° 2, p.25. ISSN 0718-0012. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200027

⁷⁸VICIANO PASTOR, Roberto. *Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales Valencia*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerio, 2010, N° 67/68, pp.91-99. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3903143.pdf>

Estados porque en caso contrario se produciría, vía atribución de competencias, la ruptura de las garantías constitucionales internas. -Dichas instituciones deberían estar limitadas en su acción por un listado de derechos fundamentales que impiden que estas puedan afectar al espacio indispensable de la libertad de los ciudadanos”⁷⁹

Para efectos de esta investigación las garantías son los mecanismos que tendrían los particulares en los países miembros para hacer valer la primacía del derecho comunitario andino y, por lo tanto, habría que diferenciar entre garantías materiales y garantías formales. Las primeras hacen referencia a un aspecto material con la ampliación de la legitimación activa para que acudan tanto los árbitros como las autoridades administrativas para que puedan entrar al sistema y solicitar interpretaciones prejudiciales al Tribunal Andino de Justicia para asegurar el principio de primacía

En cuanto a las garantías formales habría dos mecanismos en el sistema que serían: primero, la acción de incumplimiento que se activa cuando un país no cumple con la primacía del derecho comunitario y, el segundo mecanismo de garantía, se daría cuando los ciudadanos y las empresas acuden con sus demandas a los jueces nacionales, ya que se trate de una demanda en primera o última instancia, donde puedan solicitar la interpretación prejudicial para hacer valer sus derechos consignados en la norma comunitaria andina.

3.Consideraciones finales del capitulo

De acuerdo al objeto de estudio sobre las garantías del principio de primacía del derecho comunitario andino, hemos ido construyendo una teoría y una metodología para comprender los efectos de este fenómeno jurídico político, a través de la teoría neofuncionalista que nos brinda la oportunidad de describir y explicar las características de la integración en la comunidad andina.

⁷⁹Ídem. 2010, p. 95.

Empleamos la teoría de la integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, porque fue la inspiración para la estructuración de las nuevas constituciones, tanto en Bolivia como en el Ecuador, que insertaron conceptos tan actuales como el garantismo constitucional, la toma de decisiones del soberano profundamente democráticas a través de la figura del referéndum, y la inclusión de la normativa comunitaria en el bloque de constitución.

Asimismo, hemos incorporado en la tesis la teoría de la transferencia del ejercicio de competencias desde el Estado hacia los órganos supranacionales, que actúan en el ámbito internacional proyectando los poderes públicos al ejercer competencias soberanas de índole ejecutivas, legislativas y judiciales.

Con la aplicación de las teorías de la integración se ha podido desarrollar el concepto de organización internacional supranacional que cumple funciones y competencias que transfieren los Estados miembros a los órganos institucionales comunitarios para cumplir con los objetivos e intereses comunes trazados en los tratados a través de la cooperación. Las organizaciones de integración deben lograr el equilibrio entre los Estados que la componen y la misma organización.

La CAN es una organización internacional supranacional con poder decisorio y que vinculan a los Estados sin su consentimiento y con efecto directo sobre sus nacionales en determinadas decisiones de sus órganos supranacionales. Asimismo, es una organización internacional intergubernamental porque en otros temas requiere consentimiento de los Estados para vincularlos obligatoriamente. Es entonces teóricamente y en la práctica una organización internacional híbrida por tener ambas características. Donde la representación y armonización de intereses nacionales está presente en el Consejo Presidencial Andino y la Comisión de Ministros de Relaciones Exteriores. Mientras que, por su parte, la garantía y salvaguarda del interés común está en la Comisión, la Secretaría General y el Tribunal de Justicia Andino.

Por otra parte, se debe señalar que hay un intento de explicar la realidad internacional con la utilización de nuevas categorías conceptuales que definen más apropiadamente la realidad internacional que rodea a los procesos de integración a

través de organizaciones internacionales de carácter supranacional, especialmente en aquellos hechos y relaciones que configuran la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y Ecuador.

Mientras en la dogmática jurídica actual, para explicar el fenómeno de la UE se impone la teoría del constitucionalismo multinivel basada en una nueva concepción de la soberanía.

CAPITULO III
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA
DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO. DOCTRINA INTERNACIONAL

1. Derecho internacional y derecho comunitario

La necesidad de la integración ha llevado a los países a celebrar diversos instrumentos internacionales que propenden a una armonización cada vez más consolidada de las normas que regulan a los sujetos de derecho internacional.

El presente capítulo tiene como objetivo brindar conceptos básicos que permitan la comprensión cabal de la cuestión, empezando con un análisis de lo que se entiende por derecho internacional y las diversas soluciones aportadas por la doctrina para resolver el problema de la relación entre éste y el derecho nacional. Posteriormente se estudiará el concepto de supremacía constitucional, para finalizar con el examen de la figura del control constitucional como herramienta que garantiza la vigencia de la Constitución como Norma Suprema.

1.1. Concepto y características del derecho internacional

El derecho internacional puede ser conceptualizado como "...el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden..."⁸⁰

⁸⁰ BROTÓNS, Antonio y et, al. *Derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p.47. ISBN: 978-84-9876-984-5. Disponible en: <https://www.derechopenalenlared.com/libros/derecho-internacional.pdf>.

El derecho internacional tiene dos partes bien marcadas: el derecho internacional general, compuesto de costumbres internacionales y principios generales del derecho y por otra parte el derecho internacional convencional, que se compone esencialmente de los tratados internacionales. Estas serían las fuentes tradicionales de derecho internacional. A la cual se adscribe también en el último tiempo los actos unilaterales que tiene características muy especiales.

En palabras de Antonio Remiro Brotóns “[...] se trata de un derecho distinto de los derechos estatales y hasta, por comparación, más imperfecto, tanto por su menor institucionalización, consecuencia de la estructura social, como por la inadecuación de sus medios en relación con sus objetivos y las necesidades presentes de dicha sociedad”⁸¹

Son esos caracteres complejos del derecho internacional y la versatilidad de las relaciones internacionales han provocado que el orden jurídico de la sociedad internacional derive en varios regímenes normativos sectoriales orientados a regular cuestiones de la más variada índole: derechos humanos, medio ambiente, comercio internacional, delitos transnacionales.

Con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional cambió sus características para admitir la existencia de otros sujetos de derecho internacional como las organizaciones internacionales y los particulares, convirtiéndose así en una rama del derecho que abarca todos aquellos asuntos que por su transcendencia dejan de ser únicamente objetos de regulación nacional y se convierten en un asunto de interés internacional.

El instrumento jurídico por excelencia que rige al derecho internacional público es el tratado internacional, pues en él se establecen normas generales que regulan ampliamente aspectos de determinadas materias y que en la mayoría de los casos son celebrados entre Estados, o entre éstos y otros sujetos de derecho internacional.

⁸¹ BROTONS, Antonio Remiro y al, et. *Derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p.47. ISBN: 978-84-9876-984-5. Disponible en: <https://www.derechopenalenlared.com/libros/derecho-internacional.pdf>.

Actualmente, el derecho internacional público comparte protagonismo con otras ramas del derecho internacional en la que los principales actores no son los estados sino las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales, e incluso los particulares, acabando con el monopolio que hasta la primera mitad del siglo XX ejercían los estados en el ámbito internacional.

1.2 La relación entre el derecho interno y el derecho internacional

La inquietud respecto a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional solía ocupar un lugar preponderante en las discusiones teóricas, dando lugar a diversas soluciones que pueden sintetizarse en dos: la aportada por la teoría dualista o pluralista y la propuesta por la teoría monista.

La teoría dualista o pluralista encuentra su fundamento en la obra de Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Derecho internacional y Derecho Interno), de 1899. Esta teoría considera que “no existe, o no debe existir, una relación entre derecho interno y derecho internacional, ya que éstos son ordenamientos jurídicos distintos, separados y autónomos”⁸². La diferenciación de los derechos que postula la teoría dualista tiene dos consecuencias importantes:

Las consecuencias prácticas son dos, ambas de capital importancia: si se trata de dos órdenes normativos distintos, las normas emanadas del derecho internacional no pueden ser directamente aplicables en los ordenamientos internos, pues sólo vinculan a los Estados en sus relaciones mutuas. La segunda consecuencia es que la norma internacional sólo será aplicable en el derecho interno si hay un previo acto de incorporación de aquella a este último mediante la voluntad expresa del legislador nacional.

Efectivamente, conforme la teoría dualista, las normas emanadas del derecho internacional no podrían ser consideradas parte del derecho interno, por lo tanto,

⁸²ROA, Emmanuel. *Tratados Internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado de México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, p.175. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/10.pdf>

requieren de una herramienta que permita su aplicación en el ámbito nacional, de un mecanismo de incorporación de la norma internacional al derecho doméstico.

La tesis monista, que tiene como representantes más destacados a Kelsen, en cambio, postula la unidad del ordenamiento jurídico: el internacional y el interno. Plantea la coexistencia de ambos derechos en un mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, esa interrelación no ha sido entendida como una igualdad jerárquica de ambos derechos, diferenciándose en dos posiciones doctrinarias. Por un lado, la postura monista con primacía del derecho interno, y por otro la corriente monista con primacía del derecho internacional.

Aunque las teorías monista y dualista aportan interesantes visiones para comprender la relación existente entre el derecho interno y el derecho internacional, se considera que una postura ecléctica que combine los postulados de ambas teorías sería la más acertada ya que permite evitar la incoherencia que provocaría la vigencia de unas reglas en el ámbito internacional y de otras en el interno, causando confusión y probablemente la inobservancia de las normas para los sujetos a quienes regula; así como incorporar en el ordenamiento interno una serie de normas que podrían atender con la realidad particular de cada Estado.

1.3 Antecedentes de las relaciones internacionales entre Estados.

En el devenir histórico de la humanidad, los Estados han sostenido una variedad de relaciones mutuas, de la más diversa índole, desde comerciales, económicas, políticas, sociales, culturales, las cuales poco a poco se han ido incrementando hasta nuestros días.

Estas relaciones se concretan en muchos casos en tratados internacionales, con lo cual se hace necesario considerara que estos deben guardar coherencia y armonía con el ordenamiento interno de cada uno de los Estados que los suscriben a efecto de no colisionar con su normativa, muy especialmente con la Constitución, “la que manteniendo su supremacía en el ámbito interno, debe permitir a los Estados

cumplir sus obligaciones adquiridas en el ámbito internacional a efecto de poder desarrollar esas relaciones cada vez más amplias entre estados”⁸³

1.3.1 La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas es un tratado internacional que regula las relaciones diplomáticas entre los países y la inmunidad del personal diplomático. Fue adoptada el 18 de abril de 1961 y entró en vigor el 24 de abril de 1964. Fue complementada en 1963 por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Alrededor de 190 Estados aplican sus disposiciones como Derecho Internacional consuetudinario.

Existen dos protocolos adicionales a la convención, ambos de 18 de abril de 1961: Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad, y el Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias.

La Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas vino a regular a nivel mundial el establecimiento de las relaciones diplomáticas entre los países y muchos otros aspectos de importante trascendencia, como lo son los privilegios e inmunidades que gozan los agentes diplomáticos en el ámbito internacional.

1.3.2 Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Fue elaborada por una conferencia internacional reunida en la capital austriaca sobre la base de un proyecto preparado durante más de quince años de arduo y sistemático trabajo por la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, y cuyo fin fue codificar el derecho

⁸³ORDÓÑEZ REYNA, Aylín Brizeida. *Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica. Tesis doctoral*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, p.11. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/32102/abor1de1.pdf>

internacional consuetudinario de los tratados y, además, desarrollarlo progresivamente.

El artículo segundo de dicha Convención define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”⁸⁴

La evolución de la comunidad internacional, especialmente después de la segunda guerra mundial, ha codificado el relacionamiento entre Estados para el desarrollo progresivo del derecho internacional en cuanto a los tratados que contribuirá a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en la Carta de San Francisco, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional.

Según el artículo 27 de la CVSDT, se establece que “los Estados no pueden alegar normas internas para incumplir el derecho internacional; es decir, que existe una obligación por parte del Estado de modificar su legislación interna con el objeto de que se adecue a la norma internacional”⁸⁵. Esta es la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno de los Estados. Le otorga un grado de primacía aplicativa.

1.4 Principio Pacta Sunt Servanda

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados reconoce en su artículo 26 el principio “pacta sunt servanda”⁸⁶, (lo pactado obliga), que obliga al respeto y cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales, por lo que las partes de un tratado no pueden invocar su derecho interno, incluso el constitucional, para incumplir sus obligaciones internacionales.

⁸⁴ Convención de Viena sobre derecho de los tratados, del 23 de mayo 1969, artículo 2

⁸⁵ Convención de Viena sobre derecho de los tratados del 23 de mayo 1969, artículo 27

⁸⁶ Convención de Viena sobre derecho de los tratados del 23 de mayo 1969, artículo 26

1.5 Principio de Buena Fe.

La confianza expresada al cumplimiento de las obligaciones que se contraigan en virtud a la Celebración de Tratados con otros Estados, Organismos Internacionales y otros sujetos internacionales, a fin de mantener una razonable certidumbre en torno a los compromisos arribados. En materia internacional todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

1.6 Soberanía contemporánea y supranacionalidad

Desde la perspectiva del derecho internacional “hay que considerar el abandono multilateral de concepciones nacionales o nacionalistas, para lograr beneficios comunes, no ocasiona sometimiento ni menoscabo de la soberanía estatal, sino el hallazgo de una forma de justicia más elevada que puede ser viable, solo con una adopción y aplicación homogénea”⁸⁷

Al contrario de los que piensan que el concepto de soberanía es indivisible la doctrina sugiere se la pueda discernir como interna y externa, la primera con aplicación al ámbito territorial del Estado y para dictar sus propios arbitrios y remedios por la violación de estos y la segunda cuando el Estado tiene presencia igual a la de cualquier otro sujeto de derecho internacional, cuando por su voluntad puede obligarse o dirigir sus intereses más allá de sus confines.

Según la teoría de la autolimitación que se explica reconociendo la existencia de un Estado de derecho limitado por su propio poder soberano en su accionar por normas jurídicas, sin que esto sea de ninguna manera una barrera a su soberanía. Dicha limitación se expresa hacia adentro y hacia afuera del Estado, lo uno como la sujeción de todos sus actos a disposiciones jurídicas preestablecidas, de tal manera que los gobernantes no pueden hacer nada más allá de lo que están facultados

⁸⁷RADZIMINZKY, Alejandro. Sociedades multinacionales y proceso de integración económicos. *Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones*. 1988, Num.121-126, año 21, p.100

hacer, y lo otro como la aptitud del Estado para auto obligarse con otros hacer o dejar de hacer algo, sobre la base de las disposiciones del derecho de gentes.

Respecto de la supranacionalidad, esta se expresa de dos maneras según Figueroa:

“1) como la transferencia de competencias soberanas desde los estados que se integran hacia el aparato comunitario y 2) mediante la conformación de órganos e instituciones comunitarias autónomas, cuya característica distintiva consiste en la toma de decisiones o en la expedición de fallos que son aceptados en los territorios de los países miembros, debido a su preeminencia, aplicabilidad directa o inmediata y efecto directo”⁸⁸

La concepción moderna que trajo la evolución de las organizaciones supranacionales es que la misma no lastima, sino que afirma el concepto de soberanía, puesto que cada estado ha limitado de manera voluntaria los alcances de su poder público, a cambio de las ventajas que un orden comunitario logra obtener y por lo tanto amplía su soberanía.

En el mundo contemporáneo

“...la integración comunitaria responde y se afianza en la concepción de una soberanía relativa de los estados, no reconocida como un poder estatal supremo, absoluto e ilimitado, sino como algo menguado y circunscrito por la interacción de los demás actores de la comunidad internacional, lo que implica la resignación de competencias específicas de los países miembros a los organismos comunitarios, para hacer viable los proceso de integración económica, cuestión que conlleva una necesaria conciliación con la supranacionalidad, entendida esta última en sentido de la aptitud o competencia de un órgano internacional comunitario para tomar decisiones erga omnes que afectan relaciones exteriores o asuntos internos del Estado que lo creo...”⁸⁹

⁸⁸ FIGUEROA, Aimée. *Tópicos fiscales contemporáneos*. México: Universidad de Guadalajara, 2004, p.170. ISBN: 968-5876-02-9.

⁸⁹Ídem, 2004. p. 171

La evolución del concepto de soberanía compartida y la construcción del concepto de supranacionalidad, han permitido crear organismos internacionales de integración más profundos y con características diferentes a otros organismos internacionales, los que responden con eficacia y funcionalidad a los nuevos retos que tiene la comunidad internacional para enfrentar conjuntamente y en mejores condiciones el complejo proceso de globalización, que marca hoy en día, el contexto y accionar de los Estados.

1.7 Recepción del derecho internacional en los derechos internos.

La recepción es un proceso que comprende la incorporación de las normas jurídicas internacionales en los derechos internos, la eventual publicación de las mismas en el caso de que sea necesaria, las relaciones con las demás normas del sistema jurídico interno y la aplicación de las normas internacionales por los órganos internos, ya sea de forma directa o previa ejecución normativa en los supuestos que sean necesarios.

La recepción, por lo tanto, consiste en la incorporación de las normas internacionales en el derecho interno y en la adaptación técnica del derecho interno al Derecho internacional. “La recepción no es solo una cuestión teórica, sino que es fundamentalmente práctica, puesto que es la institución que desempeña la función de puente Inter ordinamental a través del cual se produce la integración del derecho internacional en el derecho interno de los estados”⁹⁰

Debemos aclarar que el Derecho internacional no impone ninguna técnica de recepción determinada, por lo que no existe un procedimiento común para la recepción de las normas internacionales, ni siquiera para la incorporación de cada uno de los tipos de normas internacionales, sean estos tratados, normas consuetudinarias o resoluciones de organizaciones internacionales.

⁹⁰ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Octava Edición. Madrid: Editorial Tecno, 2019, p.85. ISBN:9788430978250.

Por lo tanto, la técnica de recepción depende de la constitución, de la cultura jurídica y de la práctica judicial en cada Estado. Las más conocidas de estas técnicas serían dos: la recepción automática o adopción y la de transformación.

La recepción automática o adopción consiste en la integración de las normas jurídicas internacionales en el Derecho interno en calidad de normas internacionales sin necesidad de ninguna medida legislativa.

La recepción automática se puede instrumentalizar a través de varios procedimientos según la regulación y la práctica seguida en cada ordenamiento estatal:

“...mediante un mecanismo general y permanente cuyo fundamento sería una costumbre judicial para el derecho internacional general; por medio de un mecanismo general y permanente previsto de forma expresa en la Constitución para el derecho internacional general; y a través de la incorporación automática de las normas internacionales con la exigencia constitucional de la previa publicación interna de tales normas para los tratados internacionales...”⁹¹

Por su parte, la técnica de la transformación consiste en la incorporación de las normas jurídicas internacionales mediante la creación en el derecho interno de los estados de una norma de idéntico contenido o también de una norma que reproduzca, desarrolle y complete la norma internacional.

1.8 Control de constitucionalidad de los tratados internacionales

En cuanto a la recepción de los tratados internacionales en el derecho interno, es sumamente importante el tema del control de constitucionalidad de aquellos iniciando por un control previo, pues un sistema preventivo permitirá la verificación de la conformidad que presenten con la Constitución, antes de que cobren vigencia

⁹¹ Ídem. 2019, p.150

en el orden interno y, así, ingresaran al ordenamiento jurídico cuando no contraríen norma constitucional alguna y de determinarse que existe disconformidad con la norma suprema, se podrá adoptar alguno de los dos procedimientos que permitirán la coexistencia armónica de ambas normas, bien se trate de la formulación de una reserva o la modificación de la norma suprema, la cual, si bien, es lo menos usual, es un procedimiento que se ha regulado en algunos estados, principalmente europeos.

1.9 Aplicación del derecho internacional dentro del Estado

El poder judicial además de hacer efectivo el derecho interno se ve obligado cada vez más de aplicar el derecho internacional, tal como lo determinan sus normas de conflicto de leyes y distingüendo entre la costumbre y el tratado. “Muchos estados sostienen que el derecho internacional consuetudinario es una parte del derecho el país como los países del common law y especialmente el Reino Unido y Estados Unidos. Asimismo, lo han realizado los países de Europa occidental siguiendo el artículo 25 de la ley fundamental alemana”⁹². Lo que equivale a la adopción de la hipótesis monista en relación con la costumbre, que retiene, no obstante, su condición de fuente de derecho interno.

En cuanto a los tratados, existen dos enfoques posibles, que dependen de las disposiciones constitucionales aplicables. Algunos sistemas constitucionales exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado- aun cuando el tratado haya sido ratificado con la aprobación del poder legislativo- debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación. Este es el sistema dualista, de acuerdo con el cual los tribunales del ordenamiento jurídico interno solo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor un tratado, y no el tratado mismo.

⁹²SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Séptima reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.193. ISBN: 9789681602161.

Por otra parte, muchas de las constituciones modernas, desde la de los Estados Unidos,

“...disponen que los tratados debidamente celebrados tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente, tanto a las personas como a los tribunales. Disposiciones como esta convierten a los tratados celebrados por el estado en una fuente de derecho interno. Pero en algunos casos, la posibilidad de aplicar los tratados como derecho interno se hace depender del cumplimiento de ciertas formalidades, tales como la promulgación en la misma forma que las leyes o la publicación en la gaceta oficial del estado...”⁹³

1.10 Conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno

Los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno pueden surgir en una variedad de circunstancias, especialmente cuando una nueva legislación interna contradice una regla de derecho internacional consuetudinaria o alguna disposición de un tratado, o cuando una regla de derecho internacional choca con el derecho interno preexistente.

Puesto que un estado no puede alterar unilateralmente las reglas de derecho internacional que lo obligan, parecería lógico que cualquier derecho interno incompatible con el derecho internacional quedara sin validez. Pero dicha conclusión ignoraría las circunstancias prácticas en donde el problema tiende a surgir.

Los distintos sistemas constitucionales de los diversos Estados en todo el mundo han adoptado por diversas soluciones. En los Estados en donde el poder legislativo es la autoridad suprema, los tribunales tienen que aplicar la ley que les ha sido establecida, aunque contradiga el derecho internacional, haciendo prevalecer el derecho interno. Como, por ejemplo, el sistema británico, donde la legislación incompatible tiene que ser aplicada hasta que sea modificada o derogada por una nueva legislación. Caso similar al de los Estados Unidos, donde se considera que

⁹³Ídem, 2000. p.199.

los tratados tienen la fuerza del derecho interno, puesto que ambos están equiparados.

En cambio, en las constituciones más recientes de Europa Occidental se afirma la primacía del tratado sobre el derecho interno. Esto quiere decir que el tratado prevalecerá tanto sobre la legislación siguiente como sobre la anterior. Algunas constituciones contienen la misma regla en relación al derecho internacional consuetudinario como el artículo 25 de la Ley Fundamental de Bonn en la República Federal de Alemania: “Derecho internacional y Derecho Federal. Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho Federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”⁹⁴

1.11 Cláusulas de articulación

Las denominadas cláusulas de articulación entre el derecho internacional y el derecho interno “tienen como objetivo, por una parte, resolver la incorporación/transposición/uso del derecho internacional en derecho nacional y, por la otra, una vez resuelto lo anterior, determinar la jerarquía de dichas normas - transformadas o no- en relación con el derecho interno”⁹⁵

Existen cinco tipos de cláusulas de articulación según la doctrina que son: 1. Las de admisión, 2. Las declarativas, 3. Las de remisión, 4. Las de interpretación y 5. Las de jerarquía o de solución de conflictos normativos.

La doctrina latinoamericana recoge la experiencia boliviana “que incluye cláusulas de negación. Esto es cláusulas que específicamente niegan ciertos efectos del derecho internacional en el ordenamiento interno”⁹⁶

⁹⁴ *Ley Fundamenta de la República Federal de Alemania de 1948, artículo 25.*

⁹⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola. Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. *Revista Estudios Constitucionales*, 2016, Vol.14, N°1, pp.15-60. ISSN 07180195 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>.

⁹⁶ Ídem, 2016. p.20.

Las primeras se refieren a la forma en que el derecho nacional recibe- o mejor, admite los efectos de- el derecho internacional, bien sea que para ello se requiera o no un acto de transformación. Así, estas cláusulas tienen un doble propósito por una parte están aquellas que determinan la existencia de un procedimiento interno previo que abre las puertas a la creación del compromiso internacional, sin que ello implique transformar la norma internacional en norma nacional o aquellas que, si se refieren a un procedimiento posterior de transformación, por la otra, están aquellas normas que reconocen los efectos directos de las normas internacionales en el ordenamiento interno.

Por su parte, el segundo tipo de cláusulas recoge diversos tipos de declaraciones que dan luces sobre la relación del estado con el ordenamiento jurídico internacional. En estas se toca la postura del Estado respecto del proceso de integración, la forma de llevar las relaciones internacionales y los objetivos de las mismas.

El tercer tipo de cláusulas hacen remisiones expresas al ordenamiento internacional para completar el catálogo constitucional y legal o para referirse a asuntos más puntuales como, por ejemplo, el ejercicio de ciertas competencias.

Las cuartas consagran expresamente la necesidad de interpretar ciertas normas constitucionales y/o legales a la luz de los compromisos internacionales adquiridos.

El quinto tipo de cláusula, da luces sobre el lugar que las normas internacionales ocupan en el derecho interno o sobre la forma en que aquellos se relacionan con las normas nacionales y, por lo tanto, sobre la forma de solucionar los conflictos normativos entre normas de origen internacional y normas nacionales.

En virtud a ello podemos establecer que hay constituciones monistas que tienden a la prevalencia del derecho internacional como por ejemplo la holandesa y constituciones monistas que favorecen claramente cierta prevalencia del derecho interno, como por ejemplo la constitución de la República Federal Argentina y ordenamientos dualistas toda vez que exigen la transformación del derecho internacional en derecho interno, como ejemplo clásico, tenemos al ordenamiento inglés y en nuestro entorno la experiencia de Venezuela en décadas pasadas.

El ordenamiento boliviano y ecuatoriano, establecen un sistema en el que de forma expresa prevalecen los tratados de derechos humanos y comunitario sobre el orden interno.

La conclusión a la que arriban varios autores sobre estas teorías del monismo y el dualismo, a la luz de la evolución sin precedentes que tuvo tanto el derecho internacional como los ordenamientos internos de los Estados, es que se requiere otra base conceptual más moderna y pertinente para poder entender, comprender, describir, y explicar de mejor forma la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados en el contexto actual del siglo XXI.

Se puede defender la primacía del derecho internacional respecto a los derechos internos a partir de la autonomía y naturaleza del Derecho internacional con independencia del posible reconocimiento que pueda hacer el Derecho Constitucional de los Estados. Como ejemplo podemos decir que Bolivia entre las constituciones de 1967 y 2005, no tenía mención alguna para participar en procesos de integración ya que su constitución no cedía competencias a ningún proceso de integración y mantenía un concepto rígido de soberanía que no permitía la cesión de soberanía a ningún organismo supranacional como la Comunidad Andina de Naciones. Sin embargo, fue miembro activo del Pacto Andino desde su fundación en 1969 hasta el año 2009, cuando recién se introducen en la Constitución las denominadas cláusulas de apertura.

La primacía del derecho internacional se puede explicar por medio de dos argumentos: “la existencia de un principio fundamental en el Derecho internacional general que establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una norma internacional, codificada en materia de tratados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Tratados de 1969, y en la posibilidad siempre abierta de en caso de incumplimiento de una norma internacional, exigir la responsabilidad internacional del Estado en cuestión”⁹⁷

⁹⁷ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Octava Edición. Madrid: Editorial Tecno, 2019, p.98. ISBN:9788430978250.

En suma, el Derecho internacional y el Derecho interno son ordenamientos jurídicos autónomos y diferentes, pero no separados, ya que las normas internacionales se aplican y producen efectos en los derechos internos. Son ordenamientos autónomos porque la validez de las normas de uno y otro ordenamiento solo dependen del sistema jurídico en el que han sido creadas y al que pertenecen.

1.12 Derecho de la integración y derecho comunitario

Es pertinente dejar establecido la denominación a ser utilizada en el tema, sin entrar en debate, pues existen criterios de quienes sostienen que el Derecho Comunitario es distinto del Derecho de Integración.

A efectos de la presente investigación y teniendo en cuenta la universalidad de la nominación señalada en primer término, y por su sentido más amplio, utilizaremos la misma definiendo en consecuencia al Derecho Comunitario de Dromi, Ekmekdjian y Rivera quienes definen el derecho comunitario como: "el conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, las relaciones jerárquicas, la situación jurídica y las formas de actuación y de control de los órganos y entes en ejercicio de las funciones comunitarias"⁹⁸.

La dimensión jurídica del proceso de integración, que no se circunscribe solamente a los tratados constitutivos, sino a todos los actos jurídicos derivados que se realizan dentro del esquema y de los cuales se derivan las relaciones jurídicas entre los estados parte del mismo.

La integración significa formar una "comunidad de naciones o una comunidad de derechos"⁹⁹, pero que no puede ser un proyecto de desarrollo incompleto, por tanto, debe abarcar elementos debidamente seleccionados para lograr el bienestar

⁹⁸ DROMI, José Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho Comunitario-Sistemas de integración Régimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. Vol. 1, p.67. ISBN 950-9385-34-4

⁹⁹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Una Constitución para el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.p.75

colectivo propuesto por los países miembros que lo conforman, como en el proceso de integración del que es parte Bolivia, o sea, la Comunidad Andina de Naciones.

Del mismo examen podemos concluir que la integración contempla nítidamente un contenido economicista o comercial, restando importancia al contenido jurídico, que en realidad es el elemento o complemento regulador de todo proceso o esquema de integración, tal como veremos más adelante, porque cuanto recordemos que en toda relación jurídica, (o en toda relación económica producto de una política integracionista), pueden existir diferencias o controversias que necesariamente deben ser solucionadas mediante la intervención de las autoridades jurisdiccionales, aplicando las normas comunitarias a efectos de alcanzar la legalidad de los actos de las partes que intervienen en esa relación jurídica.

Esa intervención jurisdiccional necesariamente debe estar sujeta a un ordenamiento jurídico propio, previamente establecido, lo que quiere decir que ese ordenamiento, desde el momento en que se perfecciona, crea una comunidad de derechos que está ligada al objetivo común de las naciones que es el fortalecimiento de la unión de los pueblos.

De igual manera, es necesario mencionar que todo ordenamiento jurídico se encuentra conformado por las normas fundacionales y por las derivadas de éstas, es decir, dentro de los procesos de integración por los Tratados, Protocolos, Decisiones y/o Resoluciones que emanan de los órganos comunitarios a los cuales se les concede la capacidad de dictar las normas legales que regulan su funcionamiento y el conocimiento, interpretación y resolución de las controversias o los conflictos comunitarios corresponden a las instancias u órganos establecidos por las normas que dieron origen a los procesos de integración, en los cuales la luz del Derecho es irrenunciable, y sirve o es útil, para que el control de la legalidad sea entendido con un criterio amplio entre los sujetos de la indicada relación jurídica, que pueden ser los propios Estados Miembros y/o terceros pertenecientes a éstos.

Según, Fernando Uribe Restrepo, al referirse al Derecho Comunitario o de Integración, opina que: "No le corresponde al derecho, ser el motor que impulse el

proceso. La norma jurídica ordena las conductas y armoniza los hechos, pero no tiene capacidad, ella sola, para cambiar la realidad.... el derecho normalmente marcha atrás de los hechos, para regularlos, y no se da antes, para producirlos"¹⁰⁰. De lo expresado por el citado autor y por lo manifestado anteriormente existe coincidencia al señalar que el Derecho Comunitario es básicamente normativo, regulador y orientador.

Por todo ello consideramos que es una condición necesaria para la creación y consolidación de un proceso de integración, la existencia de un régimen legal que garantice la seguridad jurídica de los países miembros, para evitar interferencias en su aplicación y cumplimiento debido a la concepción dualista que sostienen algunos países en la difícil relación que se produce entre el derecho comunitario y el derecho interno de los países.

Con relación a ese punto se ha criticado a los procesos de integración en América Latina, especialmente al conformado por la Comunidad Andina de Naciones,

"...en sentido de que se ha pretendido llegar a la integración económica con la mera suscripción de los instrumentos jurídicos en que se plasma de manera casi perfecta dicho ideal, pero sin contar con las condiciones de hecho, ni con el apoyo político de los países miembros y, en muchos casos, sin la infraestructura constitucional necesaria para que pudiera llevarse a la práctica en la dimensión y con la profundidad proyectadas..."¹⁰¹

Surge una pregunta para analizar el tema: ¿Cómo se inicia un proceso de integración y bajo qué respaldo? Los tratados internacionales son los que dan inicio a la integración y se estructuran con apoyo en las Constituciones Nacionales de los Estados miembros. Significa ello que los tratados constitutivos tienen carácter constitucional con efecto directo y aplicación inmediata en los ordenamientos jurídicos nacionales; afirmación que respaldamos con el análisis correspondiente en

¹⁰⁰URIBE, Fernando. *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 55

¹⁰¹GALINDO, Marcelo. *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826 - 1967*. La Paz: Los Amigos del Libro, 1991,p.177.

el capítulo de legislación comparada referido a las Constituciones Políticas de diversas naciones del ámbito andino como europeo.

De otra parte, podemos manifestar que el Derecho Comunitario emergente de la integración, tiene la misma estabilidad que deben tener las Constituciones Nacionales y en razón a su particular importancia debe contar también con un control especial para proteger la integridad y prevalencia de sus disposiciones y la exigibilidad de las normas derivadas, tal como suele ocurrir en los ordenamientos internos que estudiaremos luego, es decir, debe existir un control de constitucionalidad, como lo tienen ya gran parte de las legislaciones de los países que han hecho de la integración una forma de lograr su prosperidad.

En lo que toca a la región, con el transcurso del tiempo esta previsión ha sido adoptada casi por todos los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones y en su mayor parte por los demás Estados que forman bloques de integración regionales, tal como veremos más adelante.

La indicada previsión ha motivado la creación de una Constitución comunitaria emergente de los tratados que dieron a luz el Acuerdo de Cartagena, cuyo desarrollo normativo debería aplicarse, de la misma manera en los cinco países que lo conforman; sin embargo, de lo expresado, han existido dificultades sobre el particular porque no siempre las Constituciones Nacionales han previsto la integración de manera específica y clara.

El caso boliviano, sin duda es el más ejemplificador al respecto, ya que la Constitución del año 1967 que estuvo vigente hasta el 7 de febrero 2009, no hacía ninguna referencia a la integración, pero a pesar de ello, Bolivia fue un miembro fundador y un activo impulsor de la integración andina desde 1969.

Para poder erradicar este vacío jurídico creemos en la necesidad de que un país, al adherirse a un proceso de integración, debe necesariamente resolver los problemas de orden constitucional que se le planteen, a fin de compatibilizar la norma del Derecho Comunitario con la del Derecho Interno.

2. Ordenamiento Jurídico Andino

2.1 Antecedentes

Tras la aparición de la globalización, como uno de los efectos de esta nueva era, entendida ésta como un proceso dinámico y multidimensional, donde se produce una creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos y culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local, que origina una tensión entre las diferentes dimensiones con una participación desigual entre los actores, que se constituye en un desafío que fundamenta aún más la necesidad de la integración a objeto de contar con un vocero común e interlocutor válido para dialogar con ella y así procurar compartir sus aspectos positivos y mitigar los negativos.

Se debe destacar el ideario integracionista del Libertador Simón Bolívar testimoniado en diferentes notas en las que exalta a los pueblos Hispanoamericanos a unirse en una sola Nación, con un solo vínculo, lo que, casi 200 años después, se lograría materializar con el Tratado de Montevideo que crea ALALC (1960), el Acuerdo de Cartagena (1969), el Tratado de Montevideo que crea la ALADI (1980), el Tratado de Asunción que crea el MERCOSUR (1991), el Acuerdo de Complementación Económica CAN - MERCOSUR del 16 de diciembre de 2003, hasta la conformación de organismos de integración regionales políticos como UNASUR, CELAC y el ALBA-TCP.

En la región, la integración económica desde su creación viene funcionando generalmente sobre estructuras institucionales intergubernamentales, que no obedecen al nivel de integración económica acordado en los tratados, ese es el caso del Mercosur, Sistema de Integración Centroamericano y de la Comunidad del Caribe. Por su parte, la Comunidad Andina de Naciones, nace y se consolida como una organización intergubernamental subregional con personalidad jurídica internacional, integrada por sus Estados miembros y por los órganos e instituciones que componen el Sistema Andino de Integración, el cual está compuesto por

órganos intergubernamentales y supranacionales que la convierten en el sistema más eficaz y cohesionado de la región, peses a todos sus problemas.

Pero lo que nos interesa destacar es esa idea básica del concepto de comunidad de derecho conocida como: “la de sujeción plena a un ordenamiento jurídico propio, integrado en el de los países miembros, desde su entrada en vigor. Y que por ser vinculante se impone a ellos mismos, a sus nacionales e instituciones”¹⁰². El ordenamiento jurídico comunitario no deriva del ordenamiento de los países miembros, sino del Tratado Constitutivo de la Comunidad.

Dicho ordenamiento jurídico contiene normas self executing y non self executing, de las primeras nacen directa e inmediatamente derechos y obligaciones para los particulares sin que sea necesaria la participación de los Estados, de las segundas, solo por medio de otras disposiciones expedida con la intervención del Estado miembro o de los organismos comunitarios.

La integración es un proceso multidimensional, aunque inicialmente económico, que comprende varias etapas, tendentes a lograr la comunidad y la unión de los países, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes.

Como se dijo, la integración es un proceso que, como tal, presupone etapas que se van cumpliendo en el espacio y tiempo dados. Al respecto, el citado Magistrado Chahín, señala:

"El hecho de que la integración económica se considere como un proceso, es a nuestro modo de ver el elemento más importante. En efecto a la forma de integración económica pretendida (zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica, etc.) no se llega mediante la simple suscripción de un tratado público internacional en el que se plasme la pertinente organización, sino que supone la realización de una serie de tareas y actividades y la superación de múltiples etapas, en las que juega papel

¹⁰² SÁENZ, María Paz y al., et. *Introducción al derecho de la Unión Europea*. Segunda edición. Madrid: Eurolex, 1999, p.112. ISBN: 978-8489176447.

determinante para el logro de los objetivos la capacidad de armonización de políticas, que caracterice a los socios."¹⁰³

Para una mejor comprensión del proceso de integración voluntario y el surgimiento de los organismos supranacionales, con la orientación del citado tratadista Ekmekdjian que decía:

“...creo necesario referirnos a la flexibilización y divisibilidad del concepto de soberanía, que permitió la transferencia de poderes y competencias, la coexistencia de éstos, entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario, y el consiguiente nacimiento de un nuevo concepto de soberanía compartida diferente al de la doctrina tradicional, el concepto de soberanía absoluta, que aparece en el Siglo XVI, con Jean Bodin en su obra *Seis libros de la República* (1576), la *Summa de Potestes*, como el poder absoluto y perpetuo de una República no limitado ni en poder ni en responsabilidad ni en tiempo, única fuente de toda ley. El término absoluto abarca la facultad de dictar leyes y revocarlas y, el de perpetuo significa que es irrevocable, concepto este que, por su rigidez, sin embargo, no era compatible con el proceso de integración...”¹⁰⁴

Fue Guillermo Chahin quien menciona que fue el Juez John Marshall, el que en un fallo pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, dijo: "estando compuesto el mundo de distintas soberanías, poseyendo derechos iguales, e iguales independencias, cuyo beneficio mutuo es promovido por la correspondencia entre sí, y por un intercambio de aquellos buenos oficios que la humanidad dicta y sus necesidades que exigen, todas las soberanías han consentido una relajación en la práctica... de aquella jurisdicción absoluta y completa dentro de sus territorios respectivos, que la soberanía confiere."¹⁰⁵

¹⁰³ CHAHÍN, Guillermo. *Comercio Exterior: teoría y práctica*. Colombia: Ediciones Librería Profesional, 1987, p.7. ISBN: 9586350371, 9789586350372.

¹⁰⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 1996, p.35. ISBN: 950-14-0917-1.

¹⁰⁵ [dem, 1987, 9.

Lo que nítidamente expresa una limitación al concepto de soberanía absoluta, que se tenía en ese entonces en todo el mundo.

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial la doctrina elabora un concepto de soberanía relativa, y fue Hans Kelsen quien en su obra Principios de Derecho Internacional Público, sostuvo que: “la noción tradicional de soberanía, es decir la absoluta, es incompatible con la primacía del Derecho Internacional y el establecimiento de un orden jurídico internacional”¹⁰⁶

Esta evolución conceptual de la soberanía hacia su relativización, se produce en la medida en que el Derecho Internacional se afianza y adquiere mayor prestancia, lo que posibilita la transferencia del ejercicio de una parte de la soberanía, es decir de competencias específicas, apareciendo el nuevo concepto de soberanía compartida que facilita los procesos de integración a través de los organismos supranacionales lo que trae consigo el consiguiente surgimiento del Derecho Comunitario.

La constitución de organismos internacionales, como órganos supranacionales, responde a la voluntad de integración que se traduce en alcanzar objetivos comunes y concretos tales como un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades en el conjunto de la comunidad, con miras, en su primera etapa, a la constitución de una zona de libre comercio y posterior mercado común, entre otras importantes etapas para la integración, que conlleva la asignación y transferencia de competencias cada vez más amplias por parte de los Estados Miembros a la organización supranacional.

2.2 Orden jurídico comunitario

El orden jurídico comunitario según el ex magistrado Walter Kaune Arteaga:

¹⁰⁶KELSEN, Hans. Principios de Derecho Internacional Público. Buenos Aires-Argentina. El Ateneo. 1965, p.244.

“...es un sistema normativo debidamente estructurado e institucionalizado que contiene poderes y competencias propios, derivados de las cesiones del ejercicio de la soberanía sobre determinadas materias hechas por los países miembros –soberanía compartida-, que se desarrollan en un complejo tejido de regulaciones jurídicas, con órganos y procedimientos a través de los cuales se generan, interpretan y aplican las normas jurídicas comunitarias, se determinan los derechos y obligaciones de los sujetos que integran la comunidad y se establecen mecanismos de resolución de controversias así como la imposición de sanciones por violación de sus mandatos”¹⁰⁷

En la Comunidad Andina el ordenamiento jurídico está conformado, definido y caracterizado en los cuatro primeros artículos del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Integración. En ellos los países miembros trataron de otorgarle mayor obligatoriedad al proceso de integración para que se cumplan los acuerdos y por eso crearon un instrumento jurisdiccional para velar por el cumplimiento e interpretación uniforme de las normas andinas.

Es allí donde se establecen,

“...cuáles son las normas que la componen, su naturaleza y ámbito de aplicación, su jerarquía y preeminencia, así como también las competencias y facultades de los órganos que se encargan de su vigilancia y de su observancia y, en fin, los sujetos pasivos y los órganos competentes para generar derecho derivado o secundario. El propio Tratado de Creación del Tribunal determina en su artículo 1 la jerarquización de dicho orden jurídico, de tal forma que existe una relación de subordinación del derecho derivado con respecto al derecho originario...”¹⁰⁸

Se crea por tanto una comunidad de derecho más allá de un proceso de integración económico y social. Un ordenamiento autónomo y distinto del derecho

¹⁰⁷KAUNE, Walter. *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014. P.74

¹⁰⁸CHAHÍN, Guillermo. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Comunitario Andino*. En: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Testimonio Comunitario –Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*. Quito. 2004, p.80. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf

internacional y de las normas del derecho interno de los Estados. Con su propio sistema de fuentes.

2.3 El derecho comunitario andino

El Derecho comunitario, es definido por el Tribunal de Justicia Comunitario como: “el sistema de normas que se interrelacionan con el objeto de regular la existencia y desarrollo del proceso de integración subregional y en ese sentido, busca el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de Cartagena”¹⁰⁹

Sin embargo, debemos precisar y recordar que la idea de integración surge de una decisión política para reconstruir la Europa devastada por la guerra y en crisis económica después de la Segunda Guerra Mundial.

Fue Winston Churchill, quien manifestó en su conferencia en la Universidad de Zurich que:

“...voy a decir algo que les sorprenderá. El primer paso hacia la reconstrucción de la familia europea ha de ser una asociación entre Francia y Alemania. Solo de esta manera podrá Francia recuperar la dirección moral de Europa. No puede haber renacimiento moral de Europa son una Francia espiritualmente grande. La estructura de los Estados Unidos de Europa, si se construyen a conciencia, será de tal forma que haga menos importante la forma de un solo Estado...”¹¹⁰

No podemos dejar de mencionar otro de los principales antecedentes del derecho de la integración que fue la declaración del entonces Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Schuman, el 9 de mayo de 1950, en la que se definieron las bases de la integración política y económica del Comisario del Plan de Modernización y Equipamiento Jean Monnet:

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Asunto: 02-JP.88.

¹¹⁰ CHURCHILL, citado por PLAZAS, Mauricio. *Derecho Tributario Comunitario. La armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración*. Bogotá: Legis, 2001, p.65. ISBN: 9586532771.

“...Señores, no es cuestión de vanas palabras, sino de un acto, atrevido y constructivo. Francia actúa y las consecuencias de su acción pueden ser inmensas. Así lo esperamos, Francia actúa por la paz (...) y asocia a Alemania. Europa nace de esto, una Europa sólidamente unida y fuertemente estructurada. Una Europa donde el nivel de vida se elevará gracias a la agrupación de producciones y la ampliación de mercados que provocaran el abaratamiento de los precios. El gobierno francés propone que se someta el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una autoridad común, en una organización abierta a la participación de otros países de Europa...”¹¹¹

Por su parte, Jean Monnet propuso un procedimiento funcionalista, que defendía la integración económica mediante instrumentos jurídicos como fase previa a la política, en un camino lento y progresivo en la cual se incorporarían a la Unión un número de países cada vez mayor. El concepto que permitió a la comunidad europea perdurar y fortalecerse continuamente ha sido el de entender, desde sus inicios en la década de los años cincuenta, a la integración europea como un proceso de creación continua.

Indagando en las causas por las cuales se originó este proceso de integración, el profesor Tremolada indica:

“El origen de los sistemas integracionistas en la Región se puede explicar, por un lado, con el pensamiento liberal del mundo occidental reinante en la postguerra, que consideraba la comercio internacional como generador de desarrollo, riqueza y paz y, por otro, con la estrategia difundida por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas, CEPAL, que recordaba a los países en vías de desarrollo, principalmente exportadores de materias primas y con una incipiente industria, que no podían competir en condiciones de equidad en el nuevo panorama económico mundial, recomendándoles seguir dos líneas de

¹¹¹ Discurso de Robert Schuman, 9 de mayo 1950, p.12. En <http://clio.redeiris.es/udidactica/antecedentes2.htm>. Recuperado 20 de junio 2020.

acción; una determinada por la necesidad de fomentar la producción de bienes elaborados y otra, por la necesidad de establecer mercados comunes entre naciones en vías de desarrollo con condiciones relativamente homogéneas”¹¹²

El 26 de mayo de 1969, se suscribió el Acuerdo de Cartagena que dio inicio al Pacto Andino, como un ejercicio de integración subregional con el fin de “lograr avances económicos y tecnológicos que permitieran eliminar las causas de las carencias y debilidades comunes, y unir las potencialidades en aras de mejorar las condiciones y la calidad de vida de los ciudadanos”¹¹³.

Bolivia aprobó el Acuerdo de Cartagena, a través del Decreto Supremo 428 de 30 de julio 1969 y el Ecuador, por su parte, aprobó el Acuerdo, por el Decreto Ejecutivo 1932, del 24 de octubre 1969.

Los dos primeros artículos del Acuerdo de Cartagena dan a entender que el proceso de integración subregional andino era considerado como un instrumento para alcanzar propósitos mayores como el desarrollo equilibrado y armónico, la aceleración de los niveles de crecimiento económico y la reducción de diferencias entre los países miembros.

El artículo 3 del Acuerdo de Cartagena establece que para alcanzar los objetivos comunes de integración de los países miembros, se establecen una serie de mecanismos como son: la armonización de políticas económicas y sociales; la programación conjunta del proceso de industrialización subregional; un programa de liberación del intercambio más acelerado; un arancel externo común; un programa para acelerar el desarrollo del sector agropecuario; la canalización de recursos para proveer la financiación de inversiones; la integración física y el tratamiento preferencial a favor de Bolivia y Ecuador.

¹¹²TREMOLADA, Eric. *El Derecho Andino en Colombia*. Bogotá: Serie Pre Textos N°31. Universidad del Externado, 2006, p.17. ISBN-13: 9789587101775

¹¹³ MONTES, María Alejandra. *Efectos reglamentarios y jurisprudenciales del derecho comunitario andino sobre el derecho administrativo colombiano*. Tesis de Maestría. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, 2012, p.20.

Posteriormente, y de acuerdo a la evolución del contexto internacional, se añadieron: la profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extra regionales; programas para acelerar el desarrollo del sector agroindustrial; programas en el campo de los servicios; y la liberación del comercio intra subregional de servicios.

El Acuerdo de Cartagena desde su nacimiento en 1969 hasta finales del 2019, atravesó un proceso fluctuante de progresos y fracasos, que dependían del optimismo o la decepción sobre el desarrollo económico que atravesaban los países y la región en su conjunto.

El acervo comunitario andino está compuesto por el conjunto de normas jurídicas comunitarias contenidas en tratados constitutivos de la comunidad, así como el derecho derivado, decisiones del CAMRE y de la Comisión, así como de Resoluciones de la Secretaria General, y por todos los convenios de Complementación Industrial que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración andino. En el marco del derecho derivado o secundario, hasta diciembre del 2019, se han expedido 853 decisiones comunitarias andinas.

Entre las distintas dinámicas de interacción de los sujetos internacionales. La cooperación internacional, implica el concurso de dos o más Estados miembros, sin la limitación parcial o transferencia de su soberanía, para llevar adelante un conjunto de acciones tendientes a la obtención de beneficios mutuos principalmente de índole económica, social, cultural o política. La integración, en cambio, es un proceso que tiene como fin, en el marco del Derecho Internacional Público, el establecimiento de esquemas, planes, instituciones y atribuciones de órganos supranacionales a los cuales los Estados han decidido soberanamente transferir el ejercicio de determinadas competencias.

La integración es un proceso que puede presentar diversos esquemas que van a depender de los compromisos que los Estados están dispuestos a aceptar en pro de cumplir los objetivos comunes que les motivaron a integrarse. Ahora bien, los procesos de integración pueden derivar en la generación de normativa jurídica por parte de los entes supranacionales creados en virtud del acuerdo de integración.

Esa normativa es de aplicación directa, efecto inmediato, y goza de primacía sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. A ese conjunto de regulaciones que emanan de los órganos supranacionales se le denomina Derecho comunitario.

Dos características esenciales de la Comunidad Andina, por una lado la existencia de órganos comunitarios supranacionales, tales como la Secretaría General y Tribunal de Justicia Andino, y por el otro, la existencia de un orden jurídico andino conformado por dos fuentes normativas directas, el derecho primario u originario que constituye un primer nivel normativo compuesto por el Acuerdo de Cartagena, protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y su protocolo modificatorio y un derecho secundario o derivado, jerarquizado en dos niveles, un segundo nivel que se integra con las decisiones del Consejo y la Comisión y con las resoluciones de la Secretaría General.

Pero son las características propias las que le permite superar las posibles incompatibilidades, estas son según el profesor Tremolada: “la supranacionalidad, intangibilidad, su carácter vinculante, aplicabilidad directa, efectos directos y a la preeminencia, todos frutos de su autonomía, permitiéndole penetrar el orden jurídico interno de los Estados miembros”¹¹⁴

La estructura institucional de la Comunidad Andina de Naciones, se basa en algo semejante a la división de poderes que rige en los Estados, de ahí que se tengan órganos con competencias legislativas (dictan normas), ejecutivas (ejecutan políticas públicas) y judiciales (controlan la aplicación de las normas), todos con funciones supranacionales en mayor o menor medida y buscando equilibrios entre los intereses nacionales y los comunitarios.

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende, de acuerdo con el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia: “el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el propio tratado de creación

¹¹⁴ TREMOLADA, Eric. El Derecho Andino en Colombia. Bogotá: Serie Pre Textos N°31. Universidad del Externado, 2006, p.50. ISBN-13: 9789587101775.

del Tribunal de Justicia y sus protocolos modificatorios; las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de complementación industrial y otros que adopten los Estados miembros entre sí en el marco del esquema subregional andino”¹¹⁵

La necesidad de crear una organización internacional con facultades que garanticen acciones que no se vean obstaculizadas por nacionalismos exacerbados fundados en viejos conceptos de soberanía, fue asumida por todos los Estados firmantes del Acuerdo de Cartagena, asimilando el concepto de supranacionalidad que marca la técnica de distribución y transferencia de competencias en un proceso de integración.

2.4 Constitución de órganos comunitarios

La constitución de órganos comunitarios, en la mayoría de los casos, reproduce la forma de organización de un Estado analizada en el ámbito del derecho constitucional. Es decir, en lo posible se trata de establecer un órgano ejecutivo, uno legislativo y uno judicial, pero limitados o circunscritos a campos específicos de actividad, razón por la cual algunos tratadistas han denominado el Derecho comunitario como el Derecho constitucional de los procesos de integración.

El órgano ejecutivo tiene por finalidad cumplir las funciones representativas, administrativas, de asesoramiento y en algunos casos de control. En cambio, las funciones propiamente ejecutivas no son en lo fundamental competencia de este órgano, sino más bien de los Estados miembros.

El establecimiento del legislativo, destaca entre los demás órganos, porque su sola constitución significa la transferencia de capacidad legislativa parcial o circunscrita a ciertos aspectos inherentes al proceso integrador. A partir de entonces y como producto del derecho originario, surgen un órgano legislativo multinacional,

¹¹⁵ Tratado de Creación Tribunal de Justicia Comunidad Andina 197900000, artículo. 1

para los Estados miembros con capacidad de crear Derecho. La consecuencia natural es la ampliación del campo del Derecho aplicable, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, porque la presencia de un país dentro del proceso de integración significa que desde entonces no sólo se deben aplicar las normas propias del Derecho interno (leyes, decretos, resoluciones, etc.) y los tratados internacionales debidamente ratificados, sino también las normas comunitarias o Derecho derivado.

La acción del órgano legislativo es trascendental, porque de él depende el cumplimiento de los objetivos previstos en el tratado constitutivo, otorgándole atribuciones entre las cuales destacan: la formulación de objetivos políticos y programas legislativos; la armonización del derecho al interior de los países miembros; y por supuesto la imposición de obligaciones. Todo ello a partir de la instauración de normas jurídicas directamente operantes por sí mismas.

Las características fundamentales de estas disposiciones derivadas son de aplicabilidad automática, de aplicabilidad directa y primacía. La aplicabilidad automática determina que las normas emanadas del órgano legislativo comunitario formen parte del orden jurídico interno de los países miembros inmediatamente, sin necesidad de pasar por el proceso de transformación que convierta la norma internacional en norma interna.

Se basa en la teoría monista de relación entre el Derecho externo y Derecho interno sostenida por la escuela de Viena; fueron Kelsen y Verdross quienes planteaban según el internacionalista Hernani que:

"...las normas del Derecho Internacional y las del ámbito nacional son de naturaleza idéntica...", por tanto, "las normas jurídicas existen por sí mismas y no requieren de ningún acto formal de incorporación de unas u otras... Esta aplicabilidad automática implica que las normas derivadas, deben ser inobjetablemente observadas por los poderes de los Estados miembros, no pudiendo invocar ninguna razón para abstraerse de esa obligación"¹¹⁶

¹¹⁶HERNANI, Windsor. Importancia del derecho comunitario. Universidad Católica Boliviana, Revista Nr. 10, 2020, p. 107.

La norma comunitaria otorga derechos y obligaciones a los individuos y consecuentemente otorga la capacidad a ellos para exigir ante los jueces de los países miembros el reconocimiento de esos derechos independientemente de la residencia o nacionalidad.

Es decir, el derecho comunitario reconoce la legitimidad de las personas particulares para exigir el cumplimiento eficaz de las normas comunitarias. Lo anterior constituye una diferencia sustancial de las normas de Derecho internacional público, porque tradicionalmente las personas individuales no podían hacer valer sus derechos frente a otro Estado parte de un tratado, sino por medio de su gobierno.

El principio de primacía determina que "las normas comunitarias tienen jerarquía superior a las normas del derecho interno de los Estados miembros, y en tal sentido el Derecho comunitario prevalece sobre el ordenamiento interno"¹¹⁷

Las disposiciones del tratado originario y las normas derivadas de los órganos comunitarios "tienen como efecto dentro del Derecho interno, de no sólo hacer inaplicable de pleno derecho, toda disposición contraria de la legislación internacional existente, sino también impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en el caso de que fueran incompatibles con normas comunitarias"¹¹⁸

El establecimiento de un órgano jurisdiccional tiene la finalidad, no sólo de ser el mecanismo de solución de controversias entre los países miembros, sino también velar por el cumplimiento de las obligaciones tanto de los Estados como de los órganos comunitarios.

La determinación de un objetivo comunitario, y la adopción de la correspondiente normativa comunitaria, no garantiza el éxito de un proceso de integración, si no existe un órgano de control de la legalidad, que cuide por el cumplimiento de las

¹¹⁷EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma. 1996, p. 72. ISBN: 950-14-0917-1.

¹¹⁸DROMI, José Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho Comunitario-Sistemas de integración Régimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. Vol. 1, p.113. ISBN 950-9385-34-4.

normas derivadas y evite las acciones arbitrarias de los Estados y órganos comunitarios en relación con principios y normas del derecho originario.

Adicionalmente, otra función es la de asegurar la efectiva y uniforme aplicación del derecho comunitario, entre las autoridades judiciales de cada uno de los países miembros, y de esta manera evitar interpretaciones no uniformes y en algunos casos hasta contradictorias.

Si bien es cierto que los procesos de integración han adoptado distintas formas de resolución de conflictos como, por ejemplo, el arbitraje, también resulta evidente que a medida que un proceso de integración avanza se hace necesaria la constitución de un órgano jurisdiccional que vele por el cumplimiento de la norma comunitaria.

El establecimiento de un poder público ejecutivo, legislativo y judicial, “adopta distintas formas de organización, pudiendo ser en algunos casos estructuras "intergubernamentales", donde cada Estado miembro tiene un representante y la adopción de decisiones necesariamente debe ser hecha mediante consenso; y en otros casos con entidades "supranacionales", definidas como entidades con autonomía de poder y de acción colocada al servicio de intereses y objetivos comunitarios”¹¹⁹. Tanto en el proceso de integración europeo como el de la Comunidad Andina, han utilizado estas dos teorías, de manera paralela para poder desarrollar y consolidar el proceso de integración supranacional.

2.5 Fuentes del derecho comunitario

El derecho comunitario está normalmente clasificado como primario u originario y secundario o derivado. La primera categoría, derecho comunitario originario, está conformada por los tratados constitutivos, que establecen objetivos, principios y la estructura institucional de la Comunidad Andina, y, por otro lado, el derecho

¹¹⁹ HERNANI, Windsor. Importancia del derecho comunitario. *Universidad Católica Boliviana*, 2020. *Revista Nr. 10*. p. 109.

derivado abarca un conjunto de actos jurídicos dictados por instituciones comunitarias en aplicación de los tratados originarios.

- El Derecho Originario o Primario como fuente

El derecho originario está constituido por los instrumentos jurídicos fundacionales o constitutivos de los organismos de Integración. En el caso de organismos de integración como, por ejemplo: el Acuerdo de Cartagena sobre el que se instituye la Comunidad Andina, además de sus Protocolos y todos los instrumentos adicionales que modifican o complementan los Tratados Constitutivos.

Las normas originarias son:

- El Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e instrumentos adicionales.
- El Tratado Constitutivo del Tribunal Andino de Justicia y sus Protocolos Modificatorios.

- El Derecho Derivado o Secundario como fuente

Está conformado por las disposiciones que emiten los órganos del esquema de integración. En el caso de la Comunidad Andina: las Decisiones, las Resoluciones y los convenios de complementación industrial. Estas normas derivadas, son comparables a las leyes ordinarias y a los actos administrativos del Derecho Interno.

Las normas derivadas son:

- Las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores
- Las decisiones de la Comisión
- Las Resoluciones de la Secretaria General
- Los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí, en el marco del proceso de integración sub regional andina.

Según el Tribunal de Justicia Andino existe una relación de subordinación del Derecho derivado con respecto al Derecho originario:

“... en el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en

protocolos modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo 1, literales a) y b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los europeos se los denomina “Constitución Comunitaria”, señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de Derecho, del cual derivan y a las cuales se somete el resto de las fuentes...”¹²⁰

El derecho derivado es fruto de los poderes normativos que han sido atribuidos en forma explícita por los Estados en los tratados constitutivos, o que son previsión constitutiva, “con base en la denominada teoría de los poderes implícitos, se fundamentan en el conjunto del sistema como medio para el desarrollo y la consecución de los fines de la integración”¹²¹

Las normas derivadas son el fruto de la delegación/transferencia de competencias propias de los Estados a unos centros de poder comunitario autónomos como el Consejo y la Comisión, tal como lo expresa el Tribunal de Justicia Andino en el Proceso 01-AN-97, al referirse al derecho derivado:

"Puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladores transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos - derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional -derecho derivado regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una competencia de atribución a dichos órganos"¹²²

¹²⁰ Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso 01-IP-96.

¹²¹ QUINDIMIL, Jorge. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2006, p.335. ISBN: 978-8484567509

¹²² Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso 01-AN-97.

Con fundamento en las jurisprudencias analizadas y de conformidad con el art. 1 del TCTJCA, las categorías de Derecho derivado son: “Las decisiones del Consejo Andino y la Comisión de la Comunidad; las resoluciones de la Secretaria General de la comunidad y los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí”¹²³

Algo importante que destacar es que estas categorías de derecho derivado que están sometidas al derecho constitutivo, conforman dos niveles normativos, un segundo nivel compuesto por las decisiones que adoptan el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores por consenso o la Comisión por mayoría absoluta y por las resoluciones de la Secretaria General que desarrollan directamente previsiones del Acuerdo de Cartagena, como aquellas que restringen y gravan el comercio o las que autorizan salvaguardas.

Asimismo, según el profesor Tremolada:

“...dentro de este ordenamiento vertical existe un tercer y último nivel normativo, donde encontramos dos categorías normativas: las demás resoluciones de la secretaria general y los denominados convenios de complementación en el sector industrial. Estamos entonces frente a una estructura vertical con tres niveles normativas y dentro de estos no hay diferenciación jerárquica entre sus modalidades”¹²⁴

Finalmente, recordar que dentro del derecho derivado existen las decisiones que pueden tener dos efectos. Armonizador o uniformizador. En la Comunidad Andina hay decisiones que armonizan y otras que uniformizan. Las que armonizan determinan los objetivos que los Estados miembros tienen que alcanzar, pero dejan libertad de medios para que los Estados por medio de su legislación nacional la reglamenten. En cambio, las que uniformizan determinan un régimen común, Sin embargo, por llamarse de forma igual decisiones la tendencia es que se quiera aplicar a todas las decisiones de la CAN, la primacía, lo cual está mal ya que depende del contenido y el efecto de las decisiones. Y, lamentablemente, hay

¹²³ Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina, artículo 1.

¹²⁴TREMOLADA, Eric. *El Derecho Andino en Colombia*. Bogotá: Serie Pre Textos N°31. Universidad del Externado, 2006, p.46. ISBN-13: 9789587101775.

sentencias del TJCA que aplican la primacía a las decisiones armonizadoras donde los Estados tienen competencias legislativas para reglamentarlas.

Esto no sucede en la Unión Europea, donde se denominan directrices a las que armonizan y dan paso a los Estados para que las desarrollen sobre la base de ciertos objetivos comunes y los reglamentos que tienden a la uniformización a través de un régimen común para todos los Estados miembros de la comunidad.

El profesor Cesar Montaña critica este procedimiento y señala algunas sentencias del TJCA que otorgan aplicación inmediata y primacía de forma equivocada a las decisiones armonizadoras. Citando como ejemplo en el ámbito tributario a los fallos de los procesos 75-IP-2005¹²⁵ y el proceso 50-IP-2006¹²⁶, donde hacían prevalecer el derecho andino sobre las regulaciones nacionales en temas impositivos tratándose de normas armonizadoras.

2.6. Origen y evolución del Acuerdo de Cartagena

El fin de la Segunda Guerra mundial y la aparición de dos bloques dio inicio a la conocida guerra fría que marco la escena en la arena internacional, en el resto de los países se dio la oportunidad de generar propuestas de desarrollo.

El 26 de mayo de 1969 fue firmado el Acuerdo de Cartagena por cinco países de la sub región andina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, y Perú. Venezuela se incorporó el año 1973 y Chile se retiró durante la dictadura de Augusto Pinochet en 1978 por profundas discrepancias en torno a la decisión 24 sobre inversiones. El 22 de abril de 2006 Venezuela abandono el bloque andino por profundas discrepancias político ideológicas. Bolivia ratifico el tratado mediante Decreto Ley No. 08995 del 6 de noviembre de 1969.

¹²⁵ Sentencia Tribunal de Justicia Comunidad Andina. Proceso. 75-IP-2005

¹²⁶ Sentencia Tribunal de Justicia Comunidad Andina. Proceso. 50-IP-2006

El profesor Quindimil nos reflexionaba expresando que solemos imaginar que el Acuerdo de Cartagena es una norma completa y fundamental, sin embargo, debemos reconocer que por el contrario este tratado:

“...adolece de la ausencia de regulación de aspectos nucleares tales como el sistema de fuentes, su contenido y alcance jurídico, los principios esenciales del Derecho comunitario andino o el régimen jurídico del sistema competencial andino. No obstante, en buena medida la aprobación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en 1979 vino a paliar este déficit del acuerdo de Cartagena, lo que lo ha convertido en la otra segunda norma fundamental de la CAN”¹²⁷

Asimismo, el profesor Marcel Tangerife señala que:

“...el Tribunal de Justicia asigna dos categorías especiales al Acuerdo de Cartagena; primero, que se trata de un tratado marco sobre la base de que sus normas positivas no pueden abarcar el conjunto de temas que implica un proceso de integración; y segundo, que estamos frente a un tratado de naturaleza programática, toda vez que sus disposiciones determinan el fin y los objetivos del esquema integrador, así como las estrategias para el desarrollo de estos”¹²⁸

Esta perspectiva programática determina la existencia de normas sustantivas y normas institucionales, las primeras son obligaciones ineludibles que permiten trascender de la mera cooperación y, en cambio, las segundas definen la estructura orgánica de la Comunidad.

El nombre de Pacto Andino, se modificó por el de Grupo Andino desde mediados de los años ochenta y se enfatiza en el carácter socio-cultural y no únicamente económico del proceso. Según Saltos: “En esta época es cuando se impulsan

¹²⁷ QUINDIMIL, Jorge. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2006, p.255. ISBN: 978-8484567509.

¹²⁸ TANGERIFE, Marcel. *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*. Medellín: Becker & McKenzie, 2002, p.110. ISBN: 9789588075655

programas educativos dirigidos a crear conciencia de integración. Sin embargo, el intercambio comercial no tenía la dinámica esperada”¹²⁹

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de 28 de mayo 1979 entro en vigor el el 19 de mayo de 1983. El Tratado fue aprobado por Bolivia con el Decreto Ley 16768 del 11 de junio de 1979. El Ecuador mediante el Decreto Supremo 3611 del 6 de julio de 1979.

El Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, suscrito en La Paz Bolivia, el 25 de octubre de 1979. En 1980, inicia sus labores el Parlamento Andino, órgano deliberante del Sistema Andino de Integración.

El 12 de mayo de 1987, se suscribe el Protocolo de Quito, modificadorio del Acuerdo de Cartagena, el mismo que entró en vigencia el 25 de mayo de 1998, se constituyó en un primer gran intento de reactivar el Grupo Andino y modernizar su estructura jurídica, así como formular un concepto de integración más pragmático. Esta en vigor desde el 25 de mayo de 1998.

En diciembre de 1989, se llevó adelante en Galápagos, la Cumbre de Presidentes del Grupo Andino, llegándose a establecer el diseño estratégico para la orientación del Grupo Andino, y se establecieron como objetivos para esa década la coordinación del espacio económico andino y el mejoramiento de la articulación internacional del grupo. Fue el paso del modelo de desarrollo cerrado a un modelo abierto en el que se priorizaban el comercio y el mercado como móviles de la economía.

En la cumbre de Machu Picchu, se establece el Consejo Presidencial Andino, el cual estaba designado para definir y evaluar el estado del proceso de integración y realizar las acciones necesarias para lograr oportunidades favorables a los países miembros.

La cumbre posterior, realizada en la ciudad de La Paz en 1990, a manera de reencauzar el proceso se decidió adelantar la zona de libre comercio al 31 de diciembre de 1991, y fijar la adopción gradual de un Arancel Externo Común, entre

¹²⁹SALTOS, María Giaconda. *Derecho e integración*. Quito: CEP-Corporation de estudios y publicaciones, 2008, p.87. ISBN: 9978867570, 9789978867570

el 5% y 20% a partir de la misma fecha, hasta finalizar en una unión aduanera para el año 1995. Como consecuencia de ello se abandonó la concepción de desarrollo promovida por la Cepal, que había marcado las estrategias andinas hasta ese momento.

Entonces se define una integración basada en el libre comercio entre las naciones involucradas, manteniendo un arancel externo común, se elimina la programación industrial y de otros sectores como el de metalmecánica, por ejemplo. Asimismo, se establece una profunda reingeniería institucional creando al efecto el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Secretaria General.

El 1 de enero de 1992, entro en vigencia una zona de libre comercio entre Colombia y Venezuela, a la que se incorporó Bolivia el 20 de octubre de 1992.

El 10 de marzo de 1996 en el marco del VII Consejo Presidencial Andino, realizado en Trujillo - Perú, se firmó el Protocolo de Trujillo por el cual se decidió reestructurar al Grupo Andino, y se modificó el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) en el Capítulo II y de ese modo se creó la Comunidad Andina de Naciones y el Sistema Andino de Integración SAI, en reemplazo del Pacto Andino, inspirados en los nuevos retos y cambios en la economía mundial. Esta en vigor desde el 3 de junio 1997.

Fue sin duda alguna donde se consolido de la Comunidad Andina, con la más importante reforma institucional del proyecto andino de integración y con ello se sentó las bases de los órganos e instituciones que conforman actualmente el sistema andino de integración.

A través del protocolo de Trujillo, se han replanteando los objetivos perseguidos por los países miembros que buscaban consolidarse como una comunidad de naciones abarcando nuevos temas más allá de lo económico, dando un paso adelante y profundizando la integración.

Hay que mencionar, asimismo, la ampliación del sistema institucional encargado de la conducción y orientación del proceso de integración, para que este pueda

recibir un apoyo más directo desde las esferas políticas más altas de los países miembros.

El Protocolo de Cochabamba Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, suscrito en la ciudad de Cochabamba - Bolivia, el 28 de mayo de 1996, por el cual se modifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Bolivia aprobó y ratificó el protocolo modificatorio del TCTJCA por Ley 1872 del 15 de junio de 1998. Entro en vigor el 25 de agosto 1999.

En este protocolo se ampliaron las competencias del TJCA, donde se especifican las acciones que pueden remitirse ante este Tribunal de las cuales se tienen: La acción de nulidad, acción de cumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral.

Protocolo adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino suscrito en Sucre Bolivia, el 23 de abril de 1997.

El protocolo de Sucre modificatorio del Acuerdo de Cartagena, suscrito en Ecuador el 25 de junio de 1999, en vigor desde el 14 de abril de 2003. Donde se incorpora capítulos referidos a Relaciones Externas, Comercio Intra subregional de Servicios y miembros asociados. En este protocolo se introduce modificaciones sustanciales en el texto del Acuerdo de Cartagena, consolidando la institucionalidad andina y profundizando la integración subregional en materia social.

En el 2010, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la CAN, “aprobó los principios orientadores y la agenda estratégica que guían el proceso de integración andina y la Agenda estratégica con 12 ejes de consenso”¹³⁰

La Declaración Presidencial de Lima de 2011 que fue implementada entre 2015 y 2018, con el fin de adecuar la CAN a los retos del contexto internacional. La reingeniería tenía como objetivo desarrollar y profundizar el proceso de integración,

¹³⁰ Los ejes son: 1. Participación de los ciudadanos andinos por la integración. 2. Política exterior común. 3. Integración comercial y complementación económica, promoción de la producción, el comercio y el consumo sostenible. 4. Integración física y desarrollo de fronteras. 5 desarrollo social. 6. Medio ambiente. 7 Turismo. 8. Seguridad. 9. Cultura. 10. Cooperación. 11. Integración energética y recursos naturales y 12. Desarrollo institucional de la Comunidad Andina.

impulsando un esquema integral más equilibrado entre los aspectos sociales, culturales, económicos, ambientales y comerciales. Con el objetivo de brindar un mayor dinamismo al proceso de integración, se decidió emprender una reingeniería de la estructura institucional y funcionamiento del Sistema Andino que cambió la agenda prioritaria de la CAN.

Al celebrarse los 50 años de la CAN, se realizó la XIX Reunión del Consejo Presidencial Andino, que volvió a reunirse después de 8 años, en mayo del 2019, en la reunión se definieron y priorizaron temas de interés común de los países, marcando una nueva hoja de ruta dentro del proceso de integración. Esto implicó un nuevo relanzamiento de la Comunidad Andina y la reincorporación de ejes temáticos que habían quedado fuera con la re-ingeniería propuesta el 2013, como es el caso del eje ambiental, el impulso a la agricultura, la agenda de género y la integración trans fronteriza. Asimismo, se incluyeron nuevos aspectos, como la agenda digital.

Después de varios relanzamientos y múltiples cambios institucionales y en la interpretación, formulación y ejecución de la integración andina, esta continua entre avances y retrocesos permanentes debido a varios motivos, entre los que destacan, el desconocimiento de su ordenamiento jurídico, y la falta de voluntad política de los gobiernos para cumplir y hacer cumplir con todas las obligaciones acordadas en los tratados y jurisprudencia del proceso de integración andino.

A pesar de los constantes vaivenes, no se puede dejar de mencionar que el último análisis, elaborado por el BID INTAL en alianza con el Latino barómetro, de la opinión que los ciudadanos de América Latina tienen sobre la integración regional, encuentra que el 69% de los habitantes de la CAN están a favor de la integración regional, y el 49% evalúa positivamente el impacto de este acuerdo sobre su país. Un importante soporte ciudadano hacia este gran objetivo que nos hemos trazado desde hace cinco décadas y que está presente en los ciudadanos de la subregión.

2.7 El Sistema Andino de Integración (SAI).

Es el conjunto de instituciones que tienen como finalidad el desarrollo de la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración. El sistema de integración andino está conformado por los siguientes órganos principales:

2.7.1 Consejo Presidencial Andino (CPA)

Creado el 23 de mayo de 1990, es el máximo órgano del Sistema Andino de Integración que ejerce la dirección de decisión política señalando el rumbo de la integración. Emite directrices y mandatos que son instrumentadas por los órganos del Sistema Andino de Integración (SAI). Sus integrantes son los jefes de Estado de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. La Presidencia es ejercida por un año, rotativamente en orden alfabético por cada uno de los Países Miembros. Se reúne en forma ordinaria una vez por año y puede reunirse de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente.

Sus funciones son las de evaluar, impulsar y orientar la integración andina, así como concertar acciones de interés común para los países miembros del esquema¹³¹

2.7.2 Consejo Asesor de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE).

Fue creada el 12 de noviembre de 1979 como órgano de dirección política, vela por alcanzar los objetivos del proceso e intenta consolidarlos en el marco de los intereses estatales. Sus declaraciones como sus decisiones son adoptadas por consenso. Es el órgano legislativo y de decisión encargado de formular y ejecutar

¹³¹ Al Consejo de Presidentes Andinos, le corresponde: 1) Definir la política de integración subregional andina, 2) Orientar e impulsar las acciones en asuntos de interés de la subregión en su conjunto, así como las relativas a la coordinación entre los órganos e instituciones del sistema Andino de Integración, 3) Evaluar el desarrollo y los resultados del proceso, 4) Considerar y emitir pronunciamientos sobre los informes, iniciativas y recomendaciones presentados por los órganos e instituciones del SAI, 5) Examinar todas las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso de la integración subregional andina y su proyección externa.

la política exterior de los Países Miembros en asuntos que sean de interés subregional. Coordina la acción externa de los órganos e instituciones del SAI. Sus integrantes son los ministros de Relaciones Exteriores de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Es presidido, por un año, por el Ministro de Relaciones Exteriores del país que está a cargo de la Presidencia del Consejo Presidencial Andino. Se reúne en forma ordinaria dos veces por año y de manera extraordinaria cada vez que se estime conveniente.

El CAMRE tiene competencias normativas, es una instancia de orientación del proceso de integración y de coordinación del sistema institucional¹³²

El CAMRE expresa su voluntad mediante Declaraciones y Decisiones que son adoptadas por consenso. Las Declaraciones son manifestaciones de voluntad de carácter no vinculante, tienen una naturaleza política. Las Decisiones son normas jurídicas y tienen carácter jurídico vinculante, por lo cual forman parte del ordenamiento jurídico comunitario andino

Este Consejo que fue formalizándose y ganando competencias a lo largo del proceso, para muchos fue un creciente apoyo estatal a la integración subregional, incluso más allá de lo económico y comercial, pero para otros, como el profesor Tremolada: “supone una intromisión en las competencias de los demás órganos del Sistema, amenazando el equilibrio del mismo”¹³³

2.7.3 Comisión de la Comunidad Andina

Fue creada el 26 de mayo de 1969. Es otro de los órganos normativos del Sistema Andino de Integración, cuya capacidad legislativa es expresada en la

¹³² Tiene las siguientes funciones: 1) Formular la política exterior conjunta de los países Miembros, 2) Orientar y coordinar cuando corresponda, la acción externa de los diversos órganos del SAI; 3) Contribuir a la formulación de la política general del proceso de integración, 4) Determinar los medios para la ejecución de las acciones de política exterior conjunta, 5) Suscribir convenios y acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación, 6) Coordinar la posición conjunta de los países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia, 7) Velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Montevideo de 1980, 8) Recomendar a los jefes de Estado de los países Miembros que celebren las reuniones que fueren necesarias.

¹³³TREMOLADA, Eric. *Los organismos supranacionales en la Constitución Colombiana:¿una garantía para el derecho andino? Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.2008, p.33. ISBN: 9789587103281.

adopción de Decisiones, especialmente vinculadas con comercio e inversiones. Sus integrantes son representantes plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, por lo general Ministros de Comercio e Integración. Es presidida, por un año, por el representante del país que ocupa la Presidencia del Consejo Presidencial Andino.

Las funciones de la Comisión se han visto reducidas a partir de la creación del CPA y del CAMRE. Sin embargo, hay que destacar que la Comisión continúa realizando una importante función de orientación y asesoramiento estratégico en el proceso andino de integración.

La Comisión expresa su voluntad mediante Decisiones, que son adoptadas mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los Estados miembros. Las Decisiones de la Comisión constituyen la mayor cantidad de norma Comunitaria Andina Derivada. Hasta finales del año 2019 se expidieron más de 800 decisiones, de las cuales, solo unas trescientas están vigentes a la fecha.

De conformidad a los cambios producidos por el Protocolo de Trujillo, las atribuciones de la Comisión se circunscriben particularmente a cuestiones comerciales y de las inversiones.

Entre otras atribuciones de la Comisión están: 1) Velar por el cumplimiento armónico de los objetivos derivadas del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Montevideo de 1980, 2) Aprobar, no aprobar o enmendar las propuestas que los países miembros o que la Secretaría General sometan a su consideración; 3) Mantener una vinculación permanente con los órganos e instituciones que conforman el SAI, con miras a propiciar la coordinación de programas y acciones encaminadas al logro de sus objetivos comunes; 4) Aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestaria de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como fijar la contribución de cada uno de los países miembros, 5) Someter a consideración del CAMRE la propuesta de Reglamento de la Secretaría General.

La Comisión comparte con el CAMRE y la Secretaría General la función de control del cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas tanto del Acuerdo

de Cartagena como del Tratado de Montevideo de 1980. La Comisión también realiza tareas de coordinación institucional, debiendo mantener vínculos permanentes con los órganos e instituciones del SAI, que se materialicen en programas y acciones conjuntas encaminadas al logro de los objetivos comunitarios.

A partir de la reasignación de funciones que hace el Protocolo de Trujillo, le han quitado a la Comisión la función de formular la política general del Acuerdo. No obstante, esos cambios, en materia comercial la posición de la Comisión es jerárquicamente superior a la del CAMRE en virtud del principio de especialidad de sus funciones y teniendo en cuenta que la integración andina sigue siendo esencialmente comercial.

Asimismo, se debe destacar que la Comisión tiene cuatro comisiones: la Comisión Simple de representantes titulares, la Comisión Simple de representantes alternos, la Comisión ampliada y cuando a la Comisión le toca integrar la formación ampliada del CAMRE.

La Comisión comparte su capacidad legislativa con el Consejo Andino de ministros de relaciones exteriores y eventualmente con la Secretaria General. A diferencia de lo que ocurre con las decisiones del consejo de ministros que adopta sus decisiones por consenso, la comisión adopta las suyas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros, salvo excepciones previstas en el Acuerdo de Cartagena, obligando a estos estados desde el momento de su adopción siendo directamente aplicables a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo.

2.7.4 Secretaria General Comunidad Andina

La Secretaria General es un órgano supranacional de carácter ejecutivo administrativo, con marcadas competencias técnicas y de control, que cuenta

además con iniciativa y capacidad normativa y que se expresara mediante resoluciones para el cumplimiento de sus funciones¹³⁴

A través de sus resoluciones produce derecho derivado, en unos casos que hace parte del segundo nivel normativo como el contenido en las disposiciones que desarrollan directamente previsiones del Acuerdo de Cartagena, precisada por el profesor Tangerife como: "...aquellas que restringen y gravan el comercio o las que autorizan salvaguardas; y en casos distintos expide otras resoluciones que, dentro de este ordenamiento jerarquizado, constituye un tercer y último nivel normativo junto a los convenios de complementación en el sector industrial..."¹³⁵

La Secretaría General de la Comunidad Andina es el órgano sucesorio de la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC). Su importancia es enorme por la responsabilidad que conlleva y las amplias atribuciones que se le otorga. "Constituye una de las principales novedades del esquema institucional andino tras el Protocolo de Trujillo, habiendo llegado a convertirse en uno de los principales y sobre todo más activos baluartes de la CAN"¹³⁶

La figura del Secretario General y el rol que dicho funcionario andino cumple es fundamental. Al respecto, Jorge Quindimil afirma que: "no es exagerado afirmar que la creación del cargo de Secretario General ha permitido poner voz y cara a la CAN, contribuyendo con ello a proyectar hacia el exterior y también hacia el interior de los Estados miembros una imagen de cohesión y de unidad"¹³⁷

2.7.5 Tribunal de Justicia Comunidad Andina.

¹³⁴ Las funciones del Secretario General son muy amplias, se mencionan las siguientes: 1) ejercer la representación jurídica de la Secretaría General, 2) Proponer a la Comisión o al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores iniciativas relativas al Reglamento de la Secretaría General, 3) Contratar y Remover al personal de la Secretaría, 4) participar con derecho a voz en las reuniones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y de sus respectivas reuniones ampliadas y cuando sea invitado en las reuniones de los demás órganos del SAI.

¹³⁵TANGERIFE, Marcel. *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*. Medellín: Becker & McKenzie, 2002, p.155. ISBN: 9789588075655.

¹³⁶ QUINDIMIL, Jorge. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2006, p.295 ISBN: 978-8484567509 .

¹³⁷ Ídem, 2006, p. 303.

El 28 de mayo de 1979 se firmó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el cual entro en vigencia el 19 de mayo de 1983. El Tribunal de Justicia Andino, es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, integrado por un representante por cada país miembro, en la actualidad son cuatro jueces, que representan a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Tiene competencia territorial en dichos países sobre asuntos vinculados a la norma comunitaria andina. Tiene sede permanente en Quito (Ecuador) desde el 2 de enero de 1984. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene carácter supranacional y comunitario y tiene la potestad de declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los países Miembros.

Los cinco primeros artículos del TCTCA se refieren al ordenamiento jurídico del proceso de integración, estableciendo su sistema de fuentes, y señalando sus características esenciales de obligatoriedad, aplicación inmediata, efecto directo y cooperación leal.

Al respecto de las funciones del Tribunal de Justicia Andino, Jorge Quindimil, señala que:

“...tomando en cuenta las atribuciones que el Tratado de creación del Tribunal de Justicia y el Estatuto del Tribunal le asignan: A. Control de la legalidad comunitaria Andina -Acción de Nulidad (arts. 17 al 22 TTJ y arts. 101 a 106 ETJ) -Excepción de Inaplicación (art. 20 TTJ y art. 104 ETJ) - Recurso por Omisión o Inactividad (arts. 129 a 134 ETJ) B. Control del cumplimiento del Derecho Andino • Acción de Incumplimiento (arts. 23 a 31 TTJ y arts. 107 a 111 ETJ) C. Control de la aplicación uniforme del Derecho andino • Interpretación Prejudicial (arts. 32 a 36 TTJ y arts. 121 a 128 ETJ) D. Otras competencias • Función arbitral (arts. 38 y 39 TTJ) • Jurisdicción laboral (art. 49 TTJ y arts. 135 a 139 ETJ)”¹³⁸

Con lo cual vemos que es el mecanismo que garantiza la aplicación uniforme del derecho andino especialmente con el procedimiento de interpretación prejudicial. A solicitud de los jueces nacionales, interpreta las normas que conforman el

¹³⁸ Ídem 2006, p. 307.

Ordenamiento Jurídico de la Comunidad, asegurando la aplicación uniforme de estas en el territorio de los países miembros, gracias a la estrecha cooperación y dialogo con los órganos jurisdiccionales nacionales.

Asimismo, el artículo 33 del Tribunal establece la jurisdicción exclusiva y excluyente para resolver las controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino.

Con la entrada en vigor, del Tratado de Creación del Tribunal, se crea una nueva comunidad de derecho y se inicia el cambio hacia la supranacionalidad del proceso de integración andino.

2.7.6. Parlamento Andino

Fue creado el 25 de octubre de 1979. El Parlamento Andino es el órgano deliberante, de Representación Ciudadana del Sistema Andino de Integración. Cuenta con personería jurídica internacional y capacidad de ejercicio de la misma, de conformidad al ordenamiento jurídico supranacional que lo rige. Se encuentra integrado por Parlamentarios Andinos de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Los Representantes de Bolivia, Ecuador y Perú son elegidos directamente por sufragio universal para ser Parlamentarios Andinos, denominados Supraestatales en Bolivia. En el caso de Chile y Colombia, son designados de cada Congreso Nacional.

El presidente ejerce la máxima representación política del Parlamento Andino. El cargo es ejercido por 1 año, por orden alfabético de los Países Miembros. Funciona en la ciudad de Bogotá, Colombia.

Son órganos del Parlamento Andino: La Plenaria, La Mesa Directiva, Las Comisiones, La Oficina Central y las Oficinas de Representación Parlamentaria Nacional. Los Parlamentarios Andinos y la Oficina Central trabajan durante el mes en propuestas de normativa y la última semana de cada mes del año se realiza el Periodo de Sesiones donde se debaten y aprueban los pronunciamientos. La Mesa

Directiva se pronuncia por medio de resoluciones. La Plenaria por medio de recomendaciones, decisiones, declaraciones y resoluciones.

Sus funciones son participar en la generación normativa del proceso, mediante sugerencias de proyectos de normas de interés común a los órganos del SAI. Asimismo, se encarga de promover las relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los países andinos y de terceros países.

Es paradójico que el Parlamento Andino, que representa a los pueblos de la Comunidad y que goza de una considerable legitimidad democrática, al ser elegidos democráticamente en sus respectivos países, no tiene competencias legislativas ni competencias de control sobre el presupuesto o sobre los otros órganos principales del Sistema. Esto ciertamente mantiene a los beneficiarios y responsables de la ejecución del proceso (actores sociales, empresarios y trabajadores) a una gran distancia de la toma de decisiones del proceso de integración.

Por iniciativa del Parlamento Andino se creó una de las instituciones del SAI muy importantes para promover la integración a partir de la educación superior, la Universidad Andina Simón Bolívar, la sede principal se encuentra situada en la ciudad de Sucre-Bolivia y se rige por el Convenio de sede entre el Gobierno de la Republica de Bolivia y la Universidad Andina Simón Bolívar, suscrito el 3 de noviembre de 1986, se aprueba y ratifica como parte del ordenamiento jurídico nacional, a través de la Ley 1814 de 16 de diciembre de 1997.

3.Particularidades del derecho comunitario.

Si bien se puede englobar al derecho comunitario dentro del derecho de la integración, el primero presenta ciertas particularidades que lo hacen único y diferente. Tal como señala Luciana Scotti, “esos aspectos peculiares son los que lo

distinguen del resto del derecho de integración por estar ausentes en otros esquemas”¹³⁹

Los mismos son de gran interés ya que, como se verá más adelante, matizan el análisis propuesto, al mismo tiempo que abren otros interrogantes. “Esto se debe, en parte, a que no existe al día de hoy un reconocimiento expreso de esos principios característicos en los textos de los tratados constitutivos de la Unión Europea ni en las constituciones de los Estados miembros. A su vez, esto realza la importancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo desarrollo jurisprudencial ha sido determinante para la evolución del derecho comunitario”¹⁴⁰

El autor alemán Arnold Rainer decía que: “esta característica del derecho comunitario –la autonomía– encuentra su origen en la sentencia de los años sesenta Costa c. ENEL del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; asimismo, señala que la decisión fue receptada sin problemas por la jurisdicción de los Estados miembros”¹⁴¹. Rainer también se encarga de enumerar algunas razones para armar la autonomía del ordenamiento en cuestión. En ese sentido propone, “atender a tres condiciones básicas de la autonomía: 1) la procedencia de un ordenamiento propio, distinto del nacional, desde un sentido histórico; 2) la existencia de un mecanismo especial de creación de normas, condición en la cual no puede dejar de recordarse la supranacionalidad de los órganos con facultades legislativas; 3) la razón de validez de ese ordenamiento supranacional y autónomo”¹⁴²

La autonomía del derecho comunitario es entonces esencial para garantizar la validez uniforme del mismo en los Estados miembros de un proceso de integración.

El ordenamiento jurídico andino, al igual que la norma comunitaria de la Unión Europea, sigue las reglas de aplicación del derecho comunitario en los ordenamientos internos de sus Estados miembros. Las nuevas relaciones estatales

¹³⁹SCOTTI, Luciana. La integración regional y el Derecho de la Integración - El caso del MERCOSUR: Luces y sombras: en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración. *Diario Jurídico El Dial*, 2006, N°18, p.94. Disponible en: <https://revista.trf5.ius.br/index.php/esmafe/article/view/197/188>

¹⁴⁰FERREYRA, Leandro. Aspectos constitucionales y culturales del derecho comunitario. *Lecciones y Ensayos*, 2009. N°87. P.255. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lve/revistas/87/lecciones-y-ensayos-87-paginas-235-266.pdf>

¹⁴¹RAINER, Arnold. Conflictos entre ordenamientos normativo y su solución. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2004. N°1, pp. 97-114. ISSN 1697-7890. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098439.pdf>

¹⁴²idem, 2004, p. 99

nacidas como producto del Acuerdo de Cartagena consolidaron un ordenamiento jurídico propio y original, con la facultad de crear sus propias normas, además de disponer de dos órganos comunitarios de carácter supranacional como son tanto la Secretaría General como el Tribunal de Justicia Andino.

Para superar esta posición situada en medio camino entre la estructura internacional y la estructura estatal, se requiere que el ordenamiento cuente con mecanismos propios de aplicación que garanticen la incursión del derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos estatales de los países miembros.

A pesar de todas sus complejidades, luego de 50 años, sigue vigente la Comunidad Andina de Naciones y se sigue aplicando su derecho en todos los países miembros, ello se debe a que tanto hoy como en un inicio, hay una voluntad de adaptación a los modelos de desarrollo de los Estados acorde a las transformaciones globales.

3.1 Principios fundamentales

3.1.1 Aplicabilidad inmediata

La característica que identifica a la norma comunitaria se ve expresada en su capacidad de incorporarse en el derecho interno de los Estados miembros de un proceso de integración de manera inmediata, desde el momento que fue adoptada por los órganos del esquema de integración, sin necesidad de ningún mecanismo o procedimiento burocrático. Esta dinámica ha sido aceptada por los Estados, de manera que la norma comunitaria pueda cobrar vigencia y surtir efectos inmediatos en el territorio de los Estados miembros.

Según el Doctor Tangarife:

“...el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere ser incorporado al derecho interno de los países miembros, no necesita

instrumento interno de transposición o desarrollo para su efectividad, salvo en el evento en que así se disponga expresamente en determinada norma andina. Dicha incorporación es automática, es decir opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la norma comunitaria...”¹⁴³

Según el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, se establece que:

“Las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la comisión y las Resoluciones de la Secretaria General serán directamente aplicables a los países miembros a partir de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en la cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada país miembro”¹⁴⁴

La aplicación preferente se materializa por su preeminencia ante la norma interna. Es decir, la norma comunitaria goza de aplicación preferente frente a la disyuntiva de aplicar el derecho interno o la norma comunitaria

El concepto de aplicación inmediata, alude a la vigencia automática en el territorio de los Estados miembros, de determinados tipos de normas emitidas por los órganos comunitarios, sin necesidad de su previa incorporación formal a los ordenamientos internos, por actos legislativos o administrativos.

Este rasgo implica, básicamente, la incorporación de las normas sin un acto de recepción, dependiendo su entrada en vigencia de las condiciones que el ordenamiento comunitario imponga. En principio, las normas comunitarias están vigentes de acuerdo a lo que disponga la propia norma, siendo el único requisito su publicación. A partir de esta característica, se ha pregonado doctrinariamente un sistema monista respecto del derecho comunitario.

¹⁴³ TANGERIFE, Marcel. Derecho de la integración en la Comunidad Andina. Medellín: Becker & McKenzie, 2002, p.146. ISBN: 97895880

¹⁴⁴ Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, artículo 3.

3.1.2 Efecto directo

Es un principio básico del derecho comunitario. Mediante el cual los particulares están sujetos a obligaciones derivadas del derecho comunitario, pero también disponen de derechos de los que pueden prevalerse ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios.

El efecto directo, "...les permite prevalerse de las normas comunitarias sin depender de textos nacionales destinados a concretarlos. Este principio incrementa la eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos de los particulares, al permitir que puedan oponer una norma comunitaria, al margen de que existan o no textos de origen interno..."¹⁴⁵

Se ha precisado el efecto directo como la posibilidad de conferir derechos e imponer obligaciones de modo directo a instituciones comunitarias, Estados miembros e individuos. Más allá de la distinción entre efecto directo horizontal y vertical, el principio en cuestión queda nítidamente explicado en el caso Van Gend & Loos, del 5 de febrero de 1963, del entonces TJCE. En aquella sentencia, se decía que: "el derecho comunitario (...) al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico (...) y genera derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger"¹⁴⁶

Si bien no se aclaraba qué tipos de disposiciones tenían efecto directo, "el TJCE estableció en otro precedente (Francovich c. Italia) que incluso las directivas podían ser invocadas si eran suficientes, incondicionales y precisas"¹⁴⁷

3.1.3. Primacía

¹⁴⁵ SALTOS, María Giaconda. *Derecho e integración*. Quito : CEP-Corporation de estudios y publicaciones, 2008, p.99. ISBN: 9978867570, 9789978867570.

¹⁴⁶ *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Van Gend & Loos, del 5 de febrero de 1963.*

¹⁴⁷ FERREYRA, Leandro. Aspectos constitucionales y culturales del derecho comunitario. *Lecciones y Ensayos*, 2009. N°87, p.265. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/87/lecciones-y-ensayos-87-paginas-235-266.pdf>

La primacía del Derecho Comunitario también llamada preeminencia o prevalencia, es la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de primar sobre una norma de derecho interno. Es decir que no puede haber ninguna norma de esa naturaleza, o sea del derecho interno de los Países Miembros, que se anteponga, a la dictada por los órganos de la Comunidad Andina de Naciones.

Según la sentencia *Simmenthal*, “en virtud del principio de primacía en caso de conflicto entre la norma comunitaria y la norma interna, la primera prevalece. Se desprende que es inaplicable de pleno derecho (...) toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria”¹⁴⁸

Algo importante que hay que mencionar es que en el proceso europeo los principios de aplicación inmediata como de efecto directo fueron establecidos mediante la jurisprudencia, mientras que en el caso andino estos dos principios fueron incorporados por el derecho positivo al crearse el TCTJA, mediante un tratado. Y el principio de primacía fue creado posteriormente, en base a estos dos principios, jurisprudencialmente.

3.1.4 Carácter supranacional

El carácter supranacional de la norma comunitaria está reconocido expresamente en los Tratados constitutivos y normas originarias que rigen el proceso de integración. Ellos instituyen la jerarquía de la norma comunitaria y su obligatoriedad; reconocimiento que es avalado y aceptado por los Estados miembros del esquema de integración, ajustando su normativa interna ha dicho reconocimiento supranacional.

La Comunidad Andina cuenta con dos órganos comunitarios de carácter supranacional como son la Secretaria General y el Tribunal de Justicia. “La

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Simmenthal*, del 9 de marzo de 1978.

supranacionalidad de los órganos ejecutivo y jurisdiccional de la Comunidad sumado a su derecho constitutivo y derivado no sería suficiente, a menos que el ordenamiento cuente con mecanismos propios de aplicación que garanticen la incursión del Derecho Comunitario en los ordenamientos jurídicos estatales que muchas veces no solo son contrarios, sino incluso hostiles al principio de la integración”¹⁴⁹

3.1.5. Atribución de competencias a organismos supranacionales.

Para que un organismo internacional supranacional exista, se debe producir una atribución o delegación del ejercicio de algunas competencias que, habiendo sido originariamente competencias exclusivas de los Estados miembros, estos soberanamente las transfieren a los órganos comunitarios con el objetivo de fortalecer la integración comunitaria.

3.2 Otros principios

3.2.1 Autonomía

Este principio consagra como un verdadero sistema jurídico al ordenamiento comunitario, es decir, unido a que dicho sistema jurídico se presenta como un todo coherente y dotado de unidad, contiene un conjunto de principios y reglas estructurales que derivan del mismo, sin derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.

¹⁴⁹ TREMOLADA, Eric. El Derecho andino: una sistematización jurídica para la supervivencia de la Comunidad Andina de Naciones. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2006. Nº 57, p.45. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24668.pdf>

3.2.2 Principio de cooperación leal

Los países se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones que tienen como países miembros de la Comunidad Andina. Y del mismo modo, se obligan a no adoptar ninguna medida que de alguna manera sea contraria o dificulte la aplicación de la norma andina.

3.2.3 Intangibilidad

Mediante el cual los países miembros tienen prohibido modificar por sí mismos las normas adoptadas por la Comunidad Andina y de hacerlo tiene como consecuencia la responsabilidad internacional del Estado.

Los Estados miembros no pueden modificar unilateralmente las normas adoptadas en el seno de la comunidad. Esta característica del ordenamiento jurídico andino fue reiterada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en sentencia de la interpretación prejudicial 05-IP-95 donde establece el principio de la intangibilidad en el derecho comunitario cuando dice:

“...La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia. Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones...”¹⁵⁰

3.2.4 Carácter vinculante

¹⁵⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-IP-95.

Por el cual las normas comunitarias producen obligaciones de hacer y de no hacer por emanar de la voluntad soberana de órganos comunitarios competentes para hacerlo.

En virtud de la característica de supranacionalidad, el ordenamiento jurídico andino tiene un carácter vinculante donde los socios comunitarios adquieren derechos y contraen obligaciones, esta últimas se materializan en hacer y de no hacer tal como se prevé en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia¹⁵¹

Con este artículo se pretende dar cumplimiento al ordenamiento jurídico andino estableciendo conductas que preserven la aplicación uniforme de este en los países miembros.

3.2.5 Complemento indispensable

Este principio implica que los países miembros tienen la facultad para fortalecer o complementar, por medio de normas internas o de Acuerdos Internacionales, la normativa del ordenamiento comunitario andino, pero, en la aplicación de esta figura, las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él.

3.2.6 Irretroactividad de la norma

¹⁵¹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino 1979. Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima, la norma comunitaria sustantiva no surte efectos retroactivos. En consecuencia, las situaciones jurídicas concretas normadas en el ordenamiento jurídico andino se encuentran sometidas a la norma vigente.

4.Consideraciones finales del capítulo

Como conclusiones del presente capítulo se pudo apreciar, que el sistema andino de integración, es bastante amplio y maduro por lo que ha logrado cohesión interna, en estos cincuenta años de existencia ya no solo se dedica a sus funciones originales como la promoción del comercio intra comunitario, sino que avanza poco a poco hacia otra área sumamente importante tanto en materia social como cultural y hasta política.

Todo este sistema se fue construyendo de a poco y con muchas dificultades, pero a pesar de todo sigue ahí prestando un gran servicio a los Estados miembros de la Comunidad Andina. Pero lo más complicado viene a ser esta incomprensible ambivalencia de la política que, por un lado, alienta la integración en el discurso, pero en los hechos coloca trabas y serios cuestionamientos al progreso de la comunidad, que tiene que construirse rompiendo viejos moldes de un Estado nacional que va perdiendo fuerza a medida que el mundo se configura de otra manera y se van superando anquilosados conceptos que no coinciden con la realidad actual.

Los protocolos modificatorios del Acuerdo de Integración Subregional Andino, que se han sucedido a lo largo de sus 50 años de evolución institucional, han sido pensados para asegurar un mayor compromiso y respaldo político por parte de los gobiernos de los países miembros.

El reconocimiento de los principios democráticos ha conducido a que, dentro del proceso de integración andino, se incorpore también el principio de separación de

poderes, con lo cual se crearon diversos órganos ejecutivos, un Parlamento y un Tribunal de Justicia.

Las atribuciones de los órganos legislativo y judicial del sistema andino de integración son ciertamente limitadas por el momento, pero se entiende que a medida que se vaya profundizando y madurando habrá una ampliación de las funciones de estos dos órganos.

El respeto del derecho comunitario va más allá de aceptar en el orden interno los principios de la integración, sino que están relacionados a un componente de voluntad política expresado, no en el voluntarismo de los Estados de fortalecer la comunidad, sino cumpliendo y aplicando efectivamente las disposiciones normativas emanadas por los órganos supranacionales.

La evolución conceptual de la soberanía absoluta hacia su relativización posibilita la transferencia del ejercicio de competencias desde los países miembros y el consecuente reparto de competencias apareciendo el concepto de soberanía compartida, base para el surgimiento de los organismos supranacionales y del Derecho comunitario. La soberanía compartida es la fusión de las partes del ejercicio de la soberanía cedidas por los países, es de mayor amplitud, en virtud de la cual los países en vez de ver reducidas sus poderes soberanos los incrementan, al ejercer competencias sobre toda la comunidad.

El principio de primacía deviene como una consecuencia de un constructo lógico desarrollado por la normativa y jurisprudencia andina de los principios de aplicabilidad inmediata y efecto directo. Con los que se estaría asegurando la posibilidad de hacer efectivo derechos y obligaciones tanto para los Estados miembros como para sus ciudadanos.

El presupuesto del principio de primacía es la colisión normativa entre una norma comunitaria andina y una norma de derecho interno. En la jurisprudencia del TJCA se indica entonces que para estos casos se requiere que prevalezca el Derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados, por lo que esto garantiza su eficacia y obligatoriedad.

El principio de la primacía tiene prevalencia natural y es necesaria para alcanzar los fines cooperativos de la integración andina a través de la aplicación preferente del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico interno en Bolivia y Ecuador, con lo que se garantiza la interpretación y cumplimiento uniforme de la normativa comunitaria, evitando incurrir en responsabilidad estatal.

CAPITULO IV

PRIMACIA DEL DERECHO COMUNITARIO

1 Alcance del concepto

El concepto de primacía se entiende como aquel “complejo de normas jurídicas que disciplinan las comunidades de Estados y sus relaciones jurídicas con otros sujetos de derecho dando así un sistema jurídico institucional, nuevo, autónomo y especial”¹⁵²

Este sistema presenta como principal característica “la de derivarse de los tratados de integración entre Estados, a partir de los cuales nace un sujeto u organismo de integración con vida propia, con la facultad de emitir una normativa a la que deben de sujetarse tanto los Estados miembros como sus ciudadanos”¹⁵³. Estas normas jurídicas, “por consiguiente, son aceptadas por los sistemas jurídicos de los Estados parte formando así un orden jurídico único común que se constituye en los soportes estructurales de la organización supranacional”¹⁵⁴

Es así como el principio de primacía del derecho comunitario se entiende como el enunciado normativo que surge como resultado de las potestades cedidas por los Estados a la organización comunitaria. Con base en dichas competencias la organización supranacional puede generar normas jurídicas vinculantes para responder a los intereses comunes de los Estados.

¹⁵² ULATE, Enrique. *Integración Regional y Derecho Agrario Comunitario Europeo y Centroamericano: Fuentes constitucionales y evolución jurisprudencial*. Granada : Seminario sobre “La Consulta Prejudicial”, 2006, p.52. Disponible en: https://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=pres_10780_1_12102006.pdf

¹⁵³ GIAMMATTEI, Jorge. *Guía concertada de la Integración Centroamericana*. Managua : Unión, 1999, p.9. ISBN: 99924-811-0-2.

¹⁵⁴ DROMI, José Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho Comunitario-Sistemas de integración Régimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. Vol. 1, p.153. ISBN 950-9385-34-4.

La supranacionalidad vista desde el enfoque del principio de primacía consiste en:

“...la transferencia de competencias de los diferentes Estados a una organización que adquiere autonomía en materia jurídica, a la que se dota de poder normativo con capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes de manera automática y uniforme en los ordenamientos internos de los Estados miembros, primando sobre las disposiciones nacionales. Es por ello que los Estados renuncian a competencias soberanas en la búsqueda de objetivos comunes que representen un mayor bienestar para sus sociedades”¹⁵⁵

En consecuencia, la potestad de adoptar normas establecidas por el derecho comunitario genera que en principio durante cierto tiempo la materia es regulada por una norma interna hasta el momento en que la comunidad en uso de su propio poder pasar a regularla en virtud a las competencias que se le han otorgado a través de un tratado. Por tanto, la prevalencia de una disposición sobre otra es automática y se deduce de la naturaleza y el alcance; es decir, de esa fuerza autónoma e independiente de la nueva normativa comunitaria destinada a primar.

1.1 Características del principio de primacía

Para dar alcance al principio de primacía del derecho comunitario, es preciso señalar que uno de sus elementos característicos establece que este es de carácter absoluto, ya que implica una limitación definitiva de los Estados sobre sus derechos soberanos; es por ello que no es posible que prevalezca un acto unilateral ulterior propio de uno de los Estados miembros, el cual sea incompatible con la noción de comunidad.

Igualmente se establece que el principio de primacía es de carácter directo bajo el entendido de que “las decisiones creadas en la organización supranacional deben

¹⁵⁵ PONCE DE LEÓN, Eugenia. *Temas de derecho comunitario ambiental andino*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p 87. ISBN: 9586165000, 9789586165006.

ser acogidas por todas las entidades, instituciones y órganos tanto del derecho comunitario como de los Estados miembros”¹⁵⁶

Relacionado directamente con esto, la agilidad de su aplicación en los Estados se considera una característica consecencial; toda vez que busca facilitar las metas propuestas de manera más expedita al priorizar las normas del derecho comunitario sobre las normas propias de los ordenamientos jurídicos de los Estados. En este sentido priorizar una norma comunitaria sobre una norma de derecho interno tanto anterior como posterior, refleja otra de las características esenciales de este principio, es decir, el denominado doble efecto puesto que por un lado hace inaplicable desde su entrada en vigor toda disposición nacional existente que contraría el derecho comunitario y por otro impide la existencia de nuevos actos legislativos que sean incompatibles con las normas de la comunidad.

Por último, tenemos la noción de ordenador donde la primacía es un criterio orientador que conlleva a un mismo cause a todas las normas jurídicas del derecho comunitario y las de los Estados miembros, lo cual se constituye en un rasgo uniformador entre las normas comunitarias y las normas de derecho interno de los Estados.

1.2 Orígenes del principio de primacía.

En el derecho comunitario europeo, el principio de primacía no surgió del derecho inscrito en los tratados —derecho originario— sino de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea —derecho derivado— que lo anunció por primera vez en el renombrado caso Costa contra ENEL¹⁵⁷

En este emblemático caso donde el ciudadano italiano Flaminio Costa, quien poseía acciones de una compañía eléctrica, se opuso a la nacionalización del sector eléctrico en Italia. Negándose a pagar la factura de energía eléctrica en señal de

¹⁵⁶ SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Quito: Impreseñal, 1991. p.10.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto No. 6/64, 15 de julio de 1964. Caso Costa contra ENEL

protesta, por lo que fue demandado por la nueva empresa estatal de electricidad (ENEL). Ante la demanda, el señor Costa argumentó que la nacionalización de la industria eléctrica violaba el Tratado de Roma y la Constitución italiana, iniciándose una acción legal en la Justicia Italiana para luego derivar en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Al conocer el asunto el Tribunal Constitucional italiano señaló que cuando existía un conflicto entre dos leyes, usando los criterios de la hermenéutica jurídica clásica, debía prevalecer la norma posterior sobre la anterior; motivo por el cual el Tratado de Roma que se incorporó en la legislación italiana en 1958 no podía prevalecer sobre la ley de nacionalización de electricidad promulgada en 1962.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de un pronunciamiento prejudicial solicitado por el Tribunal Constitucional italiano, estableció que: “en consideración a que la fuerza vinculante del derecho comunitario no podía variar de un Estado a otro en efecto o en razón a las legislaciones internas era necesario que los Estados miembros no tuvieran la posibilidad de sustraerse de sus obligaciones por medio de una ley ulterior”¹⁵⁸

En consecuencia, el Tribunal europeo determinó que el derecho comunitario al ser una fuente autónoma de derecho, por su carácter especial y original, no podía ser anulado por una norma interna; toda vez que se pondría en peligro los objetivos de la integración. Así se estableció que las normas del derecho comunitario primaban sobre aquellas de los derechos internos.

“En este sentido, la carga argumental se basó principalmente en: (i) la aplicabilidad inmediata y directa de las normas comunitarias sería letra muerta si un Estado pudiera sustraerse a ella por medio de un acto legislativo oponible a los textos comunitarios; (ii) que los Estados limitaron autónomamente sus derechos soberanos y le atribuyeron competencias a la organización internacional de integración para que esta las asumiera, lo cual impide la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales y (iii) que

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto No. 6/64, 15 de julio de 1964. Caso Costa contra ENEL

para garantizar la uniformidad y efectividad del derecho comunitario es necesario su unidad”¹⁵⁹

Con base en ello, la citada sentencia estableció que el derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En este sentido, el derecho comunitario europeo tiene primacía sobre los derechos nacionales trayendo como consecuencia que si una norma nacional es contraria a una disposición comunitaria, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea y suspender la aplicación de la norma nacional.

Por tanto, para el derecho comunitario europeo no cabe oponer el derecho nacional al derecho comunitario. Así lo manifestó categóricamente el TJUE en la que afirmó que: “la obligación que tienen los Estados miembros de asegurar los derechos reconocidos por el derecho comunitario, exige que todas las autoridades garanticen su ejecución en especial aquellas instituciones de los Estados de carácter judicial”¹⁶⁰

Asimismo, según Mangas y Liñan se puede afirmar que: “el principio de primacía del derecho comunitario europeo debe ser considerado como una condición esencial de su existencia”¹⁶¹

El orden jurídico comunitario, por tanto, prevalece en su integridad sobre los órdenes jurídicos nacionales de forma tal que su naturaleza no solo confirma su superioridad, sino que impide que cualquiera de los Estados miembros de la organización supranacional pueda alegar dificultades o disposiciones internas para abstraerse del cumplimiento de sus obligaciones acordadas voluntariamente en un tratado internacional.

1.3 El principio de la primacía de la normativa comunitaria europea

¹⁵⁹ GUY, Isaac. *Manual de derecho comunitario general. Quinta Edición*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, p.69. ISBN: 978843441649.

¹⁶⁰ Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea, de 11 de diciembre de 1973, Asunto 120/73, Lorenz, p. 23; Asunto 122/73, Nordsee.

¹⁶¹ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Novena edición*. Madrid: Tecnos, 2017, p.117. ISBN 978-84-309-6972-2.

El derecho comunitario de la Unión Europea postula la concepción monista, en el tipo de relaciones que debe establecerse entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales e impone el respeto de esta concepción de todos los estados miembros.

Por supuesto, estos son libres de conservar su concepción dualista respecto al Derecho internacional, pero no en cuanto a las relaciones entre la Comunidad y Estados miembros. Por lo tanto, el derecho comunitario originario y derivado, es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o según la fórmula del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: “forma parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros”¹⁶²

Esto produce cuatro consecuencias que diferencian el Derecho comunitario del Derecho internacional:

“...i) el Derecho comunitario se integra automáticamente en el orden interno de los Estados sin requerir a ninguna fórmula especial de introducción; ii) las normas comunitarias integran el ordenamiento jurídico interno como Derecho comunitario; iii) los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho comunitario; iv) las leyes de ratificación de los países miembros introductoras de los tratados fundadores en el orden interno, introdujeron igual y prácticamente todo el Derecho derivado, fruto de las instituciones de la Unión.”¹⁶³

A partir de este postulado, el TJCE profundizó la concepción monista, estableció una jerarquía normativa favorable a la norma comunitaria y afirmó la posibilidad para los particulares de reivindicar las disposiciones comunitarias en los tribunales nacionales.

Acá es importante distinguir entre la aplicabilidad directa que significa que el Derecho comunitario se inserta automáticamente en el orden, sin depender de una

¹⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Simmenthal, del 9 de marzo de 1978.

¹⁶³ OLLERO, Andrés. *La aplicación del derecho comunitario como cuestión infra constitucional en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2009, p.331. Disponible en: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/download/955/1323/>

medida de recepción nacional, del efecto directo, que traduce la propiedad de algunas normas de crear derechos y obligaciones para los particulares cuyos tribunales nacionales están encargados de garantizar.

El TJCE postulo que las disposiciones del tratado dotadas de un efecto directo tengan una primacía sobre la totalidad del derecho nacional, previo o posterior, que sea de naturaleza administrativa, reglamentaria o constitucional. Todo ello para que las disposiciones del tratado sean aplicables de forma uniforme en todos los Estados.

Con todo ello podemos determinar cuatro elementos doctrinales sobre los cuales el tribunal afirmo el principio de primacía, que, su jurisprudencia posterior no hará más que confirmar y que, según Ollero son los siguientes:

“i) El ordenamiento jurídico comunitario triunfa en su integralidad sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Esos significan, en primer lugar, que la primacía beneficia a todas las normas comunitarias originarias o derivadas, directamente aplicables o no. ii) Eso también significa que la primacía se ejerce sobre todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales e incluso de nivel constitucional, iii) Es en virtud de su naturaleza propia que se justifica la superioridad del derecho comunitario; eso significa, a contrario, que la preponderancia de las normas europeas no es el resultado de concesiones hechas por parte de los Derechos constitucionales de los Estados miembros, iv) En fin, la primacía del Derecho comunitario no vale solamente en el solo orden comunitario, es decir, en lo que concierne a las relaciones entre Estados e instituciones y, en particular, con el Tribunal de Justicia, sino también, y es la contribución fundamental... en los propios ordenamientos jurídicos nacionales donde las normas comunitarias se imponen a los órganos jurisdiccionales nacionales”¹⁶⁴

Entonces, la primacía del Derecho comunitario se basa sobre el hecho de que sus normas deben siempre prevalecer, sino dejarían de ser comunes, dejarían de existir y no habría posibilidad de una comunidad. Es por tanto una condición

¹⁶⁴ Ídem, 2009. p.383

existencial para la integración de los Estados que no pueden verse opuestos al derecho interno de los Estados miembros.

1.4 El principio de primacía de la normativa comunitaria andina

El principio de primacía ha sido desarrollado por vía jurisprudencial, sobre la base de los principios de aplicación directa, efecto directo y cooperación leal, que fueron incorporados desde un principio en el derecho positivo de la Comunidad Andina, a través de los artículos 2¹⁶⁵, 3¹⁶⁶ y 4¹⁶⁷ del TCTCA.

En las primeras sentencias de interpretación prejudicial de los años 80, se desarrolla el principio de primacía, estableciéndose este principio jurisprudencialmente. Y lo dicen las sentencias fundadoras el TJCA que si las normas andinas se aplican de forma inmediata y luego no requieren de un proceso de incorporación al derecho interno y entran en vigencia en el territorio de los Estados desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y además desde que entran en vigencia tienen eficacia y los destinatarios de la norma no solo los Estados, sino fundamentalmente los ciudadanos andinos, pueden utilizar estas normas para reclamar a sus autoridades nacionales, administrativas y judiciales el reconocimiento, la protección y la tutela de sus derechos establecidos en la norma andina y si además los países miembros tienen que adoptar las medidas necesarias para cumplir la norma y no tienen que adoptar las medidas que de alguna manera dificulten su aplicación, sobre la base de esa lógica el TJCA dice

¹⁶⁵ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino.1979. Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.1996

¹⁶⁶ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino.1979. Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.1996

¹⁶⁷ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino.1979. Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

para que realmente se cumpla estas disposiciones debemos concluir que el derecho andino prevalece sobre las normas nacionales o tiene preeminencia.

Única forma a través de la cual se van a poder materializar los principios reconocidos en el derecho positivo del TCTJCA, de aplicabilidad inmediata, efecto directo y cooperación leal. Por lo tanto, el principio de preeminencia es la base de la existencia misma del derecho comunitario andino.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en diversas decisiones ha señalado que el principio de primacía del derecho comunitario también surte efectos en el proceso de integración andina. Así, en las sentencias fundadoras, se refirió al proceso de la integración como: “una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los países miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobierno”¹⁶⁸

En otra sentencia fundadora de la misma fecha, el TJAC señaló que:

“el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino”¹⁶⁹

En el mismo año 1987, en una decisión de la Comisión sobre interpretación prejudicial caso 01-IP- 87, el TJAC señaló que, “...era necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internacionales o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista...”¹⁷⁰

Este criterio ha sido reiterado posteriormente en una gran parte de las sentencias sobre interpretaciones prejudiciales de los años ochenta, en las cuales el Tribunal

¹⁶⁸ Tribunal de Justicia Comunidad Andina, Caso Nulidad Decisión 252 de la Junta, 10 de junio 1987, Jurisprudencia, 1984-1988, p. 95

¹⁶⁹ Tribunal de Justicia Comunidad Andina, Caso Nulidad Decisión 253 de la Junta, 10 de junio 1987, Jurisprudencia, 1984-1988, p. 103.

¹⁷⁰ Tribunal de Justicia Comunidad Andina, Sentencia de interpretación prejudicial de 03 de diciembre 1987, caso 01-IP- 87, Jurisprudencia, 1984-1988, p. 90.

ha sostenido que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es de aplicación obligatoria para todos los miembros de la organización. Así el derecho comunitario andino cuenta con identidad y autonomía propia, lo que le permite prevalecer sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, de tal forma que los Estados parte no pueden oponerse a él a través de medidas legislativas o actos jurídicos unilaterales.

Bajo este criterio el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó, por ejemplo, en su sentencia de 25 de mayo de 1988, que: “las reglas internas de los Estados quedan desplazadas por la normativa comunitaria en aquellos casos en los cuales se ha transferido la competencia”¹⁷¹

El Tribunal considera que el principio de primacía del derecho comunitario es común a las organizaciones internacionales de integración; por lo que dentro de su argumentación jurídica ha empleado constantemente el renombrado caso Costa/ENEL del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para explicar la forma en cómo debe ser interpretado este principio.

Es importante recordar que, el Tribunal de Justicia Andino, desde sus primeras decisiones en la década de los años 80, se refiriera sobre el fenómeno del desplazamiento que las normas comunitarias realizan frente a la norma interna de los distintos ordenamientos jurídicos; así, en la decisión de interpretación prejudicial contenida en el proceso 01-IP-87, estableció que: “las normas comunitarias están investidas de un principio esencial, el cual es la preeminencia, por el cual prevalecen sobre las normas internas, las cuales serán aplicables en caso de contradicción con las comunitarias”¹⁷²

De acuerdo con esto, “...la característica de la prevalencia o aplicación preferencial del derecho comunitario andino —principio de primacía— sobre las normas nacionales de los países miembros implica que estos no pueden oponer disposiciones internas que contradigan u obstaculicen la aplicación y efectividad de

¹⁷¹ BREWER, Allan, CASTRO, Jorge y CUADRA, Gabriela. *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003, p.117. ISBN: 978-9972-42-616-2.

¹⁷² Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 01-IP-87 de 3 de diciembre de 1987.

la norma comunitaria; así pues, en caso de conflicto entre la norma nacional y la andina, prevalecerá esta última...”¹⁷³

El Tribunal siguiendo los más destacados criterios doctrinales a nivel internacional ha indicado la importancia de estas características hasta el punto de considerar que la existencia misma del derecho comunitario andino depende de la presencia de tales atributos.

Así, en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Junta contra Venezuela por contravención del Acuerdo de Cartagena, expreso que: “La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los países miembros antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un Derecho Comunitario Andino”¹⁷⁴

Con todo ello, se puede establecer que los principales elementos que destaca la doctrina son que: La primacía es una condición existencial del derecho comunitario; que en razón de su naturaleza original afirma su superioridad frente al derecho interno de los Estados; que el ordenamiento jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre el derecho interno, ya sean normas administrativas, legislativas, jurisdiccionales e incluso de nivel constitucional; la aplicación del principio de primacía corresponde a los jueces nacionales y, son ellos, los que garantizan la plena vigencia del derecho comunitario inaplicando una norma nacional que sea contraria a la normativa comunitaria.

1.5 Posibles conflictos derivados del principio de primacía

La puesta en práctica del principio de la primacía “inevitablemente va a plantear una serie de conflictos, a la entrada en vigencia del derecho comunitario en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros”¹⁷⁵. Lo anterior se establece

¹⁷³ SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Quito: Impreseñal, 1991. p.15.

¹⁷⁴ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 03-AI.96.

¹⁷⁵ DROMI, José Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho Comunitario-Sistemas de integración Régimen del Mercosur*. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1995. Vol. 1, p.150. ISBN 950-9385-34-4.

debido a que: “en los Tratados constitutivos de las organizaciones de integración no se estipuló una cláusula expresa respecto del principio de primacía del derecho comunitario, por ende, existía el peligro de asimilar el derecho comunitario con el derecho internacional público, caso en el que cada Estado miembro le diera a este último su propio rango dentro de su ordenamiento jurídico”¹⁷⁶

El hecho de que en los Tratados “no exista ninguna disposición que reconozca la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional o interno puede llevar a pensar que cada Estado miembro podría decidir el rango que corresponde al derecho comunitario en el contexto de su ordenamiento interno”¹⁷⁷

Lo cual podría dar como resultado, que “los distintos Estados miembros dentro de sus ordenamientos jurídicos le den una denominación diferente al principio de primacía del derecho comunitario, trayendo como consecuencia que la transferencia de competencias al órgano supranacional y la unidad del derecho comunitario quedarían al arbitrio de cada Estado”¹⁷⁸

Es así como, la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional de los Estados miembros, ha traído numerosos problemas y conflictos de hermenéutica jurídica. Esto obedece a que, desde el punto de vista constitucional, con el fin de llegar a una integración efectiva, se hace necesaria la transferencia de poderes y competencias estatales de los órganos constitucionales de cada Estado miembro, es decir, de los órganos del Poder legislativo, del Poder ejecutivo y del Poder judicial a la organización supranacional.

Los países europeos han sido muy prolijos en este sentido, ya que desarrollaron las famosas cláusulas de apertura para que el derecho comunitario pueda ingresar al derecho interno de los Estados. En la Comunidad Andina solo Colombia operó de esta manera, realizando cambios en su constitución previos al tratado de creación del TJCA.

¹⁷⁶ Ídem, 1995, p. 167.

¹⁷⁷ IGLESIAS, Manuel. *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo*, Segunda Edición. Madrid : Colex, 1995. p. 38

¹⁷⁸ GUY, Isaac. *Manual de derecho comunitario general*. Quinta Edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, p.119. ISBN: 978843441649.

1.6 Primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional

Hemos podido constatar en la jurisprudencia respectiva que cuando una disposición jurídica del derecho interno se opone a las del ordenamiento comunitario, con base en el principio de la *preemption*, este último tendrá aplicación preferente, y desplazará a la norma interna contraria.

Los Estados que participan en un proceso de integración como ser, la Comunidad Andina de Naciones, deben contar con un fundamento que lo facilite, el cual es la constitución, orientada hacia la efectivización de los compromisos internacionales, siempre acompañada de la voluntad política de los gobiernos.

Hemos visto que la relación constitución y derecho comunitario no es fácil de comprender y explicar por el desconocimiento generalizado y falta de precisión conceptual de la materia, a la creencia en una soberanía del siglo XIX, la existencia de sectores regionales interesados en el control local, entre otros que contribuyen a estigmatizar y cerrar puertas hacia la integración comunitaria.

Pero defendemos la idea sobre que la relación no es de jerarquías, sino de armonización entre ordenamientos jurídicos diferentes, pero que tienen un objetivo común. El centro de la discusión debe desplazarse desde la relación de jerarquía hacia la de explicar cómo se articulan estos dos ordenamientos jurídicos en la realidad. Para ello debemos inferir que el derecho comunitario andino se aplica con preferencia desplazando o inaplicando el derecho interno de los Estados.

Vemos y corroboramos que, tanto Bolivia como el Ecuador, incorporan las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, dictando en lo interno una norma de ejecución, ley de ratificación de tratados internacionales, que sigue un largo procedimiento interno que comienza en el órgano ejecutivo, pasa por el legislativo, logra la aprobación del Tribunal Constitucional mediante una consulta previa de conformidad constitucional y en determinados casos como el de Bolivia llega hasta requerir el voto favorable de la ciudadanía a través de un referéndum vinculante obligatorio.

Aquí cabe una revisión de la reciente doctrina nacional en Bolivia y Ecuador surgida con las constituciones de 2009 y 2008 respectivamente.

Para el caso ecuatoriano, Julio Cesar Trujillo sostiene que:

“no hay duda ni discusión acerca de las relaciones de subordinación de todo el ordenamiento jurídico nacional o interno a la constitución, no es lo mismo respecto de las relaciones del derecho internacional y del derecho de la integración con la constitución, que el derecho internacional prima sobre el interno, incluso el constitucional, pero no por ello este queda automáticamente derogado por aquel, sino hace falta que el estado lo derogue o reforme de acuerdo al tenor del compromiso internacional”¹⁷⁹

El profesor Pico Mantilla, plantea a su vez: “por el principio de la primacía de la norma comunitaria sus preceptos prevalecen sobre la norma nacional; además que la primacía no significa jerarquía interna, entre las dos normas, más bien tiene relación con la competencia legislativa asignada a los organismos de la integración por medio del tratado constitutivo de la Comunidad”¹⁸⁰

Asimismo, Silvana Insignares afirma que: “el derecho comunitario y los principios que lo desarrollan como el principio de primacía y efecto directo no generan de manera directa o indirecta un obstáculo a la integración, sino que, por el contrario, permiten la posibilidad de establecer competencias claras que evitan la colisión de normas entre los ordenamientos jurídicos interno y comunitario”¹⁸¹

La aplicación de tales herramientas jurídicas, implica una cesión de soberanía, la cual se explica en gran parte por la necesidad de enfrentar riesgos mayores como la globalización que ciertamente fue lo que impulso los procesos de integración en el mundo para poderla enfrentar en mejores condiciones.

¹⁷⁹ TRUJILLO, Julio Cesar. Teoría del Estado en Ecuador. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional. 1994, p.94. ISBN: 978-9978-19-262-7

¹⁸⁰ PICO MANTILLA, Galo. *Derecho Andino*, Segunda Edición. Quito: Tribunal de Justicia Acuerdo Cartagena, 1992, p.89. ISBN 9978-82-011-6.

¹⁸¹ INSIGNARES, Silvana. El Derecho Comunitario Andino ¿Obstáculo en la Integración? *Revista de Derecho*, 2007, No. 27. pp. 295-307. ISSN: 0121-8697. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102712.pdf> p. 304.

A pesar de lo anterior, “la primacía del Derecho Comunitario, admitida sin reserva por todos los Estados miembros, no impide que al relacionar el derecho comunitario con el interno se produzcan tensiones”¹⁸²

Por lo que se establece que: el ordenamiento jurídico producto del poder normativo de las instituciones propias de las organizaciones internacionales de integración es supremo ante las normas de los Estados miembros. En consecuencia, ante un conflicto entre dos normas, una interna y otra comunitaria, se deberá darle preeminencia a esta última. “Esto se debe a que la jurisprudencia de los tribunales de las organizaciones internacionales de integración ha afirmado que las actuaciones, materializadas en normas, imputables a uno de los Estados miembros no pueden obstaculizar la efectividad de las normas comunitarias, puesto que si pudieran hacerlo sería difícil o imposible lograr los fines para los que estableció la organización”¹⁸³

En ese orden de ideas, de conformidad con lo anterior,

“...la primacía aparece como una consecuencia de la necesidad de integración; esto con el fin de profundizar sus vínculos comerciales, económicos, políticos y sociales. De forma tal que la importancia de esta prerrogativa es enorme en el progreso del sistema jurídico de la comunidad, toda vez que permite que las diferentes jurisdicciones puedan superar de manera adecuada las dificultades del proceso adaptación y armonización entre el derecho comunitario y el de los Estados miembros”¹⁸⁴

Del mismo modo “el principio de efecto directo supone básicamente la aptitud de las normas comunitarias para crear, sin necesidad de ningún complemento normativo de derecho interno, situaciones jurídicas subjetivas. En este sentido, la

¹⁸² IGLESIAS, Manuel. *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo*, Segunda Edición. Madrid: Colex, 1995. p.71.

¹⁸³ MONTOYA CÉSPEDES, Martín. *Tensiones constitucionales provocadas por la supremacía del derecho internacional comunitario andino en Colombia: jerarquía y autolimitación de competencias*. Tesis de Maestría. Bogotá : Universidad de Los andes, Facultad de Derecho, 2009, p.244. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/11142/u402125.pdf?sequence=1>.

¹⁸⁴ DROMI, José Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho Comunitario-Sistemas de integración Régimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. Vol. 1,p.154. ISBN 950-9385-34-4.

norma comunitaria es susceptible de crear por ella misma derechos y obligaciones para los particulares”¹⁸⁵

Por tanto, “...en combinación con el principio de supremacía, el efecto directo comporta la inaplicación de oficio por parte de las jurisdicciones nacionales de toda norma interna que resulte contraria...”¹⁸⁶ Así, los destinatarios de la norma comunitaria no solo son los Estados sino también los particulares quienes pueden invocarlo ante sus jurisdicciones con el propósito de que se le aplique sobre su legislación interna.

En definitiva, las disposiciones del derecho comunitario son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en las relaciones jurídicas sometidas al derecho comunitario. Así pues, “cuando el juez, en el marco de su competencia, tiene conocimiento de un asunto en el cual se encuentran en pugna normas de derecho interno y comunitarias, debe examinar el proceso a luz de los principios que estructuran el sistema y se verá obligado a salvaguardar los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario”¹⁸⁷

En base a todos estos elementos generadores de la preeminencia del derecho comunitario se establece que, la primacía es una condición esencial para la existencia de la integración supranacional, que no puede ser puesta en duda por el derecho interno de los Estados miembros unilateralmente.

1.7 Primacía y su relación con las disposiciones constitucionales sobre integración.

¹⁸⁵ SOBRINO, José Manuel. *El derecho de integración. Marco conceptual y experiencia en la Unión Europea*. Lima: Secretaria General de la Comunidad Andina, 2001. p.130.

¹⁸⁶ FIGUEROA, Alejandro. Los principios de supremacía y operatividad en el derecho comunitario como fundamentos de la integración. *Revista Chilena de Derecho*, 1998, N°26. p. 389. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650038.pdf>

¹⁸⁷ TORRES, Nila, ESCOBAR, Concepción y CASTRO, Fanny. *Instituciones de derecho comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.11. ISBN: 9788484566069.

Es muy bien conocido que el trabajo de los constituyentes dedicado a elaborar los artículos sobre relaciones internacionales en general y derecho internacional en particular debe ser muy cuidadosos y redactarlos en forma sencilla y concisa de modo de dar lugar al mínimo posible de interpretaciones.

Pero como podremos apreciar a veces el entusiasmo y, a veces la poca preparación técnica y mucha imprecisión, van en desmedro de la coherencia y la claridad que deben tener los preceptos constitucionales. Unido a ello los problemas de la negociación en el parlamento boliviano convergen en perder la idea global del tema e incluso incorporar artículos contradictorios y poco útiles al objetivo central que se tiene, en este caso facilitar los mecanismos para promover los procesos de integración.

Es bajo este marco general que se desarrollan las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno de los Estados, que es precisamente cómo articulan su aplicabilidad las normas provenientes de los dos ordenamientos normativos.

Los Tratados Internacionales que dan origen a los organismos o esquemas de integración y los estructuran, deben gozar de jerarquía constitucional, porque sustentan jurídicamente el nuevo ente, autónomo y supranacional.

Dichos tratados constitutivos, no son tratados comunes, pues su objeto ha sido constituir una nueva estructura institucional y orgánica cuya existencia se hace patente a nivel internacional y a nivel interno de los Estados que forman parte de ese esquema u organismo supranacional creado por dichos Estados.

El surgimiento y desarrollo de los procesos de integración, en diversas partes del mundo, ha fomentado en la comunidad internacional un substancial cambio en la visión de concepciones rígidas, cerradas, dando lugar a una apertura legislativa permitiendo reconocer expresamente la jerarquía de la norma internacional y consecuentemente de la norma comunitaria.

En diversas Constituciones del mundo se ha incorporado un reconocimiento expreso de los procesos de integración como políticas estatales centrales. El proceso de integración europea y posteriormente el proceso andino de integración,

han influido favorablemente para que, en las constituciones de los países miembros de dichos procesos, se reconozca y promueva la integración como políticas de desarrollo integral de esos países

Los procesos de integración supranacionales más profundos y dinámicos como el de la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones, han generado una transformación en el concepto tradicional de constitución y producido una serie de afectaciones profundas en el orden interno de los Estados, acorde con las tendencias contemporáneas del Derecho internacional que tiene una dinámica expansiva.

El territorio como el espacio geográfico en el que los poderes del estado despliegan su máxima capacidad se hace insuficiente como marco de actuación del Derecho ante la desaparición fáctica de fronteras y la transformación del concepto clásico de soberanía territorial estatal. Desde una visión rígida a una flexible y acomodada a las tendencias modernas que se presentan en el Derecho internacional.

En el periodo de nuestra investigación se evidencia la implementación de nuevas constituciones en Ecuador el 2008 y Bolivia el 2009, donde se establecieron cláusulas constitucionales que posibilitaron una más amplia apertura y reconocimiento hacia la integración supranacional.

Estas constituciones identificaron en sus textos la idea de integración, permitiendo atribuir a una organización internacional, diferente a la de los Estados miembros, el ejercicio de ciertas competencias.

Para establecer si este cambio allana o por el contrario dificulta el camino hacia la integración, se hace necesario poder estudiar en mayor detalle y de forma comparativa entre países, las cláusulas constitucionales anteriores y las actuales sobre integración, para poder establecer hasta donde habían evolucionado antes y establecer en que aspectos es lo que han avanzado o retrocedido los nuevos modelos constitucionales actuales, inspirados por las ideas del nuevo o neo constitucionalismo latinoamericano.

1.8 Efectos de la aplicación preferente del principio de primacía.

Un efecto importante es la afectación del principio de legalidad, cuando la administración pública pueda adoptar decisiones con fundamento en el derecho derivado del derecho comunitario. Y que no sean las leyes proferidas por el órgano legislativo interno las que deban acatarse sino las normas expedidas por los órganos de rango supranacional.

El principio de primacía ocasiono que el principio de legalidad tenga una nueva forma de interpretación, ahora debe analizarse previamente si ella se encuentra con una contradicción frente a una norma de derecho comunitario. Donde hay que entender que se mantiene el principio de legalidad porque la administración pública sigue sujetándose a los establecidos en la norma, en este caso una de carácter supranacional ya que el principio de aplicación inmediata sustenta la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario que admite la posibilidad de hacer exigible directamente por los ciudadanos las disposiciones internacionales.

Lo que existe, por lo tanto, es una ampliación de la interpretación de este principio por la necesidad de conocer si existe una norma internacional que sea contradictoria y definir cuál de ellas aplicar. Y lo que se produce es un desplazamiento de la norma interna puesto que la consecuencia del principio de primacía no es la declaración de nulidad o derogación de la norma, sino la aplicación directa de la norma comunitaria.

La integración supranacional supone también una afectación constitucional y democrática. Cuando el Estado forma parte de una organización supranacional supranacional limita la soberanía del Estado, puesto que este ha transferido soberanamente el ejercicio de ciertas competencias desde el país hacia un ente internacional. Donde hay que entender que es la propia constitución la que permite esto a través de la denominada cláusula de apertura. Que no es otra cosa que la autorización que otorgo el constituyente para que los procesos de integración tengan legitimidad constitucional y cumplan con su finalidad de llevar adelante un

proceso de integración que beneficie directamente a los ciudadanos en temas que van más allá de los límites del Estado.

Asimismo, se afecta la legitimación democrática para que la organización supranacional de integración pueda realizar normativa y decisiones que afectaran directamente a las personas naturales y jurídicas de los países miembros, pues quienes tomaran las decisiones comunitarias no son funcionarios electos democráticamente por los nacionales del Estado, en este sentido aparentemente no atenderían a un principio democrático básico de representatividad. Lo cual no es cierto, puesto que son los presidentes los que tienen la dirección del proceso de integración y cuentan con las funciones constitucionales de dirigir las relaciones internacionales de los Estados miembros.

Finalmente, se afecta el principio de supremacía constitucional, por el cual se reconoce el valor jerárquico superior de la constitución, frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico nacional. Por lo que se debilita está en virtud a la normativa producida por los órganos de integración que debe ser aplicada preferentemente en base a la naturaleza del principio de primacía del derecho comunitario andino. Y acá es importante aclarar que se trata de dos ordenamientos jurídicos autónomos que tienden a la cooperación para el cumplimiento de los objetivos de integración del mismo Estado, sustentados en la propia constitución.

2. Las cláusulas de integración supranacional

Las cláusulas de integración son las disposiciones normativas que contemplan la posibilidad de ceder, traspasar, transferir o delegar competencias de un Estado a una institución u organismo supranacional.

Se trata eminentemente de una disposición de rango constitucional de alta relevancia dentro del cuerpo normativo de las constituciones contemporáneas, ya que, en efecto,

“...corresponde a las materias o zonas en las que la propia Carta Política cede o traspasa sus poderes a una nueva esfera en la que se comparte interdependientemente, con otros actores, la toma de decisiones. Así, los Estados comprometidos en un proceso de integración o de cesión de competencias delegan de forma voluntaria poderes soberanos, en algunas materias, con el objetivo de satisfacer necesidades comunes...”¹⁸⁸

Ante esta cesión facultativa de soberanía y competencias, “los Estados se hallan subordinados a las instituciones que se han convertido en titulares de las mismas”¹⁸⁹. Dada la relevancia del acto de ceder, transferir o de compartir soberanías, para poder surtir efectos, se somete a un acto jurídico complejo, inicialmente impulsado y elaborado por el poder ejecutivo, el cual, consecuentemente, debe cumplir con la aprobación y el respectivo control político por parte del órgano legislativo, y, por último, de control abstracto por el órgano de cierre judicial o intérprete de la Constitución.

Por medio de la consagración de este tipo de normas, “lo que pretenden los poderes constituyentes, originarios y derivados, es la construcción de plataformas que permitan: “...la habilitación constitucional a la integración o puentes entre naciones vecinas o aisladas...”¹⁹⁰

Con el propósito de transformar o ampliar el concepto de soberanía, a cambio de la posibilidad de actuar en conjunto frente a diversos desafíos que afrontan las naciones contemporáneas en el contexto de la globalización. En efecto, mediante esta modalidad se actualizan nociones tradicionales de Estado y soberanía; “el viejo concepto de Estado ya no existe en la realidad. Cualquier análisis constitucional debe tener en cuenta este dato”¹⁹¹

¹⁸⁸CLAES, Mónica. Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las constituciones nacionales: evolución y tipología. En: CARTABIA, Martha; et al. *Constitución europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005.p. 123. ISBN: 84-8456-319-7,

¹⁸⁹ NEGRO, Sandra. *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: EUROS EDITORES, 2010, p.46. ISBN: 978-9974-676-52-7.

¹⁹⁰ PEROTTI, Alejandro. Habilitación constitucional para la integración comunitaria - Estudio sobre los Estados del Mercosur. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2004. p.111. ISBN: 9974-7868-1-9. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11149>

¹⁹¹ BUSTOS, Rafael. *Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red*. En: SAIZ, Alejandro; MORALES, Mariela y UGARTEMENDIA, Juan Ignacio (coord). *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*. IVAP. 2011. p. 149. ISBN-13: 978-8477773733.

A partir de la experiencia de la Unión Europea y la Comunidad Andina, las cláusulas de transferencia o habilitación constitucional a la integración han permitido generar obligaciones y deberes vinculantes que sobrepasan la simple cooperación de los tratados internacionales. Esto ha dado lugar a una nueva etapa, de correulación, por medio de organismos supranacionales que, como una bisagra, ejercen ahora competencias que tradicionalmente correspondían al Estado.

Aparte de Europa, América Latina es la región que con más seriedad está afrontando un proceso de integración en distintos niveles. Como es bien sabido, "...en el caso europeo, después de dos guerras mundiales y más de dos mil años de conflicto, la integración se inició como una reacción a ese pasado, y el motor de ese cambio —aparte del miedo— fueron la economía y el sector productivo..."¹⁹². América Latina, en términos generales, es una región sin conflictos armados interestatales como lo fue el resto del mundo. Sin embargo, en el plano interno existe un evidente problema común de inequidad y exclusión social que es equiparable a los efectos de la guerra.

Una interesante propuesta de clasificación señala que las cláusulas de apertura son las que permiten conectar el derecho interno de un Estado con el derecho internacional:

"i). Mayor apertura. Corresponde a aquellas cláusulas que contemplan un imperativo constitucional en relación con una región específica. Así mismo, en uno o varios apartes del texto constitucional, expone la necesidad o voluntad del constituyente de expandir los preceptos constitucionales en esferas transnacionales, con el fin de compartir o ceder soberanía. ii). Apertura intermedia. Es el tipo de normativa que, si bien no hace referencia a un órgano regional concreto, autoriza sesión de soberanía —de manera directa o indirecta— a un ente supranacional abstracto. En otras palabras, la intención del poder constituyente no radica en limitar o auspiciar algún tipo de modelo específico. iii). Menor apertura. Se refiere a disposiciones

¹⁹² HAAS, Ernst. *The Uniting of Europe; Political, Social, and Economic Forces 1950-1957*. Stanford: University of Notre Dame Press, 1958, p.23.

constitucionales que guardan silencio en relación con la integración regional o la posibilidad de pertenecer a un órgano supranacional”¹⁹³

Un texto constitucional puede establecer una vocación a la integración, pero a la vez una fuerte restricción en relación con la jerarquía de los tratados comunitarios y las normas internas. Lo anterior, según se trate del tradicional enfoque monista, que concibe el derecho internacional y el interno como un todo, o uno de corte dualista, en el que existen dos sistemas independientes. No obstante, insistir en esta dicotomía, como bien lo señala Von Bogdandy, “...obedece a un enfoque basado en “zombis intelectuales” que han desaparecido en la realidad. A nivel contemporáneo, lo que se propone es entender o, si se prefiere, “de construir” el problema bajo el prisma del pluralismo jurídico...”¹⁹⁴

Las cláusulas ponen de relevancia que, en un contexto determinado, el poder constituyente ha dado al tema de la integración supranacional. A su vez, otorga elementos de exigibilidad a todos los órganos del Estado y a la ciudadanía, los cuales se materializan en tratados, acuerdos, legislación, jurisprudencia, entre otras herramientas claves para el cumplimiento de ciertos imperativos constitucionales.

Sin duda desde los mismos preámbulos insertos en las modernas constituciones andinas hay un mandato constitucional en favor de la integración, así como de todo un capítulo referido a la integración latinoamericana, lo que no sucedía con las anteriores constituciones, excepto la constitución colombiana, que fue sin duda alguna, la que mejor entendió desde un principio la necesidad de contar con cláusulas de apertura a la integración.

2.1 Constitución Política del Ecuador 2008

¹⁹³ HERRERA, Juan Camilo. Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta de Jamaica. Colombia Internacional. 2016, N° 86. p. 165. ISSN: 1900-600 Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/812/81244236007/html/>

¹⁹⁴ VON BOGDANDY, Armin. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*. 2008. Vol. 6 N°3, pp.397-413. DOI: [dx.doi.org/10.1093/icon/mon015](https://doi.org/10.1093/icon/mon015).

La Constitución de Ecuador de Montecristo 2008, ha establecido sin lugar a duda la cláusula de mayor apertura que se haya elaborado en una Constitución de la región, y quizá única a nivel global en materia de integración regional. Asimismo, incorpora interesantes innovaciones en relación a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano.

El compromiso del constituyente se aprecia desde el mismo Preámbulo, cuando afirma que: “se trata de un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana. El Art. 276.5, relativo al desarrollo, subraya la necesidad de promover la integración latinoamericana e insertar la Nación de forma estratégica en el contexto internacional”¹⁹⁵

En la Constitución del Ecuador de los 13 principios algunos son del derecho internacional como: la igualdad jurídica de los estados, la cooperación internacional, la solución pacífica de las controversias, la prohibición de la amenaza, el uso de la fuerza, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y la libre determinación de los pueblos. Estos principios generales son la directriz para la negociación de tratados internacionales y actuar en el derecho internacional.

La intervención de la Asamblea Legislativa para aprobar o improbar tratados internacionales previos a su ratificación en casos determinados, consta en el artículo 120, inciso 8 que dice: “Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda”¹⁹⁶

Dentro de las atribuciones y deberes del presidente de la República, contenidas en el artículo 147 de la Constitución, se incluye en el numeral 10 una que textualmente señala:

“Son atribuciones y deberes de la presidenta o presidente de la República, además de los que determine la ley: (...) 10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a

¹⁹⁵ HERRERA, Juan Camilo. Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta de Jamaica. Colombia Internacional. 2016, N° 86. P.192. ISSN 0121-5612 ISSN: 1900-600 Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/812/81244236007/html/>

¹⁹⁶ Constitución de la Republica del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, *artículo 120*

embajadores y jefes de misión”¹⁹⁷. Esta disposición está relacionada con el artículo 261 que señala que entre las competencias exclusivas del Estado central están: “2. Las relaciones internacionales (...) 9. Las que le corresponde aplicar como resultado de tratados internacionales”¹⁹⁸

De manera concordante, al artículo 147 el artículo 418 que versa sobre la suscripción y ratificación de tratados e instrumentos internacionales, dice:

“A la presidenta o presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. La presidenta o presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo”¹⁹⁹

Respecto a estas disposiciones constitucionales, se ha mantenido lo establecido en todas las constituciones emitidas desde la declaración del Ecuador como Estado independiente, facultando al Presidente de la República para llevar adelante el proceso de celebración de tratados internacionales, aunque no de manera independiente, ya que la Asamblea Nacional mantiene un papel relevante en el proceso al tener derecho a ser informada de la actividad del Ejecutivo en este ámbito, requisito sin el cual los tratados no podrán ser ratificados en ningún caso, fortaleciendo su facultad de control sobre la dirección del Presidente en la política exterior.

Algo destacable es también señalar que en el artículo 418 de la Constitución del Ecuador se le asigna al presidente la capacidad de suscribir o ratificar tratados y otros instrumentos internacionales, pero por algún motivo desconocido se ha

¹⁹⁷ Constitución de la Republica del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 147

¹⁹⁸ Constitución de la Republica del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 261

¹⁹⁹ Constitución de la Republica del Ecuador 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 418

omitido la palabra "...adherir a tratados y otros instrumentos internacionales..."²⁰⁰ que, en general, es una práctica usual en el derecho internacional.

Según el artículo 416 de la constitución ecuatoriana es ahí donde se desarrollan los principios rectores en el ámbito de las relaciones internacionales. El cual señala:

"Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano... y, en consecuencia: 1. Proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad. 2. Propugna la solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos. 3. Condena la injerencia de los Estados en los asuntos internos de otros Estados... 4. Promueve la paz, el desarme universal... 5. Reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados... 6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta... 7. Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes... 8. Condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo... 9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales ... 10. Promueve la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural. 11. Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica. 12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema

²⁰⁰ JARAMILLO, Grace. Las relaciones internacionales en América Latina: una amalgama de nuevos enfoques y nuevos actores. En: JARAMILLO, Grace (comp). *Relaciones Internacionales: los Nuevos Horizontes*. Quito: FLACSO Ecuador. 2009. pp. 11-26. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/52350.pdf>

financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados. 13. Impulsa la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera”²⁰¹

El contenido de estos principios en un amplio número de casos refleja principios generales de derecho internacional. Y otros son una lista de buenos deseos, como por ejemplo el principio de ciudadanía universal.

Y este artículo 416 numeral 12 está vinculado al artículo 422 que indica:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”²⁰²

En opinión de Cesar Montaña el numeral 12 del artículo 416 es el más complejo por qué:

“...para Ecuador fomentar un nuevo sistema de comercio e inversión entre estados implicaría desconocer o no ser parte de la Organización Mundial del Comercio y sus acuerdos, abandonar los pactos con otros Estados que sobre la materia se han ratificado y los compromisos asumidos en el proceso de integración andino” ... Y con relación al artículo 422 manifiesta que: “...parece ser que el constituyente al redactar este punto no reparo en que la mayoría de controversias entre gobiernos y nacionales de otros Estados sometidos a

²⁰¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 416

²⁰² Constitución de la República del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 422

arbitraje, según los mecanismos del CIADI del Banco Mundial, ha beneficiado a países menos desarrollados...”²⁰³

Sorprende esta visión de las relaciones internacionales en la constitución ecuatoriana, excesivamente temerosa del exterior, fuertemente ideologizada sin tomar en cuenta la realidad y el lado positivo de las relaciones económicas modernas del siglo XXI. Es una visión muy antigua que no coincide con la moderna conceptualización de la soberanía permeable a las relaciones internacionales de cooperación e integración que rigen las relaciones internacionales en la actualidad.

En materia de relaciones internacionales, el Art. 416. Numeral 10 promueve la conformación de un orden global multipolar basado en la participación activa de bloques económicos y políticos regionales. En esa perspectiva, el Art. 416. Numeral 11, incorpora el mandato constitucional diferenciado de la integración política, cultural y económica. Una referencia expresa a la región andina y que la Asamblea Constituyente del Ecuador agrega a Latinoamérica y América del Sur como complemento.

Pero es el artículo 417, de la Constitución del Ecuador, sobre sujeción a la Constitución de los tratados e instrumentos internacionales, el que llama mucho la atención puesto que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetaran a lo establecido en la Constitución”²⁰⁴, lo que es un problema según Grace Jaramillo puesto que: “la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que todos los instrumentos internacionales (convenciones, tratados y acuerdos) están por encima de la constitución y son de aplicación efectiva”²⁰⁵. Por lo cual, es importante recordar al respecto los artículos 27²⁰⁶ y 46²⁰⁷ de la

²⁰³ MONTAÑO, César. Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008. En: ANDRADE, Santiago; GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia. La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional. 2009, p.55. ISBN: 978-9978-19-231-3

²⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 417.

²⁰⁵ JARAMILLO, Grace. Las relaciones internacionales en América Latina: una amalgama de nuevos enfoques y nuevos actores. En: JARAMILLO, Grace (comp). *Relaciones Internacionales: los Nuevos Horizontes*. Quito: FLACSO Ecuador. 2009. pp. 11-26. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/52350.pdf>

²⁰⁶ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27. “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

²⁰⁷ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 46. “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.

Convención de Viena de 1969, donde indica que los Estados y los pueblos suelen olvidar con increíble frecuencia para querer incumplir lo que establece el derecho internacional, pero que obviamente no se puede por la responsabilidad estatal que ello acarrea.

En estos artículos vemos que los instrumentos internacionales son de aplicación obligatoria no opcional, por lo que el artículo 417 solo puede tener dos consecuencias: "...el mandatario que decida negociar el tratado tendrá un margen de maniobra excesivamente estrecho o el mandatario decide no negociar tratados que puedan comprometer la constitución..."²⁰⁸

Sin duda, un freno innecesario para cuando sea necesario para los intereses del Ecuador, llevar adelante un tratado que vaya más allá de la visión de los que redactaron el artículo 417. Lo que ameritara en el corto plazo una reforma del artículo o la debida interpretación constitucional de la Corte Constitucional para ajustar este tema a la Convención de Viena de 1969 y sobre todo al ritmo y sintonía que requieren las relaciones internacionales del siglo XXI.

El sistema de contrapesos que establece el artículo 418, al imponer requisitos a la ratificación incluso de aquellos tratados que no requieren aprobación de la Asamblea Nacional puede por un lado considerarse acertada pues no deja exclusivamente en manos del Ejecutivo el asunto y permite la participación del principal órgano representante del soberano. Sin embargo, ello abre las puertas a un manejo demasiado político de la cuestión, lo cual constituye solamente una parte de los múltiples temas que se deben analizar alrededor de la celebración de un tratado internacional.

El Art. 419 de la Constitución ecuatoriana señala que:

“La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se

²⁰⁸Idem, 2009, 126

refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético”²⁰⁹

Como se puede evidenciar, la norma es bastante amplia y abstracta al señalar los supuestos bajo los cuales se requiere la participación de la Asamblea Nacional, es por ello que se vuelve necesaria una regulación más detallada al respecto, o la existencia de un órgano especializado facultado para determinar si un tratado internacional versa o no sobre alguno de los ocho numerales a los que se refiere el artículo 419.

El procedimiento a seguir se encuentra regulado en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que otorga un plazo de veinte días a la comisión especializada pertinente de la Asamblea, que en este caso sería la Comisión Especializada de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, para que emita el informe respectivo que debe ser puesto a conocimiento del Pleno de la Asamblea. La aprobación del tratado internacional requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, sometiéndola a una mayoría calificada por la importancia de los temas en los que se la requiere.

La facultad otorgada al Ejecutivo y a la Asamblea Nacional en este importante proceso de celebración de tratados internacionales permite ejercer un juego de pesos y contrapesos en la adopción de normativa internacional, el cual debería jugar a favor de la protección de la Constitución como Norma Suprema, además de que se garantiza, al menos en teoría, un control sobre los actos del Ejecutivo en este ámbito.

²⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 419.

Según Martínez Moscoso, "...una vez que dichos Tratados internacionales sean aprobados, ratificados y publicados, entraran a regir al interior del Estado, tanto es así que los mismos se encuentran solamente por debajo de la Constitución y por encima de las leyes orgánicas... De esta manera el Estado asumirá responsabilidad y tendrá obligación internacional sobre los mismos"²¹⁰

El artículo 420 manifiesta que: "La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la presidenta o presidente de la República"²¹¹

Según Cesar Montaña Galarza, la disposición admite: "dos interpretaciones. La primera según la cual la ratificación de tratados se puede efectuar mediante referéndum solicitado por el presidente de la República o por iniciativa popular. O la segunda conforme la cual la ratificación del tratado puede realizarse de tres formas: mediante referéndum, por el Ejecutivo, o por iniciativa de la ciudadanía"²¹²

Además de ser ambigua, la redacción del artículo 420 sorprende que no especifica a qué autoridad se debe solicitar la ratificación del tratado, igualmente si se opta por la primera interpretación, siendo el Ejecutivo el autorizado para ratificar un tratado internacional no tiene sentido que éste se solicite a sí mismo. Igualmente, no se determina el momento en el que tendría lugar el referéndum y tampoco si el resultado es obligatorio para el Ejecutivo o si se entiende que ésta es la forma en la que el Estado manifiesta su consentimiento.

El artículo 421 de la Constitución ecuatoriana: "porta una obligación negativa para el Estado y toda su institucionalidad pública, que incluso subordina la aplicación de los tratados internacionales en materia de comercio a los derechos de las personas"²¹³

²¹⁰ MARTÍNEZ, Andrés. La Asamblea Nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación de los tratados internacionales: La primera legislatura, 2009-2013. Revista de la Facultad de Derecho. 2013. Vol. 29, N°2. p.115 Disponible en: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5dc77d5c522330fdfe50e0f31ccd15b0.pdf>.

²¹¹ Constitución de la República del Ecuador 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 420

²¹² MONTAÑO, César. Problemas constitucionales de la integración. México: Porrúa, 2013, p.162. ISBN: 978-607-09-1477-5.

²¹³ MONTAÑO, César. Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008. En: ANDRADE, Santiago; GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia. *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional. 2009, p.20. ISBN: 978-9978-19-231-3.

Esta formulación podría acarrear problemas en un futuro con relación a los tratados ya acordados con organizaciones internacionales supranacionales como la Comunidad Andina, por ejemplo, por lo que tendrá que ser eventualmente el TJCA, el que tenga que definir cuál norma aplicar, si será el Derecho comunitario o el Derecho interno del Ecuador con las consecuencias que ello conlleva para la responsabilidad del Estado.

Según la constitución ecuatoriana el Art. 423.- manifiesta que:

“La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: 1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. 2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria. 3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. 4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales. 5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los

latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio. 6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región. 7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional”²¹⁴

En primer lugar, se percibe que el constituyente ecuatoriano no reparo en que existen varios procesos de integración, por lo que la norma es imposible de realizar en todas las instancias y proceso de integración, como se afirma sin tener el cuidado necesario. Y, en segundo lugar, observar que el constituyente ecuatoriano se haya olvidado de los innumerables acuerdos ya asumidos por el Ecuador en el marco del Sistema de Integración de la Comunidad Andina alcanzado desde 1969.

Para continuar con el tema de la Supremacía constitucional en el Ecuador tenemos el Art. 424.- donde se establece que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”²¹⁵

Según los profesores Tremolada y Martínez, la Constitución ecuatoriana: “diferencia también con claridad entre jerarquía y aplicación y establece que la constitución es la norma jerárquicamente superior, seguida de los tratados internacionales y que viene completado por el art. 425, que establece el sentido de la prelación”²¹⁶

El artículo 425 de la Constitución al referirse al orden jerárquico de aplicación de las normas señala que: “en primer lugar debe estar lo dispuesto en la Constitución y, en segundo lugar, a lo contenido en tratados y convenios internacionales, aclarando por un lado la jerarquía de los mismos respecto a la Carta Magna, y, por

²¹⁴ Constitución de la Republica del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 423

²¹⁵ Constitución de la República del Ecuador 2008. Versión Profesional. Corporación de Estudios Públicos, artículo 424.

²¹⁶ TREMOLADA ALVAREZ, Eric y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Jerarquía constitucional y Aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derecho e integración. *Revista Universitas*, 2014, p.87. N° 128. ISSN: 0041-9060. doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jcap.

otro lado, no deja lugar a dudas, acerca de su integración en el ordenamiento normativo ecuatoriano”²¹⁷

Actualmente. Ecuador cuenta con una regulación precisa sobre la jerarquía normativa que ostentan los tratados internacionales posicionándolos como normas supra legales, e infra constitucionales.

En el Ecuador además de la intervención directa de la Asamblea Nacional y el Ejecutivo en el proceso de formación de los instrumentos internacionales, la normativa ecuatoriana ha configurado la presencia de un órgano, cuya participación es de importancia fundamental en un Estado constitucional de derechos y justicia como el Ecuador. La Corte Constitucional y su facultad para efectuar el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales.

El artículo 438.1 declara que:

“La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados. 3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes” ²¹⁸

Por este artículo la Norma Suprema ecuatoriana dispone la obligación de la Corte Constitucional de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de tratados internacionales antes de su ratificación.

Con ello el Ecuador optó por acoger la figura del control constitucional a priori evitando la adopción de tratados internacionales cuya vigencia violente lo contenido en la Constitución, volviéndose inaplicable en el orden interno y causando conflictos

²¹⁷ Constitución de la República del Ecuador 2008. Versión Profesional. Corporación de Estudios Públicos, artículo 425.

²¹⁸ Constitución de la República del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo. 438.- “La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”.

a nivel internacional por el incumplimiento de obligaciones que el Estado asumió al momento de negociar y suscribir un tratado internacional.

El proceso que debe observar la Corte Constitucional para emitir el dictamen de constitucionalidad se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determina un procedimiento particular en el que se incluye la participación de la ciudadanía en general que está llamada a defender o impugnar total o parcialmente el contenido de un tratado por ajustar o no su contenido a la Constitución.

Este nuevo papel de la Corte Constitucional es una innovación por el carácter vinculante del dictamen que debe realizar sobre los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa previa a su ratificación.

2.2 Constitución Política de Bolivia

En la historia de las constituciones bolivianas se establece que fueron muy parcas respecto del tratamiento de temas relacionados con el derecho internacional y las relaciones internacionales en general. Solamente se evidencia la regulación de las competencias del Estado en el proceso de celebración de tratados internacionales. Sin que se hayan pronunciado sobre el tema de la recepción del derecho internacional en el derecho interno ni tampoco sobre la jerarquía de las normas internacionales en el ámbito interno del ordenamiento jurídico nacional.²¹⁹

Es importante analizar de forma sistemática si la actual constitución después de diez años de implementación, ha sido favorable para la vigencia plena del derecho internacional y del derecho comunitario. Se hace necesario estudiar con profundidad y rigurosidad científica cómo la constitución determina la participación del país en la comunidad internacional, como sujeto del derecho internacional, al momento de negociar, suscribir, ratificar, denunciar o adherirse a un tratado internacional, o también cuando atribuye o transfiere el ejercicio de competencias

²¹⁹ Para mayor información ver Constituciones Políticas del Estado 1826-2009. Gaceta Oficial de Bolivia. Edición Oficial. La Paz Bolivia.

soberanas a los órganos e instituciones comunitarias, para poder discernir si ella encarna un elemento funcional o, por el contrario, se convierte en un obstáculo a la evolución de la integración andina.

2.2.1 La Constitución Política del Estado de 1967

La Constitución Política del Estado de 1967 con la cual se inscribió la participación de boliviana en el Pacto Andino, no contemplaba ninguna disposición relacionada a la integración y, más por el contrario, mantenía conceptos nacionalistas y soberanía tradicional y absoluto contrarios de la integración supranacional; se evidencia, asimismo, que al igual que otras constituciones anteriores no se pronuncia sobre la jerarquía de los tratados en el orden interno, aunque en la práctica se consideró que tenían jerarquía legal. Dentro esta constitución se encuentran los siguientes aspectos relevantes al tema de investigación:

El artículo 2.- “La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio este delegado a los poderes legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Concepto tradicional y absoluto de soberanía, que no permitía la delegación de competencias soberanas a una organización internacional de integración.

Artículo 30.- “Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo que las que expresamente les están acordadas por ella”²²⁰. Donde evidenciamos que en esta constitución no solamente se omite hablar de integración, sino que prohíbe delegar competencias propias del poder público.

Artículo 59°. - Establece las atribuciones del Poder Legislativo según el numeral 11 Y 12: Numeral 11, “Aprobar los tratados, concordados y convenios

²²⁰ Constitución Política del Estado 1967, Gaceta Oficial de Bolivia. Edición Oficial, artículo 30.

internacionales” ... Numeral 12 “Ejercitar influencia diplomática sobre actos no consumados o compromisos internacionales del Poder Ejecutivo”²²¹

Artículo 96.- “Son atribuciones del presidente de la República: 2) Negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso. 3) Conducir las relaciones exteriores”²²²

De todo ello se observa que el tema de la preeminencia de los tratados y las normas del derecho comunitario, como son las creadas por el Pacto Andino hoy denominada Comunidad Andina de Naciones, no fue tratado en el texto constitucional de 1967, ya que no se habla en ninguna parte sobre integración.

La Constitución de 1967 presentaba según el profesor Garrón: “un dilema en sentido de que no contemplaba de manera especial los acuerdos asumidos por el país en cuanto a integración se refiere y a la no cesión de soberanía prevista necesariamente para la aplicación y cumplimiento del derecho originario y derivado de los acuerdos de integración”²²³

Sin embargo, a pesar de ello Bolivia ha sido miembro activo del proceso andino de integración desde 1969 y de una organización supranacional desde 1979, a pesar de que su pertenencia involucra la transferencia del ejercicio de competencias soberanas a órganos supranacionales que legislaran, ejecutaran e incluso administraran justicia en dicho ámbito de integración y que comprometen a todo el sistema andino de integración.

En el Acuerdo de Cartagena y en el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se planteó que el derecho derivado tendría aplicación directa sin necesidad de ser ratificado por los Congresos respectivos, esto ya que, se había aprobado y ratificado el Tratado principal, por lo que al haber ratificado los Estados miembros la aplicabilidad directa de las normas, estas no necesitaban una aprobación posterior.

²²¹ Constitución Política del Estado 1967, Gaceta Oficial de Bolivia. Edición Oficial, artículo 59.

²²² Constitución Política del Estado 1967. Gaceta Oficial de Bolivia. Edición Oficial, artículo 96.

²²³ GARRÓN, Rodrigo. Derecho Comunitario: Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea. La Paz: Producciones CIMA, 2004, p.28.

Las decisiones de la Comunidad Andina, tenían aplicación preferente sobre las leyes bolivianas solo por una “ratio fides” del Estado, pero no por una causal jurídico constitucional, como los demás países andinos, los cuales funcionaron con otro razonamiento cuando se produce transferencia de competencias, puesto que: “...quien tiene la competencia para dictar las nuevas normas son las instituciones comunitarias y no así el Estado, por tal motivo, al perder competencia el Estado, la norma comunitaria tiene aplicación preferente sobre la norma nacional...”²²⁴

Como antecedentes necesarios, podemos manifestar que, en 6 de noviembre de 1969, Bolivia demostró ya su conducta integracionista, mediante el Decreto Supremo N° 08995 dictado en el Gobierno de facto del Gral. Alfredo Ovando Candia, disposición que señala: "Apruébese el Acuerdo de Integración subregional, suscrito en Bogotá en fecha 28 de mayo de 1969, por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile y Perú...".²²⁵

Al respecto, el ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Dr. Oscar Hasenteufel Salazar, en el año 1995 en ocasión de celebrarse en Sucre la Primera Reunión de presidentes y Magistrados de Cortes Supremas de Justicia del Pacto Andino y Panamá, reconoció que:

“...un Tratado de Integración que cumpla con los requisitos constitucionales, es de obligatorio cumplimiento y por tanto se integra en el Derecho de Bolivia. Empero, considero que por la importancia y el avance del proceso de integración adoptado por el Estado boliviano y consiguientemente del Derecho Comunitario es menester su incorporación en la Constitución Política del Estado, otorgándole la jerarquía establecida en la pirámide Kelsiana, o como la ha denominado Felipe Tredenick en la pirámide invertida, más arriba de la propia constitución...”²²⁶, claramente ejemplificada en el famoso "Reloj de Arena de Tredenick"²²⁷

²²⁴Ídem, 2004, p. 30

²²⁵ República de Bolivia. Decreto Supremo N° 08995, de 6 de noviembre de 1969.

²²⁶ Primera Reunión de presidentes y Magistrados de Cortes Supremas de Justicia del Pacto Andino y Panamá. Sucre-Bolivia. 1995.

²²⁷ TREDINNICK, Felipe. *Curso de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*. La Paz: Los Amigos del Libro, 2002. p. 5

Como se puede observar de las atribuciones del Poder Judicial Boliviano en este periodo, la ley no establecía la ejecución de justicia por jueces comunitarios, ni que los jueces nacionales puedan conocer cuestiones comunitarias. La Constitución de 1967 prescribía a que las leyes determinen el actuar de la justicia, así como las respectivas competencias de cada juez. Sin embargo, en la práctica y en temas referentes a la propiedad industrial tan recurrentes en la jurisdicción comunitaria, la Corte Suprema de Justicia, ha aplicado la normativa Comunitaria, comprobándose la aplicación del Derecho Comunitario por parte del juez nacional.

2.2.2 La Constitución Política del Estado 2009

La constitución de 2009 es la primera de la historia constitucional que regula la incorporación de los tratados al derecho interno. Además, otorga al derecho comunitario rango constitucional, ya que incluye dentro del bloque de constitucionalidad a, “los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y a las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”²²⁸. Esta disposición constitucional equipara esos instrumentos internacionales a la Constitución.

Asimismo, otra importante característica de esta constitución es que Bolivia reconoce un sistema de incorporación automático del derecho internacional, por lo cual no es necesario un acto especial de transformación o de recepción.

La constitución reconoce expresamente al Derecho comunitario con su calidad de disciplina especializada internacional, otorgándole rango constitucional. “Desde esta perspectiva, legitima al ordenamiento comunitario y, al mismo tiempo cuida en alta cota la supremacía constitucional”²²⁹. Comparativamente las constituciones de Colombia, Ecuador y Perú, en cambio, no reconocen expresamente al Derecho

²²⁸ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 410.II

²²⁹ MONTAÑO, César. *Problemas constitucionales de las integraciones supranacionales. Análisis del caso andino*. Tesis doctoral. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012, p.117. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3063/1/TD024-DD-Monta%C3%B1o-Problemas.pdf>

comunitario, sino solo por vía indirecta, es decir, a través del reconocimiento que hacen al Derecho internacional.

En la segunda parte de la Constitución, referida a la Estructura y Organización funcional del Estado Plurinacional de Bolivia, se tiene el Título VIII que hace referencia a: Relaciones Internacionales, fronteras, integración y reivindicación marítima, dividido en 4 capítulos. En el tercer capítulo que es el que nos interesa referido a la integración se incluye una novedosa y necesaria incorporación al texto constitucional. El cual se complementa con algunos otros conceptos importantes de otros capítulos que lo complementan.

Efectivamente, la actual constitución boliviana, introdujo un capítulo entero dedicado a la integración, lo que no había sucedido nunca antes, así como la inclusión de las normas de derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad. Lo que ha representado sin duda un avance normativo importante.

A pesar de ello, según Ferreira: "...se percibe en el texto constitucional ciertas incongruencias referidas a la validez, procedimiento, principios y la labor de los jueces, a la hora de aplicar lo contenido en los tratados constitutivos comunitarios, sí como las normas de derecho derivado..."²³⁰

Por su parte el Art. 7 señala que: "La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delgada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público, es inalienable e imprescriptible"²³¹. Es decir, una concepción clásica y tradicional de la soberanía, que contrasta con la noción moderna de soberanía flexible que se utiliza hoy en día en la mayoría de Estados a favor de la integración.

Artículo 158. I, señala que: "Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley: Inciso 14. Ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución"²³²

²³⁰ FERREIRA, Sara. Ley 401 y su análisis en relación a la constitucionalidad y derecho comunitario. *Revista virtual del Instituto de Estudios Internacionales IDEI*, 2014, N°76, p.55.

²³¹ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 7

²³² Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 158

Esta imprecisión terminológica y técnica de llamar ratificación al acto jurídico de aprobación de los tratados internacionales celebrados por el órgano ejecutivo. Según la CVSDT de 1969, se especifica que el acto jurídico que lleva adelante el congreso es la aprobación. Y compete la ratificación al órgano ejecutivo que lleve adelante la negociación y suscripción de los tratados internacionales.

Lo que determina para el caso boliviano que la autorización es una atribución exclusiva del órgano legislativo. Siendo que por voluntad expresa del constituyente todos los tratados deban pasar por la ratificación de la Asamblea Nacional. Y un aditamento a ello es el error de decir ratificación en vez de aprobación para estar en sintonía con los criterios internacionales establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La constitución boliviana contiene preceptos que auspician la negociación y la conclusión, pero señala sus límites. Como parece lógico el control del parlamento previo a la manifestación del consentimiento, es la mejor garantía ya que según el artículo 158. Inciso 14 “pose la facultad de vigilar la acción del órgano ejecutivo a través de la atribución de la ratificación de los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo”²³³

La Constitución boliviana enmarca la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales en los artículos 255 al 260, y los desarrolla en la Ley 401 de Celebración de Tratados del 2013.

Asimismo, el control constitucional anterior lo establece el Art 202, atribución 9 del Tribunal Constitucional Plurinacional que dice: “El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales”²³⁴

Dos artículos de la constitución que refieren al necesario control previo, pero que por la forma tan poco precisa tiende a la confusión y entorpecimiento del proceso de vinculación del Estado con la comunidad internacional, generando incertidumbre; inseguridad jurídica y, sobre todo, responsabilidad internacional por el

²³³ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 158 atribución 14.

²³⁴ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Artículo 202, atribución 9

desconocimiento de la jerarquía del ordenamiento internacional que debe primar sobre el orden interno de los Estados.

Lo cierto es que los constituyentes bolivianos diseñaron un sistema constitucional de dialogo entre los tres poderes públicos que interrelacionan al órgano ejecutivo, el órgano legislativo y al que sumaron al final el Tribunal Constitucional Plurinacional, como garante de la aplicación y plena vigencia de la norma suprema.

En cuanto al artículo 172, indica que: “Son atribuciones de la presidenta o del presidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la ley: Inciso 5. Dirigir la política exterior; suscribir tratados internacionales; nombrar servidores públicos diplomáticos y consulares de acuerdo a la ley; y admitir a los funcionarios extranjeros en general”²³⁵

La redacción del artículo 172. Inciso 5, es coincidente con el caso peruano al establecer para el presidente la facultad de dirigir las relaciones internacionales y suscribir tratados internacionales. Sin embargo, excluye para el Órgano Ejecutivo la potestad de ratificar los mismos. Precisamente para la Constitución boliviana la facultad del Ejecutivo en cuanto a los tratados internacionales llega únicamente hasta la fase de autenticación del texto, la ratificación del mismo corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Se debe considerar que ello puede provocar conflictos en el ejercicio de su potestad de dirigir la política exterior del Estado, de la cual el tratado internacional es el instrumento jurídico por excelencia ya que únicamente podría autenticar su texto, pero no ratificarlo. A este respecto, cabe manifestar que la opción adoptada por la Constitución de Bolivia no parece ser la más acertada por cuanto la función legislativa representa al pueblo y es el Ejecutivo el llamado a representar al Estado, como Jefe de Estado y de Gobierno responsable de la administración pública.

Así lo confirma la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuando al referirse a las personas facultadas para manifestar el consentimiento del

²³⁵ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 172

Estado en obligarse por un tratado internacional incluye en su articulado al jefe de Estado y jefe de Gobierno y omite la referencia al órgano parlamentario²³⁶

Dejando de lado la inconveniencia de poner en manos del órgano de la función legislativa la ratificación de tratados internacionales, cabe referirse a otro aspecto relevante del sistema boliviano, esto es la exigencia de dos requisitos que se deben cumplir antes de que tenga lugar la ratificación del tratado internacional, estos son la aprobación del mismo por parte de la población boliviana y el requerimiento de la declaración constitucional acerca de la ley que aprueba el tratado emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Es por eso que, en materia de recepción de tratados internacionales, Bolivia tiene un régimen especial, que hace depender la eficacia interna de las obligaciones internacionales de un acto normativo interno, “Lo que no sucede con relación a lo que respecta el derecho internacional general de carácter consuetudinario, no necesita actos de recepción especial. Es decir que, en materia de derecho consuetudinario, las normas y declaraciones internacionales son preferentes y jerárquicamente superiores a cualquier ley interna y en caso de conflicto entre ambas prevalece el derecho internacional”²³⁷

Es importante también señalar que la cabeza del órgano ejecutivo es el Presidente de la República, encargado de dirigir la política exterior del país a nombre del Estado. Sin embargo, la política exterior tiene limitaciones constitucionales en su ejercicio. A pesar de ello en la práctica el poder ejecutivo ha tenido un ejercicio hegemónico de la política exterior, debido al mal funcionamiento del principio del equilibrio de poderes. Con la Constitución del 2009, los constituyentes introdujeron varios principios democráticos de participación directa

²³⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Celebración de los tratados. 6. Capacidad de los Estados para celebrar tratados. Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados. 7. Plenos poderes. 1. Para la adopción la autenticación del texto de un tratado, para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado: a) si se presentan los adecuados plenos poderes, o b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados. o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes. 2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado: a) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.

²³⁷ TREMOLADA, Eric. Aplicación del derecho andino en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela frente a la experiencia europea. Revista OASIS, 2005, N°11, p.15. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/2398/2038>.

del soberano en temas tanto de integración supranacional como de relaciones internacionales.

Artículo 202. “Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: Inciso 9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales”²³⁸

Ahora bien, en el marco del control concentrado de constitucionalidad que rige en Bolivia, se distinguen el control previo y el control posterior de constitucionalidad, ejercidos ambos por el Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme lo establecen los arts. 196 y 202 de la CPE, constituyendo el eje central del juicio de constitucionalidad a realizarse la primacía de la Ley Fundamental y su vigencia y eficacia material en relación a las normas de desarrollo infra constitucionales.

Según la Ley 401 en su Artículo 41.

“El control previo de constitucionalidad en la ratificación de Tratados Internacionales. se someterá al procedimiento establecido por la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Constitucional”²³⁹. Según el Código Procesal Constitucional 2012, El Control previo sobre tratados sometidos a referendo precisa que: “I. Cualquier Tratado Internacional que requiera la aprobación mediante referendo de acuerdo con la Constitución Política del Estado, o cuando lo soliciten los ciudadanos o los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, será revisado por el Tribunal Constitucional Plurinacional dentro del plazo de treinta días desde el momento en que se conozca la propuesta de referendo planteada por el Órgano Ejecutivo, o se haya notificado por el Órgano Electoral la obtención de las firmas de al menos el cinco por ciento del electorado, o se haya notificado por la Asamblea Legislativa Plurinacional la obtención de por lo menos treinta y cinco por ciento del total de sus miembros para la iniciativa. II. El Tribunal Constitucional Plurinacional decidirá sobre si el contenido del

²³⁸Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 202.

²³⁹ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley 401 de Tratados Internacionales. Artículo 41. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de Tratados Internacionales.

Proyecto de Tratado Internacional está conforme con la Constitución Política del Estado. III. En caso que el Tratado Internacional contenga propuestas que sean contrarias a la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la inconstitucionalidad total o parcial del texto del Tratado Internacional considerado, y no podrá ser objeto de referendo aquello que se haya declarado inconstitucional²⁴⁰

El inciso I, obvia al órgano ejecutivo como el sujeto legitimado para solicitar el control previo de constitucionalidad en el marco de sus funciones y competencias constitucionales que son dirigir las relaciones internacionales del Estado y, por lo tanto, de los tratados internacionales. Será el presidente o presidenta la que si tiene alguna duda razonable sobre el texto o considera que hay algún conflicto con la Constitución, enviara el texto a control previo constitucional.

En el caso de los tratados internacionales sujetos a ratificación, están legitimados para solicitar el control previo de constitucionalidad la presidenta o el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional; envía la solicitud a ser aprobada por una previa resolución del pleno de una de las cámaras por dos tercios de votos de sus miembros presentes.

En el caso de proyectos de tratados internacionales relativos a toda la materia prevista en el párrafo II del artículo 257 de la Constitución (cuestiones limítrofes; integración monetaria; integración económica estructural; y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración) el envío al Tribunal Constitucional Plurinacional es obligatorio.

Todo un procedimiento largo y complejo que ciertamente garantiza la constitucionalidad del tratado, se obtiene la aprobación del soberano democráticamente pero que será seguramente difícil de cumplir por las características polarizadas del sistema político boliviano, tal como lo demuestra la

²⁴⁰ Código Procesal Constitucional de la Republica de Bolivia, Ley 254 de fecha 5 de julio 2012, artículo 110.

imposibilidad de seguir este procedimiento al momento de la adhesión boliviana al MERCOSUR el año 2013²⁴¹

Según las respectivas cláusulas constitucionales le corresponde al órgano ejecutivo, negociar y suscribir los tratados internacionales. Y el órgano legislativo los ratifica. Pero se introdujo una reforma adicional que incluye ahora al Tribunal Constitucional, quien se encarga de compatibilizar el contenido y alcance de todos los tratados de integración (originarios y derivados) con la constitución, en el denominado control previo de constitucionalidad, el mismo que es ejecutado a través de un dictamen respecto a la conformidad del tratado con la constitución, el cual debe ser ejecutado previo a la ratificación del órgano legislativo.

El órgano legislativo pierde competencias frente a los ámbitos de actuación de órganos comunitarios dotados de poder de creación normativa, como la Comisión que dicta Decisiones (derecho derivado), que llega hasta un poder reformador del derecho comunitario. Y esto fue tomado como un déficit democrático en el debate doctrinal europeo, que tuvo su reflejo en los constituyentes bolivianos vía el asesoramiento español a la bancada del Movimiento al Socialismo, que lograron incorporar la solución para este déficit democrático en la toma de decisiones.

Lo que a nuestro juicio complejiza tanto un tema que de por sí ya es complicado, cuando se negocia mucho tiempo entre varios otros intereses estatales llegando a un acuerdo, para que nuevamente en el orden interno se tengan tantos procedimientos que afectan, la aplicación inmediata, el efecto directo y la primacía del Derecho Comunitario Andino.

Y, por si no era suficiente, a todos estos se suma la estipulación del artículo 257. I, “sobre el requerimiento de aprobación mediante referéndum popular vinculante previo a la ratificación de los tratados internacionales que versan sobre integración”²⁴², con lo que prácticamente se ha complejizado en externo la

²⁴¹ Bolivia es miembro asociado del Mercosur desde el 17 de diciembre 1996. Posteriormente el 7 de diciembre de 2012 suscribe el Protocolo de adhesión de Bolivia al Mercosur y actualmente está a la espera de convertirse en miembro pleno.

²⁴² Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 257

participación boliviana en nuevos procesos de integración más amplios que se pueden generar en el futuro inmediato.

El Art. 255.I establece que: “Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo”²⁴³. II “Refiere a los principios que debe regir la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales”²⁴⁴

Es decir que el procedimiento de negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales deben responder a los fines del Estado en función de su soberanía. Con este artículo se mantiene incólume la soberanía externa de Bolivia. Es decir, que el concepto utilizado es el antiguo y no el moderno que hace referencia a una soberanía flexible, la cual se utiliza actualmente en gran parte de la comunidad internacional, para dar paso al derecho comunitario.

En su artículo 257, el constituyente boliviano introduce una cláusula de apertura fundamental para la integración, relativa a la delegación de competencias a organismos supranacionales, con la cual se autoriza la transferencia del ejercicio de algunas competencias soberanas a organismos internacionales de integración supranacionales.

Según este artículo:

“I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 1. Cuestiones limítrofes. 2. Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración”²⁴⁵

²⁴³ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 255.I

²⁴⁴ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 255.II

²⁴⁵ Constitución Política del Estado 2009, Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 257.I

El presente artículo de la Norma Suprema establece claramente el requerimiento de contar con la aprobación del ciudadano boliviano, mediante referendo popular vinculante, previa a la ratificación de ciertos tratados internacionales de carácter supranacional.

Así, la participación directa de la población se erige como un requisito obligatorio para los tratados internacionales que versen sobre los temas ya descritos, pudiendo adolecer de nulidad constitucional la ratificación de un tratado que, estando inmerso en esos ámbitos, no haya sido objeto de referéndum. Conforme la norma citada, el resultado del referéndum es vinculante para la Asamblea Legislativa Plurinacional, es decir, es de obligatorio cumplimiento. Si el resultado del referendo fuera negativo respecto al contenido del tratado internacional, éste no se puede ratificar.

Estipulación cuestionable ya que pone en tela de juicio la seriedad de las fases previas como la negociación y la suscripción del texto del tratado, llevadas a cabo previamente por el Órgano Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones constitucionales.

Con ello no se quiere llegar al extremo de negar toda participación a la población, pero sí que la misma no puede ser la regla general sino que se debe reservar para algunos de los asuntos de mayor complejidad, o que puedan afectar considerablemente los derechos consagrados en la Constitución, en vista de que en el largo proceso ha existido acuerdos y demás compromisos adoptados por el Estado frente a una comunidad internacional que exige cuanto menos algo de seriedad y celeridad en los pronunciamientos estatales.

La incorporación de Bolivia al MERCOSUR, violando el artículo 257 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, que exige la realización de un referendo popular vinculante previo a la ratificación de tratados internacionales en el marco de procesos de integración, es la muestra más palpable de que la incorporación de la participación ciudadana a la integración, puede afectar a la política exterior de integración de los regímenes políticos que no tienen suficiente apoyo del soberano, se pudo evidenciar este extremo cuando el gobierno del

Movimiento al Socialismo el año 2013, no se animó a llevar adelante una consulta popular mediante referéndum como prescribe actualmente la Constitución.

Así lo manifiesta con total precisión la experta en temas de integración Karen Longaric cuando afirmaba que:

“...la adhesión de Bolivia al Tratado de Asunción -constitutivo del Mercosur- es inconstitucional al haber soslayado el mandato expresado en el artículo 257 de la Constitución boliviana que dice: Requerirán de aprobación mediante referéndum popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración...”²⁴⁶

La Ley N° 1139 de 20 de diciembre 2018, modifica la Ley N° 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, La misma que indica que se modifica el Artículo 107 de la Ley N° 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, con el siguiente texto:

“Está legitimada o legitimado para solicitar el control previo de constitucionalidad de Proyectos de Tratados Internacionales, la presidenta o el presidente del Estado. I. En el caso de Tratados Internacionales sujetos a ratificación, está legitimada o legitimado para solicitar el control previo de constitucionalidad, la presidenta o el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuando la solicitud fuere aprobada por Resolución del pleno de una de sus Cámaras, por dos tercios de votos de los miembros presentes. II. La solicitud del control previo de constitucionalidad, será obligatoria en caso de Tratados Internacionales relativos a materias previstas en el Parágrafo III. del Artículo 257 de la Constitución Política del Estado, así como en el caso de normas de derecho comunitario cuando se trate de instrumentos constitutivos u otro tipo de instrumentos internacionales que comprendan

²⁴⁶ LONGARIC, Karen. *Aspectos jurídicos en los procesos de integración y el derecho comunitario*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés UMSA, 2017, p.63. Disponible: <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/20148/Longarit.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

presupuestos previstos por el Artículo 257 constitucional. Este procedimiento se aplicará antes del referendo popular vinculante del Tratado. IV. En el caso de los Proyectos de Tratados o Tratados Internacionales que no impliquen las materias mencionadas en el Parágrafo anterior, la solicitud de control previo de constitucionalidad operará de manera facultativa, cuando exista duda fundada sobre la constitucionalidad parcial o total del texto del Tratado. V. Realizada la solicitud de control previo de constitucionalidad del Proyecto de Tratado o del Tratado, por cualquiera de los actores legitimados, no corresponderá una segunda solicitud sobre la misma materia”²⁴⁷

Asimismo, se modifica el Parágrafo I del Artículo 110 de la Ley Nº 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional”, con el siguiente texto:

“artículo 110. (Control previo sobre tratados sometidos a referendo). III. Cualquier Tratado Internacional que requiera la aprobación mediante referendo, de acuerdo con lo previsto en el Parágrafo I del Artículo 259 de la Constitución Política del Estado, será revisado por el Tribunal Constitucional Plurinacional dentro del plazo de treinta (30) días desde el momento en que se conozca la propuesta de referendo planteada por el Órgano Ejecutivo, o se haya notificado por el Órgano Electoral la obtención de las firmas de al menos el cinco por ciento (5%) del electorado, o se haya notificado por la Asamblea Legislativa Plurinacional la obtención de por lo menos el treinta y cinco por ciento (35%) del total de sus miembros para la iniciativa”²⁴⁸

Analizando el tema se puede observar que, en el primer punto modificado lo que ha cambiado es que se deja el proyecto del tratado internacional al presidente del Estado la facultad de enviar o no el texto al Tribunal Constitucional, cuando exista duda fundada sobre la constitucionalidad parcial o total del texto. Y, en el segundo punto, cuando ya es un tratado que llega para que el país los suscriba, para legitimarlo y aprobarlo definitivamente, es considerado por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

²⁴⁷ Estado Plurinacional de Bolivia Ley Nº 1139 de 20 de diciembre 2018, Código Procesal Constitucional.

²⁴⁸ Estado Plurinacional de Bolivia, Código Procesal Constitucional. Se modifica el Parágrafo I del Artículo 110 de la Ley Nº 254 de 5 de julio de 2012

Como se puede apreciar el fin declarado de estas modificaciones es clarificar y ordenar el procedimiento para el control constitucional de los tratados internacionales y con ello mejorar el trabajo bajo presión que tuvieron los constituyentes y parlamentarios que aprobaron el texto final de la constitución del 2009, en medio de una convulsión social sin precedentes. Sin embargo, se realizó este cambio porque la presidencia de la Asamblea Legislativa no remitía los Tratados Internacionales al Tribunal Constitucional para el control previo de constitucionalidad previo a la ratificación de los mismos, incumpliendo por seis años el mandato que daba la constitución al respecto y poniendo en entredicho tanto el principio de legalidad interna como la misma validez de los tratados internacionales no aprobados con todas sus formalidades de ley.

Con la modificación efectuada ahora solo se remitirán aquellos tratados cuando existe duda fundada sobre la constitucionalidad parcial o total de dicho tratado internacional, y será obligatorio solo cuando se trate de tratados internacionales relativos a materias previstas en el artículo 257 de la Constitución, así como en el caso de normas de derecho comunitario cuando se trate de instrumentos constitutivos de un organismo internacional de integración.

Artículo 258. “Los procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por Ley”²⁴⁹

El 18 de septiembre 2013 se promulgo la Ley 401 de Celebración de Tratados, respondiendo al mandato constitucional de establecer el procedimiento en cuanto a orden jurídico interno de celebración de tratados internacionales en concordancia al ámbito de aplicación. Donde en lo relacionado a los tratados de derecho comunitario podemos señalar que en cuanto a la validez que se otorga a los tratados de derecho comunitario en base al artículo 410, no se contemplan en la Ley 401 ninguno de los principios de preeminencia, aplicación directa, efecto inmediato y primacía, que son característicos y propios del ordenamiento jurídico del derecho comunitario. Incluso a pesar que sobre estos principios hay una exhaustiva jurisprudencia en el Tribunal de Justicia Andino de la Comunidad.

²⁴⁹ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley 401 de celebración de tratados se promulgo el 2013.

Solo el Reglamento a la Ley de Celebración de Tratados de 2013 trata la cuestión en su artículo 3, literal j, donde define a los organismos supranacionales como:

“...aquellos Organismos Internacionales, en los que sus Estados miembros ceden, transfieren o alteran el ejercicio de parte de sus competencias comprendidas dentro de los poderes soberanos de los Estados” y señala además que: “La normativa que emane del respectivo organismo tendrá directa aplicación, efecto inmediato y obligatoriedad en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación, a menos que señalen una fecha posterior, o bien cuando su texto disponga que requieren de incorporación previa al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se aclarara la fecha de su entrada en vigor en cada país miembro”²⁵⁰

Como se puede advertir este texto se tomó prácticamente en su totalidad del artículo 3 del Tratado de Creación de Tribunal Andino. Y si bien es positivo que el Reglamento a la Ley 401 se refiera al tema, la formulación escogida parece más apropiada a un organismo internacional.

Conforme al Artículo 10. “Los tratados abreviados son aquellos tratados que versan sobre las competencias exclusivas del Órgano Ejecutivo que por su materia no requieren su ratificación por el Órgano Legislativo, cobran vigor a su sola firma. Sin lugar a dudas, la formulación de este artículo está mal por lo que debería derogarse este artículo o reformularlo para adecuarlo a la normativa interna del país de forma adecuada”²⁵¹

La referida Ley, tiene algunos errores en el manejo conceptual y de redacción de los temas, así como antinomias, que requerirán en algún momento una corrección, como, por ejemplo, se habla sobre tratados formales, que deberían llamarse tratados internacionales para dar mayor concordancia con el resto de los artículos constitucionales.

Artículo 259. I. “Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos

²⁵⁰ Reglamento a la Ley de Celebración de Tratados de 2013.

²⁵¹ La ley 410 de celebración de tratados 2013. Artículo 10

registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado internacional”²⁵²

Esta modalidad de control directo de la población en el proceso de formación de tratados internacionales, ha sido objeto de varios cuestionamientos doctrinarios, entre otras cosas, por la falta de preparación del pueblo para expresar un juicio responsable sobre temas tan delicados y la complejidad de la consulta contando con el retraso en la conclusión del tratado internacional.

Argumentos estos que son considerados acertados sobre todo si se tiene en cuenta que a través de él es muy difícil llegar a obtener la verdadera voluntad de la población, que muchas veces no está adecuadamente informada al respecto lo que impide que su voto no sea cien por ciento razonado, y obedezca más a impulsos o impresiones que se tienen del gobierno, que a consideraciones técnicas acerca del contenido del tratado.

Según el artículo 260. I.

“La denuncia de los tratados internacionales seguirá los procedimientos establecidos en el propio tratado internacional, las normas generales del Derecho internacional, y los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley para su ratificación. II. La denuncia de los tratados ratificados deberá ser aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de ser ejecutada por la presidenta o presidente del Estado. III. Los tratados aprobados por referendo deberán ser sometidos a un nuevo referendo antes de su denuncia por la presidenta o presidente del Estado”²⁵³

Artículo 265 I. “El estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y en particular, promoverá la integración latinoamericana. II. El estado

²⁵² Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 259

²⁵³ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 260

fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígenas originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo”²⁵⁴

Este artículo, con una perspectiva internacionalista, es realmente importante porque: “...por primera vez en la historia del constitucionalismo boliviano, se aprueban normas constitucionales conducentes a fortalecer los procesos de integración en la región como un mandato categórico que el constituyente boliviano ha dado al Estado y la ciudadanía...”²⁵⁵

Esta cláusula compromete al Estado y la ciudadanía, impulsar todo tipo de acciones orientadas a fortalecer la integración social, política, cultural y económica, por lo que la constitución boliviana se pone en sintonía con las necesidades del país para enfrentar mejor los efectos negativos de la globalización el subdesarrollo y la dependencia. Es también un importante respaldo constitucional para la aplicación preferente de la normativa comunitaria.

Este artículo constitucional encarna el denominado “poder de integración” para promover las relaciones de integración. Y que junto al artículo 257.II, que hace referencia expresamente a la cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración, permiten el reconocimiento constitucional de las organizaciones supranacionales de integración como la Comunidad Andina de Naciones.

Artículo 266. “Las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración se elegirán mediante sufragio universal”²⁵⁶

Con este artículo Bolivia cumple con la normativa comunitaria andina ya establecida y elige mediante sufragio directo y universal a sus representantes en organismos parlamentarios supraestatales, que son funcionarios públicos de los

²⁵⁴ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 265

²⁵⁵ LONGARIC, Karen. Aspectos jurídicos en los procesos de integración y el derecho comunitario. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés 2017, p.69. Disponible en:

<https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/20148/Longarit.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

²⁵⁶ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 266

procesos de integración. Los primeros asambleístas supraestatales fueron elegidos en las elecciones generales y parlamentarias del año 2014.

Artículo 298. I. “Son competencias privativas del nivel central del Estado: 8. Política exterior”²⁵⁷

En la Ley 401 sobre Celebración de Tratados, el artículo 12, señala que: “1. En concordancia con lo dispuesto en el Artículo 298 de la Constitución Política del Estado, el nivel central del Estado tiene competencia privativa sobre la política exterior, por lo tanto, su legislación, reglamentación y ejecución, no reconocen carácter transferible ni delegable”²⁵⁸. Artículo que está en contradicción con la atribución constitucional del órgano legislativo que les otorga el poder de ratificación de los tratados internacionales y el poder de veto a los embajadores nominados por el órgano ejecutivo.

Artículo 410.II

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales
3. Les leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”²⁵⁹

En esta cláusula se define el rango normativo, la eficacia jurídica y el valor jurídico de la Constitución.

²⁵⁷ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 298

²⁵⁸ Ley 410 de celebración de tratados se promulgo el 2013, artículo 12

²⁵⁹ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 410.II

Bolivia al haber suscrito y ratificado el Acuerdo de Cartagena y por ende el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, conforme el artículo 410.II, ha incorporado el ordenamiento andino a la Constitución a través de la inserción al bloque de constitucionalidad, por voluntad expresa del poder constituyente boliviano.

La incorporación de las normas del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad trajo cosas positivas como el que muchos abogados y jueces se enteraron que además de las normas nacionales deberían aplicar las normas internacionales en sus fallos. Pero entre los aspectos negativos se podría dar lo que se ha denominado en la doctrina como un choque de trenes en el sentido de que un juez constitucional al tener dos normas del mismo nivel constitucional en un ejercicio hermenéutico de ponderación podría preferir aplicar una norma nacional en vez de la comunitaria con lo que podría generar responsabilidad al Estado.

Lo que es importante señalar al analizar este artículo es que las normas del derecho comunitario como tienen rango constitucional, al ser consideradas parte del bloque de constitucionalidad, mientras que el resto de tratado solo se les reconoce jerarquía supralegal. Es decir, inferior a la constitución, pero superior a las leyes. Esta fue la voluntad del constituyente boliviano.

Disposición transitoria novena: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En un plazo de cuatro años, desde la elección del nuevo órgano ejecutivo, este denunciara y, en su caso, renegociara los tratados internacionales que sean contrarios a la constitución”²⁶⁰

Al no haberse manifestado el Tribunal Constitucional en contra o haberlos denunciado se supone que todos los tratados anteriores al 2009, especialmente los de integración, han sido aceptados por el nuevo orden constitucional y están vigentes plenamente en el ordenamiento jurídico nacional.

En el caso boliviano, según la opinión de los profesores Tremolada y Martínez:

²⁶⁰ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia. Disposición transitoria Novena.

“...la diferencia entre jerarquía y aplicación está perfectamente delimitada en el texto constitucional, sin que quepa duda alguna sobre la supremacía constitucional, la cual convive sin pasiones, pero tampoco contradicciones, con la primacía del derecho comunitario”...“Cabe destacar la utilización concreta del verbo aplicar, que elude conscientemente cualquier referencia a la jerarquía; puesto que es la Constitución la que determina esta aplicación, es la propia Constitución la fuente de legitimidad del efecto primario y, por lo tanto, la norma jerárquicamente superior, tal como establece el artículo 410, cuando determina los criterios de jerarquía...”²⁶¹

Sin duda la noción de bloque de constitucionalidad permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de la prevalencia de los tratados de derecho comunitario en el orden interno y de la supremacía de la constitución. Al formar ambos conceptos el bloque de constitucionalidad, se armoniza el principio de supremacía constitucional con el de la prevalencia de los tratados de derecho comunitario.

Por ello se habla de que el derecho de la integración goza de primacía frente al derecho interno, siempre y cuando la Constitución así lo determine, a través de las cláusulas de apertura y de forma limitada por la cesión expresa de las competencias transferidas soberanamente a las instancias supranacionales, en concordancia también con el derecho internacional general y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que garantizan que la norma internacional se aplica con preferencia al derecho interno, incluso de la propia constitución.

El profesor Horacio Andaluz señala lo siguiente:

“...la Constitución de 2009 arrastra la herencia dualista de la Constitución de 1826”, aunque, según establece él mismo, la Asamblea Constituyente adopto en determinado momento la tendencia monista...el texto del articulado decía que las normas de derecho internacional que obligan al Estado integran el derecho nacional. Una vez en vigor según sus propias disposiciones, los

²⁶¹ TREMOLADA ALVAREZ, Eric y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Jerarquía constitucional y Aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derecho e integración. *Revista Universitas*, 2014. N° 128, p.86. ISSN: 0041-9060. doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jcap.

tratados en que Bolivia es parte establecen derechos y deberes de aplicación directa...”²⁶²

A propósito del Derecho comunitario derivado, según el artículo 410.II (norma incorporante), el requisito para que una norma integre el bloque de constitucionalidad es que haya sido ratificada por el país. En el lenguaje de la Constitución dice Andaluz: “...la ratificación significa: i) el acto de Derecho interno mediante el cual el órgano legislativo autoriza al ejecutivo a celebrar tratados (artículo 158.I.14); ii) el acto de Derecho internacional que expresa la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse convencionalmente ante sus pares (artículo 255.I); y iii) la incorporación de los tratados al Derecho interno, para que sean aplicables en este orden (artículo 257.I)”²⁶³

Tratándose de normas de Derecho comunitario derivado debe tenerse en cuenta que su formación y eficacia en el Derecho interno dependerá de lo pactado en los tratados constitutivos pertinentes, que bien pueden disponer que tengan eficacia directa o que primero deban ser incorporadas formalmente al orden interno.

Por tanto, “exigir para las normas de Derecho comunitario derivado el cumplimiento de requisitos distintos a los convenidos en los tratados de Derecho comunitario originario, supondría: i) comprometer la fe internacional del Estado en la medida de la violación que hubiese al tratado; y ii) violentar la propia Constitución, porque como el Derecho comunitario originario forma parte del bloque de constitucionalidad, incumplir sus normas implica violentar la norma incorporante (artículo 410.II)”²⁶⁴

Para tomar el caso de la Comunidad Andina de Naciones, según Andaluz:

“...los artículos 17 y 21 del Acuerdo Subregional Andino ("Acuerdo de Cartagena") atribuyen, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión de la Comunidad Andina, competencia para emitir Derecho comunitario derivado en la forma de Decisiones, las mismas que

²⁶² ANDALUZ, Horacio. La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución Boliviana del 2009. *Vniversitas*, 2010, N° 120. pp. 17-60, ISSN: 0041-9060. Disponible en: <https://revistas.iaveriana.edu.co/index.php/vnijiuri/article/download/14446/11647>

²⁶³ Ídem. 2010, p.34

²⁶⁴ Ídem. 2010, p.36

forman parte del ordenamiento jurídico andino (artículos 17 y 25). Como miembro de la Comunidad Andina, Bolivia es parte del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de su "Protocolo Modificador", (Derecho comunitario originario), del que interesan: i) el artículo 1.c, que reitera que las decisiones del Consejo Andino y de la Comisión forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad; ii) el artículo 2, que dispone que las decisiones obligan a los Estados miembros desde la fecha de su aprobación por el órgano que las emitió; y iii) el artículo 3, que reconoce a las decisiones eficacia directa en los países miembros a partir de su publicación, excepto cuando su propio texto disponga que para ser aplicable es necesaria su incorporación en el Derecho interno mediante acto expreso..."²⁶⁵

Por lo que se establece que siempre y cuando no se trate de esta excepción, las decisiones de los órganos supranacionales de la Comunidad Andina integran el bloque de constitucionalidad sin necesidad de ratificación.

Por otra parte, "en lo que se refiere a la posición de los tratados en el sistema jurídico, el texto expreso de la Constitución plantea una antinomia: por un lado, dice que los tratados se aplican con preferencia a las leyes (artículo 410.II), rango constitucional, pero, por otro lado, también dice que los tratados tienen rango de ley (artículo 257.I), y tendrían rango supra legal los tratados sobre las materias listadas en el artículo 257.II"²⁶⁶

Como se pudo observar la referencia a la ratificación genera confusión puesto que este concepto tan importante en el sistema jurídico nacional se emplea el termino ratificación indistintamente, tanto para el acto de aprobación interna de un tratado por parte del órgano legislativo, como para el acto posterior a cargo del órgano ejecutivo, para manifestar la voluntad del Estado en obligarse por el tratado. A pesar de que el tema ha sido lo suficientemente estudiado por la doctrina nacional e internacional.

²⁶⁵ Ídem 2010, p.50.

²⁶⁶ Ídem 2010, p.59.

Estas lamentables y frecuentes imprecisiones son producto de la falta de conocimiento exacto de los conceptos y doctrina que se emplean en el ámbito internacional y que pueden acarrear problemas para la aplicación e interpretación de las normas llegando incluso a generar responsabilidad del Estado por su mala utilización. Lo que se hace urgente y necesario fomentar desde el Estado y la academia la enseñanza y difusión del derecho comunitario en todas las facultades de derecho, Escuela de Jueces, órganos jurisdiccionales y todos los ámbitos académicos y profesionales para formar a los abogados del país con los conocimientos doctrinales y jurisprudenciales necesarios para aplicar correctamente la normativa internacional.

Como dato se puede mencionar que la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, lamentablemente, no cuenta en su pensum oficial del 2017, vigente actualmente, con una materia exclusiva en derecho comunitario o derecho de la integración, lo cual puede subsanarse, en parte, llevando a cabo seminarios internacionales, congresos y conferencias magistrales sobre el tema de la integración, que como evidenciamos en la tesis es un objetivo fundamental de la política exterior y la geopolítica boliviana.

2.3 Constituciones países miembros Comunidad Andina.

Para concluir con el capítulo sobre legislación comparada, a fin de contextualizar en el plano internacional y contar mayores elementos de juicio es necesario un recorrido con otras legislaciones con el objetivo de analizar semejanzas y diferencias con los ordenamientos jurídicos de Bolivia y Ecuador respecto a la primacía del derecho comunitario, corresponde, por tanto, el análisis de todas las otras Constituciones Políticas de los Estados que forman parte de la Comunidad Andina de Naciones, en primera instancia, para posteriormente hacer lo mismo con otras dos constituciones europeas de Alemania y España, las mismas que con el transcurso del tiempo han ido incorporando enunciaciones y declaraciones expresas sobre la primacía del derecho comunitario, de adhesión a principios

internacionales y de aceptación de los procesos de integración e incluso aceptación expresa de un orden jurídico supranacional, tal como pasamos a constatar, fundamentalmente, en los siguientes textos fundamentales.

2.3.1 Constitución Política de Colombia 1991

Contempla dentro de su normativa aspectos que en general, favorecen la posibilidad de pertenecer a esquemas de integración y de formar parte de órganos supranacionales.

En su preámbulo y en ejercicio de su poder soberano manifiesta que: "El pueblo de Colombia está comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta"²⁶⁷

El artículo 9 párrafo primero señala: "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto de la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe"²⁶⁸

En lo que toca a las funciones del Congreso, el artículo 150 numeral 16 de la legislación colombiana deja establecida la facultad de delegar ciertas competencias cuyo objetivo sea la integración, al establecer:

"Aprobar e improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones que tengan por objeto consolidar la integración económica con otros Estados"²⁶⁹

²⁶⁷ Constitución Política de Colombia 1991, preámbulo.

²⁶⁸ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 9.

²⁶⁹ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 150

Tal como acontece con las Constituciones analizadas anteriormente, otorga a su presidente en el artículo 189 numeral 2 las facultades de: "Dirigir las relaciones internacionales...y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso"²⁷⁰

De igual manera esta norma en el capítulo 8 sobre sus Relaciones Internacionales, el artículo 224 establece:

“Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”²⁷¹

Condicionando que cualquier tratado para que tenga validez debe ser aprobado por el Congreso, otorgando al presidente de la República la posibilidad de dar aplicación provisional de algún tratado cuya naturaleza sea económica o comercial emergentes de un organismo internacional.

Dentro de este mismo capítulo 8, el artículo 226 señala que: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”²⁷²

El Artículo 227 ratifica la posición a favor de la integración señalando:

“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que, sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá

²⁷⁰ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 189

²⁷¹ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 224

²⁷² Constitución Política de Colombia 1991, artículo 226

establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano"²⁷³

Es importante señalar que la Constitución colombiana ha sido el referente más adecuado para permitir el desarrollo de los procesos de integración enmarcados en la constitución siguiendo la doctrina europea, lo que no es otra cosa que seguir un mandato constitucional pro integración reflejado desde el mismo preámbulo de dicha constitución.

2.3.2 Constitución Política del Estado del Perú 1993

La Constitución del Perú, promulgada el 20 de diciembre de 1993, en su preámbulo no hace referencia a la integración, pero dentro de sus disposiciones contempla normas relativas a la integración e incluye en su ordenamiento jurídico las que emergen del Derecho Comunitario, además de contar con otras estipulaciones sobre el tema.

El artículo 44 relativo a los deberes primordiales del Estado señala: “Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior” ²⁷⁴

El capítulo II relativo a los tratados en su artículo 55 señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”²⁷⁵

Este artículo no precisa cuál será su rango y confunde considerar celebración como sinónimo de ratificación. Por ello, el Tribunal Constitucional Peruano ha tenido que participar corrigiendo tal situación precisando en ese sentido que los tratados internacionales a los que pertenece el Estado peruano, son Derecho válido, eficaz y aplicable al interior del Estado.

Artículo 56 indica:

²⁷³ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 227

²⁷⁴ Constitución Política del Estado del Perú 1993, artículo 44

²⁷⁵ Constitución Política del Estado del Perú 1993, artículo 55

“Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”²⁷⁶

El artículo 57 establece: “El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso”²⁷⁷

Sin duda, la constitución peruana debe ponerse a tono en una próxima reforma constitucional, con los avances en las cláusulas de apertura constitucional al derecho comunitario, alcanzados por el resto de países que conforman la Comunidad Andina.

2.4 Análisis comparado disposiciones constitucionales sobre integración en la Comunidad Andina.

El análisis de las cuatro constituciones, nos permite llegar a las siguientes conclusiones.

La Constitución de Bolivia reconoce expresamente al Derecho comunitario con su calidad de disciplina especializada internacional, le otorga rango constitucional. Las constituciones de Colombia, Ecuador y Perú, en cambio, no reconocen expresamente al Derecho comunitario, sino solo por vía indirecta, es decir, a través del reconocimiento que hacen al Derecho internacional.

²⁷⁶ Constitución Política del Estado del Perú 1993, artículo 56

²⁷⁷ Constitución Política del Estado del Perú 1993, artículo 57

Revisado el mandato constitucional pro integración andino, deducimos que el constitucionalismo andino adopta varias posiciones frente al Derecho de la Comunidad para fijar su jerarquía, lo que al final se traduce en diversos grados o niveles dentro de los sistemas de fuentes nacionales, así: el mayor nivel es detentado definitivamente por la Constitución boliviana, el nivel siguiente por la de Ecuador, ya que deja a salvo al Derecho internacional de posibles modificaciones por vía legislativa y, los más bajos niveles corresponderían a las constituciones de Colombia y Perú.

Algo que debemos rescatar de las constituciones de Colombia y Ecuador es que la primera, “se asemeja más al espíritu que plantea la nueva constitución ecuatoriana en el ámbito internacional y, por lo tanto, si tiene algún grado de declaración de principios que tienen que ver con las relaciones internacionales entre los estados”²⁷⁸

La constitución de Montecristi del Ecuador tiene el mayor desarrollo de las relaciones internacionales. El resto tiene implícitos los principios, que ya han sido enunciados y ratificados en la Carta de Naciones Unidas, instrumento internacional del cual todos los países andinos son signatarios.

Bolivia y Ecuador tienen un detalle extenso e innecesario de principios rectores de las relaciones internacionales que pueden limitar la capacidad de conducción y funcionalidad de la política exterior y la política de integración por parte de los presidentes.

La atribución y responsabilidades sobre la conducción de la política exterior en todos los casos analizados se asientan en el presidente de la República, quien ejerce la conducción, liderazgo e iniciativa en política exterior del Estado. Sin embargo, “en la mayoría de constituciones se establecen contrapesos, para disminuir las excesivas facultades presidenciales en este campo. El primero de ellos es la aprobación del Congreso para el nombramiento de los jefes de misiones

²⁷⁸JARAMILLO, Grace. Las relaciones internacionales en América Latina: una amalgama de nuevos enfoques y nuevos actores. En: JARAMILLO, Grace (comp). *Relaciones Internacionales: los Nuevos Horizontes*. Quito: FLACSO Ecuador. 2009, pp. 11-26. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/52350.pdf>.

diplomáticas y el segundo contrapeso es la aprobación o no de tratados internacionales”²⁷⁹

En el caso ecuatoriano la constitución no establece contrapesos en el tema de los nombramientos diplomáticos otorgándole total potestad al presidente de la República, a diferencia de Bolivia, donde el Senado tiene la atribución de: “aprobar o negar el nombramiento de embajadores y Ministros Plenipotenciarios propuestos por el presidente del Estado”²⁸⁰

En la constitución ecuatoriana el tema de la integración latinoamericana tiene un capítulo aparte en cuatro artículos. En el artículo 423 se establecen las prioridades estratégicas de la integración y el inciso 7 dice: “se favorecerá la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformada por estados de América Latina y el caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional” ²⁸¹

En el capítulo de las relaciones internacionales en las constituciones de Bolivia y Ecuador, hay un extremo sesgo ideológico sobre las amenazas externas a la soberanía e independencia de los países, que afectan profundamente la visión estratégica que debe tener la política exterior hacia la integración andina y latinoamericana, como única posibilidad de defensa, para enfrentar con éxito los efectos nocivos de la globalización mundial y el subdesarrollo.

Asimismo, es importante destacar con preocupación la visión de desconfianza hacia las relaciones internacionales, sobre todo a las relaciones económicas internacionales, que ciertamente están estrechamente vinculadas al proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones.

²⁷⁹ Ídem, 2009, p.23.

²⁸⁰ Constitución Política del Estado 2009. Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 160 inciso 9.

²⁸¹ Constitución de la Republica del Ecuador 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión Profesional, artículo 423.inciso 7

CUADRO 1: CLÁUSULA DE APERTURA CONSTITUCIONALES BOLIVIA Y ECUADOR

País/año	Referencia en el preámbulo	Referencia expresa o directa a Latinoamérica	Referencia indirecta a un ente supranacional	Determina el alcance de los tratados
ECUADOR 2008	Si Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana ...	Art. 423. 7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformada por Estados de América Latina y del Caribe. Arts. 276.5 Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional...	Art. 416.11 Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica.	Art. 417 Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: Art. 419. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio Art. 419. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. Art.422 No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. Art.425 El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales... Art. 438. 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
BOLIVIA 2009	NO	Art. 265.I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.	Art. 257. II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. Artículo 266. Las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración se elegirán mediante sufragio universal	Artículo 255.I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo. Artículo 257. I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.

				<p>Artículo 258. Los procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por la ley.</p> <p>Artículo 259.I. Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado.</p> <p>II. El anuncio de convocatoria a referendo suspenderá, de acuerdo a los plazos establecidos por la ley, el proceso de ratificación del tratado internacional hasta la obtención del resultado.</p> <p>Artículo 260. I. La denuncia de los tratados internacionales seguirá los procedimientos establecidos en el propio tratado internacional, las normas generales del Derecho internacional, y los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley para su ratificación. III. Los tratados aprobados por referendo deberán ser sometidos a un nuevo referendo antes de su denuncia por la Presidenta o Presidente del Estado.</p> <p>Art. 410.II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales...</p> <p>Otorga jerarquía normativa constitucional al derecho comunitario andino.</p> <p>DISPOSICIONES TRANSITORIAS</p> <p>Novena.</p> <p>Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.</p>
--	--	--	--	--

<p>COLOMBIA 1991</p>	<p>SI El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente.</p>	<p>Art. 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.</p>	<p>Art.227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano. Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.</p>	<p>Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia</p>
<p>PERU 1993</p>	<p>NO</p>	<p>Art.44. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y</p>	<p>NO</p>	<p>Artículo 55. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Art.56.2 Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. Art.57. El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo</p>

		<p>ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.</p>		<p>precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.</p>
--	--	---	--	---

Fuente: elaboración propia, conforme a la normativa vigente a diciembre de 2019.

2.5 Disposiciones constitucionales sobre integración en la Unión Europea

En Europa, según Vanossi y Dalla:

“...la formación de un verdadero derecho comunitario, diferente del derecho del estado parte, constituye una realidad que permite visualizar en distintas manifestaciones el tránsito desde los distintos Estados de Derecho hacia una única Comunidad de Derecho preservada por órganos comunitarios entre los que ha tenido especial relevancia el Tribunal de Luxemburgo. La legislación de los distintos países no solo se ha armonizado, sino que en algunos temas esta unificada. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...) en el dictamen 1/91 indico que los tratados comunitarios pese a estar concluidos bajo la forma de tratados internacionales, constituyen sin embargo la carta constitucional de una comunidad de Derecho y ya con anterioridad, la sentencia del 23 de abril de 1986 había señalado (...) la comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho en tanto que ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de la conformidad de sus actos a la carta constitucional de base que es el tratado...”²⁸²

Los europeos han sido muy prolijos al establecer cláusulas constitucionales de apertura del derecho comunitario al derecho interno de sus países miembros. Esto ha permitido que la cesión de competencias soberanas a los órganos comunitarios tenga un marco constitucional.

2.5.1 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949

Promulgada en 23 de mayo de 1949 y reformada en 27 de octubre de 1998, es más conocida como Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.

²⁸² VANOSSO, Jorge y DALLA, Alberto. *Régimen constitucional de los tratados*. Segunda Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p.112. ISBN: 950-20-1291-7.

Contiene normas que dan apertura a la integración, consiguientemente al Derecho Comunitario supranacional, aunque en este tema no es del todo explícita, cuando contempla la posibilidad de transferir por ley, derechos de soberanía a instituciones internacionales y la exigencia inmediata del cumplimiento de las normas que éstas dicten.

En la parte introductoria contiene un acápite denominado Génesis, Ámbito de Validez, Integración Internacional y hace una relación cronológica de la participación alemana en los diversos procesos de integración existentes en Europa.

Posteriormente, señala las siguientes disposiciones legales, artículo 23:

"Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la Ley Fundamental" ²⁸³

Con la entrada de Alemania en la UE, dicho precepto constitucional resultó insuficiente, hasta la firma del Tratado de Maastricht de 1992, donde se reformó el artículo 23, para convertirlo en la cláusula de apertura a Europa. De este modo, este precepto es el nexo entre el ordenamiento jurídico comunitario y el derecho interno alemán.

El artículo 24 puntualiza "La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales" ²⁸⁴

Lo cual permitió a través de las Leyes de Adhesión de 27 de julio de 1957, la incorporación de Alemania a las Comunidades Europeas, y con ello, que el Derecho europeo tuviera efectos dentro el territorio alemán.

²⁸³ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 mayo 1949, Editado por el Parlamento alemán, Berlín 2021 artículo 23.

²⁸⁴ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 mayo 1949, Editado por el Parlamento alemán, Berlín 2021 artículo 24; "[Instituciones interestatales] (1) La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales"

La Ley Fundamental si bien contenía desde su inicio, el artículo 24, como cláusula de apertura para conseguir la integración en organizaciones supranacionales.

En el artículo 25, dispone: "Las reglas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal"²⁸⁵

Con lo cual, el ordenamiento jurídico alemán se convirtió, en un ordenamiento abierto al Derecho Europeo por una cláusula constitucional, que permitió que el Derecho Comunitario tenga primacía sobre el derecho interno alemán. Es un artículo con el cual además de incorporar directamente las normas internacionales a su derecho interno está determinando de manera expresa la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

En cuanto a la representatividad internacional de la Federación, el artículo 59 señala: "El Presidente Federal representa a la Federación en el plano internacional. En nombre de la Federación concluye los tratados con Estados extranjeros. Acredita y recibe a los representantes diplomáticos"²⁸⁶

El texto constitucional alemán, otorga al Presidente Federal esas atribuciones, que además tiene la potestad de concluir los tratados internacionales con otros Estados.

Finalmente, en su artículo 73, manifiesta que: "...corresponde a la Federación la legislación exclusiva, sobre las siguientes materias, entre otras: 1. Los asuntos exteriores". 5. "la unidad aduanera y comercial, los tratados de comercio., el intercambio comercial y financiero con el extranjero..."²⁸⁷

Esta última clausula evidencia la potestad que tiene la Federación para legislar sobre las formas o grados que adquiere un proceso de integración supranacional al referirse a la unión aduanera.

²⁸⁵Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 mayo 1949, Editado por el Parlamento alemán, Berlín 2021, artículo 25

²⁸⁶Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 mayo 1949, Editado por el Parlamento alemán, Berlín 2021, artículo 59

²⁸⁷Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 mayo 1949, Editado por el Parlamento alemán, Berlín 2021, artículo 73

Además, hace mención también a todo tratado de comercio que pudiera existir como emergencia de su política de integración. Para concluir con el análisis del Texto Fundamental alemán conviene citar lo expresado por Patricia Luíza Kegel, cuando analiza la posición dualista entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional e indica: "Alemania, también observa estrictamente la teoría constitucionalista en relación con los Tratados Internacionales, que condiciona su validez a la incorporación a las disposiciones constitucionales internas"²⁸⁸

La formulación alemana es, sin duda, la más prolija para garantizar el respeto de la constitución y la soberanía del pueblo alemán al traspasar o ceder competencias a poderes públicos de organizaciones internacionales supranacionales para que se apliquen en el ordenamiento jurídico interno.

2.5.2 Constitución de España 1978

Se determino utilizar el caso de España por la tradición ligada a la realidad de nuestros países que tiene un fuerte vínculo histórico por la herencia cultural e idiomática.

El texto contiene, además de disposiciones vinculadas a los procesos de integración europeos, elementos jurídicos que lo adecuan a los avances que este proceso tuvo y tiene en el continente europeo, al delegar también competencias a órganos supranacionales, tal como se refiere el capítulo tercero sobre los Tratados Internacionales en el artículo 93, señala que:

"Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de los tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución"²⁸⁹. Continúa la disposición

²⁸⁸KEGEL, Patricia. Las Constituciones Nacionales y los Procesos de Integración Económica Regional. En: Fundación Konrad Adenauer Stiftung. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1999, pág. 298.

²⁸⁹ Constitución española 1978, artículo 93.

legal indicando que es de competencia de las Cortes Generales o del Gobierno español: "...la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales"²⁹⁰

En el Artículo 94 de la Constitución española establece asimismo que:

"1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. 2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios"²⁹¹

El artículo 95 se refiere a que: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción"²⁹²

Por su parte, el artículo 96, otorga la seguridad jurídica necesaria a los sujetos de un proceso de integración cuando se refiere a la incorporación de los tratados al derecho nacional, al señalar que: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento jurídico interno..."²⁹³

²⁹⁰ Constitución española 1978, artículo 93.

²⁹¹ Constitución española 1978, artículo 94.

²⁹² Constitución española 1978, artículo 95

²⁹³ Constitución española 1978. artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

Producida la integración debe destacarse que la Constitución ya no es el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.

El Tribunal Constitucional español adoptó una postura análoga a la del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el conocido caso Solange II²⁹⁴, una solución donde se buscó mitigar la cuestión de fondo separando las nociones de primacía y supremacía, como categorías que se desenvolverían en órdenes diferentes. Así, determinó que la primacía no debe entenderse cómo superioridad jerárquica, sino como la capacidad de desplazar otras normas internas en virtud de una aplicación preferente en un ámbito concreto.

2.5.3 Análisis comparado disposiciones constitucionales Alemania y España.

Se advierte una similitud general entre las disposiciones de las dos constituciones en lo que hace a la incorporación y relación ulterior del derecho interno con el derecho internacional. (Infra constitucional).

Asimismo, rescatamos la coincidencia en estas normas en cuanto a requisitos y efectos sobre modos de aprobación de tratados y publicación para surtir efectos jurídicos a nivel comunitario. Sin embargo, es clara la ausencia de disposiciones constitucionales referidas a la problemática central, es decir que las mismas no alcanzan para esclarecer la relación entre ordenamientos.

Según la tesis de Azpitarte Sánchez sobre: “la falta de resolución de las articulaciones de los ordenamientos nacionales con el comunitario. Si bien esto no

²⁹⁴ Caso Solange II: Donde la autoridad del TJUE en Alemania fue aceptada por el Tribunal Federal, siempre que las sentencias del TJCE se ajustaran a los principios de la legislación nacional alemana.

es ninguna novedad, al mismo tiempo no se debe dejar de hacer énfasis en esa indeterminación para paliar y prevenir controversias”²⁹⁵

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 30 de junio 2009, con relación a esta zona de indeterminación del principio de primacía, resolvió que: “...con la declaración no.17 en cuento a primacía, no reconoce una primacía absoluta de la aplicación del Derecho de la Unión, lo que sería constitucionalmente objetable, sino que simplemente confirma la situación jurídica tal como ha sido interpretada por el Tribunal...”²⁹⁶

En ese sentido, la resolución confirmó, “que la primacía de la aplicación del derecho de la Unión sólo se aplica en virtud, y en contexto, de la autorización constitucional, que sigue en vigor”²⁹⁷. Es decir, que más allá de las indeterminaciones constitucionales y de las sentencias del TJUE, el TCFA relativizó el alcance de la primacía del derecho comunitario.

Hasta ahora según la perspectiva alemana de Arnold Reiner, “la autonomía y la primacía del derecho comunitario encuentra su razón de validez en un acto interno de cada estado”²⁹⁸

Con lo que concluimos que los Estados se siguen mostrando sumamente celosos y cuidadosos al momento de ceder o transferir parte de sus competencias soberanas a un organismo de integración supranacional, tanto en lo que respecta a la Unión Europa como en lo que acontece en la Comunidad Andina.

²⁹⁵ AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. Los derechos fundamentales de la unión en busca de un nuevo equilibrio. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, N°104, pp. 243-268. ISSN: 0211-5743. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/download/39676/22371>

²⁹⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009c, parágrafo 332. Sentencia de la Corte Constitucional Federal Alemana.

²⁹⁷ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009c, parágrafo 240. Sentencia de la Corte Constitucional Federal Alemana.

²⁹⁸ REINER, Arnold. El Tratado de reforma de Lisboa: algunas reflexiones desde la perspectiva alemana. *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)* 2008, N° 9, p.98. ISSN: 1697-7890. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/08RainerArnold.htm#dos>.

CUADRO 2. CLÁUSULAS DE APERTURA CONSTITUCIONES ALEMANIA Y ESPAÑA

País/Año	Referencia en el preámbulo	Referencia expresa o directa a Europa	Referencia indirecta a un ente supranacional	Determina el alcance de los tratados
<p>ALEMANIA 1949 reformada el 1992 Ley Fundamental de Bonn</p>	<p>SI</p> <p>Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida.</p> <p>PREÁMBULO (Modificado 31/08/1990)</p>	<p>Artículo 23 (Modificado 21/12/1992)</p> <p>1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.</p> <p>2. En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el Bundestag y los Länder a través del Bundesrat. El Gobierno Federal deberá informar en detalle y con la menor dilación al Bundestag y al Bundesrat.</p> <p>3. Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al Bundestag la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del Bundestag en las negociaciones. La regulación se hará por una ley.</p>	<p>Artículo 24</p> <p>1. La Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales.</p> <p>1a. En tanto los Länder son competentes para el ejercicio de poderes y el cumplimiento de tareas estatales, pueden, con la aprobación del Gobierno Federal, transferir derechos de soberanía a instituciones regionales transfronterizas. (Añadido 21/12/1992)</p> <p>2. La Federación podrá encuadrarse en un sistema de seguridad colectiva y recíproca para la salvaguardia de la paz y consentirá con este motivo en las limitaciones a sus derechos de soberanía que sean susceptibles de conducir a un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo y de garantizar dicho orden.</p> <p>3. La Federación se adherirá, para la solución de conflictos internacionales, a las convenciones sobre una jurisdicción de arbitraje internacional de ámbito general y obligatorio.</p> <p>Art. 25 Las normas generales del derecho de gentes constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.</p>	<p>Artículo 59</p> <p>1. El Presidente Federal representa a la Federación en el orden del Derecho internacional. En nombre de la Federación concluye los tratados con Estados extranjeros, acredita y recibe a los Ministros plenipotenciarios.</p> <p>2. Los tratados que regulan las relaciones políticas de la Federación o se refieren a materias de la legislación federal requieren la aprobación o intervención, a través de una Ley Federal, de los respectivos órganos competentes de legislación federal.</p>

España 1992	NO	<p>Art. 93 Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.</p> <p>Artículo 94. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.</p> <p>El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenio.</p>		<p>Art. 95. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.</p> <p>El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.</p> <p>Art. 96. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.</p> <p>Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.</p>
----------------	----	---	--	---

Fuente: elaboración propia, conforme a la normativa vigente.

3. Estudio comparado jurisprudencia internacional y nacional de la primacía.

3.1 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Es con las citadas sentencias Van Gend / Loos de 1963 y Costa/ENEL de 1964 que se empiezan a desarrollar una jurisprudencia que crea una comunidad de derecho en el marco del proceso de integración europeo. Pero es recién hasta la sentencia Simmenthal del año 1978, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea establece con carácter general, incorporando, precisando y reforzando decisiones anteriores, el marco del principio de primacía que nos interesa en la presente tesis.

Así, la norma comunitaria ha de aplicarse con preferencia a cualquier norma interna, con independencia de su rango y de su condición anterior o posterior. Según la doctrina europea contenida en las primeras sentencias fundadoras, el juez nacional está obligado a no aplicar de oficio cualquier norma interna que se oponga al derecho comunitario. Por otra parte, la adopción de una norma comunitaria produce un efecto futuro, esto es, que se impide la producción de nuevas normas internas incompatibles con ellas. Según Tremolada:

“Las reticencias de algunos estados miembros de las comunidades europeas y las dificultades que inicialmente plantearon sus tribunales constitucionales, frente a los efectos inmediatos de un derecho comunitario que, en su conjunto, sería jerárquicamente superior a los ordenamientos internos, fueron superados gracias a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”²⁹⁹

Ahora en la Unión Europea y en la doctrina ya nadie discute sobre la plena vigencia y validez de los principios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía del derecho comunitario, debido al desarrollo de una línea jurisprudencial generada

²⁹⁹ TREMOLADA, Eric. Aplicación del derecho andino en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela frente a la experiencia europea. *Revista OASIS*, 2005, N°11, p.22. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/2398/2038>.

desde el nacimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hoy en día denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La teoría adoptada por el TJUE desde la sentencia Van Gen& Loos ha construido y repetidamente reafirmado el principio de primacía y eficacia directa del Derecho de la UE sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

3.2 Jurisprudencia de la Unión Europea

El proceso integracionista más avanzado en el mundo es el de la actual unión europea que ha logrado convertirse en modelo universal de integración. Después de más de 70 años de integración se ha consolidado una comunidad normativa más sólida en lo normativo e institucional. Para analizar esta jurisprudencia se hace necesario un seguimiento cronológico de las resoluciones más importantes que abordan fundamentalmente el principio de primacía del derecho comunitario, así como otros principios íntimamente relacionados a este.

En el siglo XXI, los procesos de cooperación económica creados a mediados del siglo XX, hace aproximadamente 70 años, han superado límites comerciales avanzando hacia una comunidad de derecho más sólida en lo normativo e institucional, dejando pendiente la unificación política para el futuro, tras la reprobación del proyecto de Constitución Europea manifestada vía referéndum por importantes países de la unión, como Francia y Holanda.

No obstante, el inconveniente de la Constitución Europea que trató de recuperarse en el Tratado de Lisboa de 2007, el proceso integracionista más avanzado en el mundo es el de la actual Unión Europea que ha logrado convertirse en modelo universal de integración.

Ahora intentaremos desarrollar cronológicamente las resoluciones más importantes que abordan el principio de primacía y otros principios fundamentales del derecho comunitario:

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Van Gend & Loos, del 5 de febrero de 1963.

Desde principios del proceso de integración, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, estableció una sólida línea jurisprudencial en la que diferenciaba el derecho comunitario como un ordenamiento jurídico propio, independiente de los Estados, que estos debían cumplir; solo así podría realmente generarse legislación supranacional en el contexto firmado en los tratados.

“[Se pide al TSJ emitir una] decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

1) Si el artículo 12 del Tratado CEE tiene efecto interno, o dicho, en otros términos, si los justiciables pueden invocar, basándose en dicho artículo, derechos individuales que el Juez deba proteger. [El tribunal responde] 3.- La Comunidad Económica Europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en ámbitos restringidos, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”³⁰⁰

Es importante hacer notar cómo el TJCE, se expresa llanamente afirmando que la soberanía de los Estados miembros está debilitada por un nuevo y superior ordenamiento comunitario, también es relevante la aseveración de ese Tribunal de Justicia, en cuanto a la posibilidad de aplicación directa de las normas comunitarias y su exigibilidad inmediata por sus ciudadanos.

Asimismo, es importante observar la importancia de que el TJCE reconoce a un particular la posibilidad de invocar un principio del TCE y pretender su aplicación directa.

Este es el primer antecedente que previene a los Estados miembros de la magnitud jurídica contenida en la superestructura comunitaria, un aviso temprano del desarrollo paulatino de un derecho propio que no admite subordinación a otros sistemas normativos, más al contrario, anuncia la "limitación" de la soberanía y -por ende- de la supremacía estatal.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Van Gend & Loos, del 5 de febrero de 1963.

En esta sentencia, se puede apreciar muy bien que, el TJCE afirma de forma categórica que la comunidad europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Costa/ENEL, 15 de julio de 1964.

El TJUE desarrollo el principio de primacía del derecho comunitario en el caso Costa/ENEL En dicha sentencia se indica que:

“...al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado”³⁰¹

El TJUE establece claramente el principio de primacía del derecho comunitario argumentando primero que, si un Estado pudiera saltarse la aplicabilidad inmediata y directa del derecho comunitario, este mismo derecho seria letra muerta, segundo, la competencia que se la da a la comunidad para limitar los derechos soberanos de los Estados miembros y, tercero, la aplicación uniforme del derecho comunitario.

³⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, p.15

La existencia de este ordenamiento jurídico autónomo, creado por instituciones comunitarias, requería de la aplicación del principio de primacía del derecho de la integración. Por eso en esta sentencia se reconoce oficialmente la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno.

La transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación de su soberanía.

En esta sentencia se coloca énfasis en el carácter nuevo del derecho comunitario sin situarlo en el derecho internacional al declarar que es un ordenamiento jurídico propio creado por los tratados e integrado en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros.

El fundamento de la primacía no reside en los preceptos constitucionales de cada Estado miembro sino en la naturaleza y en los propios caracteres del proceso de la integración europea. El TJCE no funda la primacía del derecho comunitario en los preceptos constitucionales de recepción y jerarquía de los tratados internacionales sino en una interpretación sistemática y en función de los objetivos comunes de los Estados miembros reflejados en el tratado constitutivo.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Internationale Handelsgesellschaft, del 17 de diciembre 1970.

En esta sentencia el TJCE extrajo interesantes consecuencias de su autonomía rechazando recurrir a las reglas del derecho interno para la apreciación de la validez de los actos adoptados por las instituciones de la comunidad, puesto que el derecho derivado nace de una fuente autónoma.

“... la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formuladas por la constitución de un estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional de un estado miembro, o de los principios de una estructura

constitucional nacional no pueden afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio dicho Estado”³⁰²

Una norma nacional no puede primar sobre el derecho comunitario. Esta prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno es una cualidad absoluta, basada en la particularidad del derecho comunitario.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Simmenthal, del 9 de marzo de 1978.

El TJCE se pronunció en favor de la primacía de la norma comunitaria y el alcance de la primacía sobre la ley nacional posterior de un Estado miembro, puesto que la generación y aplicación de leyes contrarias al derecho comunitario equivaldría a negar el carácter efectivo de los compromisos asumidos en virtud del tratado y pondrían en duda las bases mismas de la integración comunitaria. Por eso el TJCE señaló que:

“... en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen como efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho toda disposición contraria de la legislación nacional existente por el hecho mismo de su entrada en vigor, sino- en tanto que estas disposiciones y actos integran, con rango de prioridad, el ordenamiento comunitario aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros- impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias”³⁰³

El TJCE dice también en su sentencia: “...el Juez nacional tiene la obligación de garantizar la protección de los derechos concedidos por las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación efectiva, por los órganos nacionales

³⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Internationale Handelsgesellschaft, 17 de diciembre 1970, p.17.

³⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto Simmenthal, del 9 de marzo de 1978, p. 9

habilitados a tal efecto, de las eventuales medidas nacionales que constituyan un obstáculo a la aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias”³⁰⁴

Los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

Observamos que el TJCE, se ocupa de otro importante tema de la integración, al reiterar la primacía del derecho comunitario, y se avanza aún más al disponer que los jueces puedan ejercer el control de compatibilidad de las normas estatales con el acervo normativo comunitario, y hasta desplazar o inaplicar cualquier disposición estatal interna contraria al sistema jurídico supranacional.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, asunto *The Queen c/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame*,

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea consideró que sería incompatible con las exigencias de la naturaleza del Derecho Comunitario, toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial que redujese la eficacia del Derecho Comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese derecho, la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas Comunitarias.

Esta selección de sentencias fundadoras del reconocimiento del derecho comunitario en Europa, muestra la importancia otorgada a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para garantizar el funcionamiento del ordenamiento jurídico comunitario europeo. Y con ello ha contribuido a armonizar el

³⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Simmenthal*, del 9 de marzo de 1978, p. 9.

derecho en el ámbito de su jurisdicción minimizando las diferencias normativas y lagunas existentes entre los Estados miembros.

CUADRO 3: LINEA JURISPRUDENCIAL PRIMACIA UNIÓN EUROPEA

-STJCE de 05.02.1963, asunto. Van Gend & Loos, 26/62. (EFECTO DIRECTO)

-STJCE de 15.07.1964, asunto. Flaminio Costa v. E.N.E.L., 6/64 (PRIMACIA)

-STCE, de 17.12.1970 Asunto Internationale Handelsgesellschaft, (PREVALENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO).

-STJCE de 09.03.1978, asunto. Simmenthal, 106/77. (PRIMACIA DEL DERECHO COMUNITARIO)

-STCE, de 19.06.1990 Asunto The Queen c/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame. (INAPLICACION DE LA LEY INTERNA)

3.3 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina es el Tribunal de Justicia Andino, integrado por cuatro magistrados representantes de cada uno de los países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), con competencia territorial en los respectivos Estados y con sede en la ciudad de Quito.

El Dr. Walter Kaune, ex magistrado del TJCA por Bolivia, refiriéndose al artículo 4 del Estatuto del TJCA, señala que la Misión Principal del Tribunal es: "...-declarar e interpretar el Derecho Comunitario. - Garantizar la legalidad e intangibilidad del Derecho Comunitario, así como ejercer el control jurisdiccional sobre los actos de los órganos que conforman el SAI. - Garantizar la observancia del ordenamiento jurídico y dirimir las controversias que emerjan de él"³⁰⁵

El Tribunal explica que,

"...mediante la acción de nulidad, controla la legalidad de las normas comunitarias entre las que se encuentran las decisiones, resoluciones y convenios; en virtud del procedimiento de interpretación prejudicial, a solicitud de los jueces nacionales, interpreta las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad, asegura la aplicación uniforme de estas en el territorio de los países miembros; y con base en la acción de incumplimiento, iniciada por uno o más Estados miembros, luego de surtirse el trámite pre-contencioso o administrativo ante la Secretaria General, dirime las controversias"³⁰⁶

El Tribunal de Justicia Andino establece que: "la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino atribuye competencia para decidir asuntos relacionados a este derecho"³⁰⁷

³⁰⁵ KAUNE, Walter y otros, *La Necesidad de la Integración. Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004, pp.27-74

³⁰⁶ TREMOLADA, Eric. *El Derecho Andino en Colombia*. Bogotá: Serie Pre Textos N°31. Universidad del Externado, 2006, p. 27. ISBN-13: 9789587101775.

³⁰⁷ Ídem. 2006, p.29.

El Tribunal de Justicia Comunitario cuenta con las siguientes acciones que influyen en el derecho interno, estas son:

3.3.1 Interpretación prejudicial

Una garantía adicional de aplicación del Derecho comunitario dentro del sistema nacional, es la obligatoriedad de los tribunales ordinarios de dirigirse al TJCA, so pena de vulnerar el derecho de los particulares al juez ordinario establecido en la normativa comunitaria andina.

Si se reconoce la competencia del TJCA como garante de la unidad y coherencia del Derecho comunitario, esta se pondría en peligro si cada Estado miembro se adjudicara la capacidad para controlar la validez de los actos de la comunidad, sin solicitar previamente una cuestión prejudicial al TJCA antes de emitir sus fallos. Es decir, que hay que dar oportunidad al TJCA a cumplir su rol de garante de la legalidad en la aplicación de los tratados de integración supranacionales.

Según, el propio TJCA ha definido que,

“... un incidente prejudicial para determinar el contenido y alcance de una norma comunitaria por el juez supranacional que debe aplicar el juez nacional para decidir el fondo del asunto” ... “Ha dicho el Tribunal que es esta una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, y se desenvuelve” ...” dentro del principio de cooperación y colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario en la administración de justicia ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración”³⁰⁸

La interpretación como indica Pico Mantilla, “puede ser obligatoria o facultativa, según el juez del cual dependa la consulta. Es obligatoria en aquellos casos en que

³⁰⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencias: 11-JP-96.

el proceso judicial a resolver no cuente con otras instancias, ni otros recursos dentro del derecho interno. Por otra parte, es facultativa cuando si existen recursos e instancias a las cuales recurrir en caso de proferir una Decisión desfavorable”³⁰⁹

En esta parte es importante resaltar que el juez natural del derecho comunitario es el juez nacional. Se trata de un complejo sistema donde el juez comunitario tiene una competencia declarativa, y el que aplica el derecho al final de todo proceso es el juez nacional.

Asimismo, debemos señalar que la finalidad de la interpretación de TJCA es brindar cooperación y apoyo al Tribunal Nacional en su tarea de aplicar el ordenamiento comunitario para tener seguridad sobre el significado y alcance de la normativa comunitaria.

Esta investigación permite concluir que el mecanismo de interpretación prejudicial es la “piedra angular” del derecho comunitario andino y que se erige como la herramienta idónea que permite la aplicación uniforme de las normas comunitarias andinas, favoreciendo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados miembros y facilitando los objetivos de la integración. De ahí la importancia de su conocimiento, difusión y fortalecimiento.

Ahora bien, el papel de los jueces nacionales resulta de trascendental importancia para la consecución de los logros integracionistas, pues al ser un sistema que se caracteriza por la descentralización debe estar basado en el principio de cooperación entre el Tribunal de la organización de integración y los jueces nacionales. Resultando, por tanto, imprescindible que los mismos den una adecuada aplicación al mecanismo de la interpretación prejudicial.

En esta medida, la interpretación prejudicial configura el principio de primacía del derecho comunitario y se convierte en la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los tribunales de cada uno de los Estados miembros

³⁰⁹ PICO MANTILLA, Galo. Características y Significado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en el proceso de integración andino. *Revista Jurídica Online*, 2001, p.49.

actúan como jueces comunitarios, al aplicar el derecho comunitario con base en la interpretación que derive del TJCA.

Respecto de la teoría del acto claro o aclarado la doctrina afirma que su aplicación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se torna complicado, no sólo por la subjetividad que esta doctrina implica, sino también debido a que no todos los jueces nacionales tienen el nivel de conocimiento y experiencia con relación a la aplicación del derecho andino.

Desde otra perspectiva se establece que se hace necesario que el TJCA emita decisiones que sean de fácil comprensión para el juez nacional con el fin de dar aplicación a las normas comunitarias, pues muchas veces el fenómeno jurídico de los procesos de integración resulta sumamente complejo, intrincado y en ocasiones excesivamente técnico.

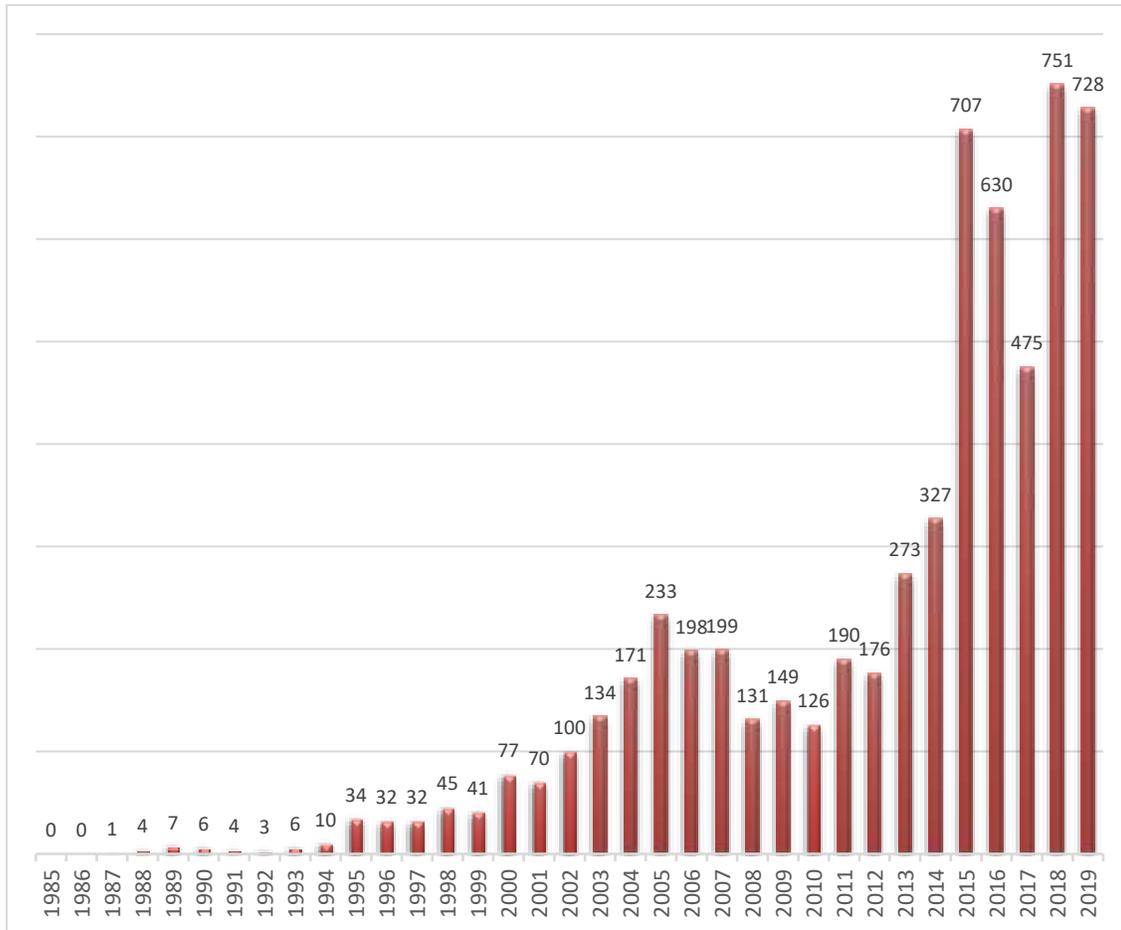
La cuestión prejudicial es, sin duda, el mecanismo de cooperación por excelencia entre el juez nacional y el juez comunitario, mediante el cual este último, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria con el fin de que el primero, el juez nacional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

Por lo establecido en el artículo 33 del TCTJCA se establece la existencia de dos tipos de consulta prejudicial, una de carácter facultativo y otra de tipo obligatorio. Esta última se da con respecto a las actuaciones de los jueces nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso en derecho interno, los cuales están obligados, en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a formular la consulta prejudicial, a los efectos de que el Tribunal Comunitario realice la interpretación de la norma andina correspondiente.

En caso que de la consulta facultativa, que es la que plantea voluntariamente el juez nacional cuyas decisiones son revisables por vía de recursos de instancia, aunque igualmente se suspende el proceso mientras se surte el trámite de la

consulta prejudicial, no es presupuesto indispensable para la emisión de la sentencia que el pronunciamiento del Tribunal Andino se haya producido.

GRAFICA 1: INTERPRETACIONES PREJUDICIALES 1985 – 2019



Fuente: Elaboración propia en base a informes de TJCA

En el grafico se observa con total claridad una primera fase de inactividad de 1985 a 1995, una segunda fase de lento avance entre 1996 al 2014 y, una tercera fase, del 2015 al 2019 de crecimiento considerable de las interpretaciones prejudiciales resueltas, corroborando el interés y confianza de los Estados miembros, los ciudadanos y las empresas andinas, en el sistema jurídico comunitario, llegando a emitir el TJCA 728 solicitudes de IP por año en la gestión 2019.

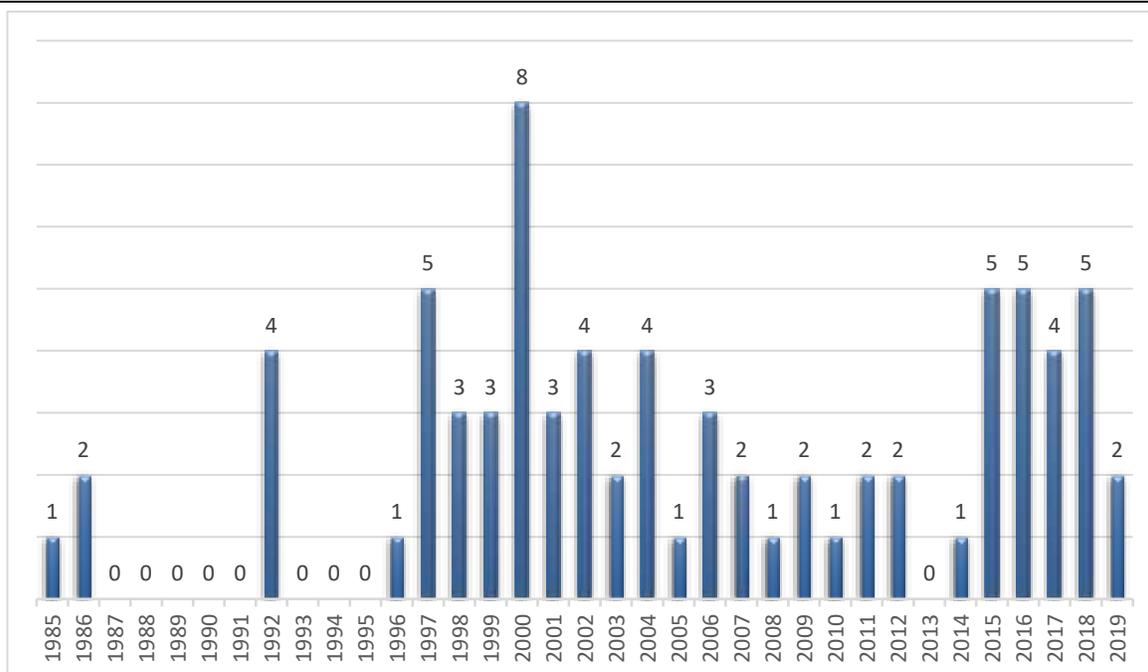
3.3.2 Acción de nulidad

Con esta acción el TJCA busca dejar sin efecto las decisiones, resoluciones o convenios que infrinjan una norma comunitaria superior o un principio de Derecho Comunitario, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnadas por algún país, siempre y cuando la Decisión no haya sido adoptada con su voto afirmativo.

Las causales de anulación son similares a las contempladas en la acción de nulidad para los actos administrativos emitidos por el ordenamiento interno, como; “violación directa de la ley andina, la falta de competencia, los vicios de forma, los falsos supuestos y la desviación de poder”³¹⁰

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante la acción de nulidad, ejerce el control de legalidad de las normas comunitarias del derecho derivado, entre las que se encuentran las decisiones, resoluciones y los convenios que expiden los órganos correspondientes del Sistema Andino de integración.

GRÁFICO 2: ACCIONES DE NULIDAD (1985 – 2019)



Fuente elaboración propia en base a datos oficiales del TJCA.

En este cuadro se observa que la Secretaría General de la Comunidad Andina mediante sus resoluciones, la Comisión de la Comunidad Andina mediante sus dictámenes, han sido las instituciones que han generado escritos susceptibles de la Acción de Nulidad como lo refleja el presente gráfico.

Solamente se ha presentado una Acción de Nulidad en contra de todos Países Miembros, este es el proceso 2-AN-92, fue interpuesto por Alexander Vernot en contra de los Países Miembros. El TJCA en este caso, mencionó que carecía de competencia para conocer la presente Acción de Nulidad por lo que se declaró inadmisibile la demanda y se procedió a su archivo.

Es oportuno mencionar que el Ecuador también ha participado en los procesos de nulidad como un tercero interesado, existen dos procesos en los que ha participado como tercero coadyuvante.

3.3.3 Acción de incumplimiento

Es la competencia que tiene el Tribunal para hacer cumplir a los países miembros las obligaciones derivadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Antes de presentar esta acción ante el Tribunal, deberán surtirse los trámites previstos ante la Secretaria General de la Comunidad, como la de conminar de oficio o a petición de parte al país que está incumpliendo sus obligaciones para que este responda dentro del plazo establecido por la misma secretaria.

Se denomina incumplimiento,

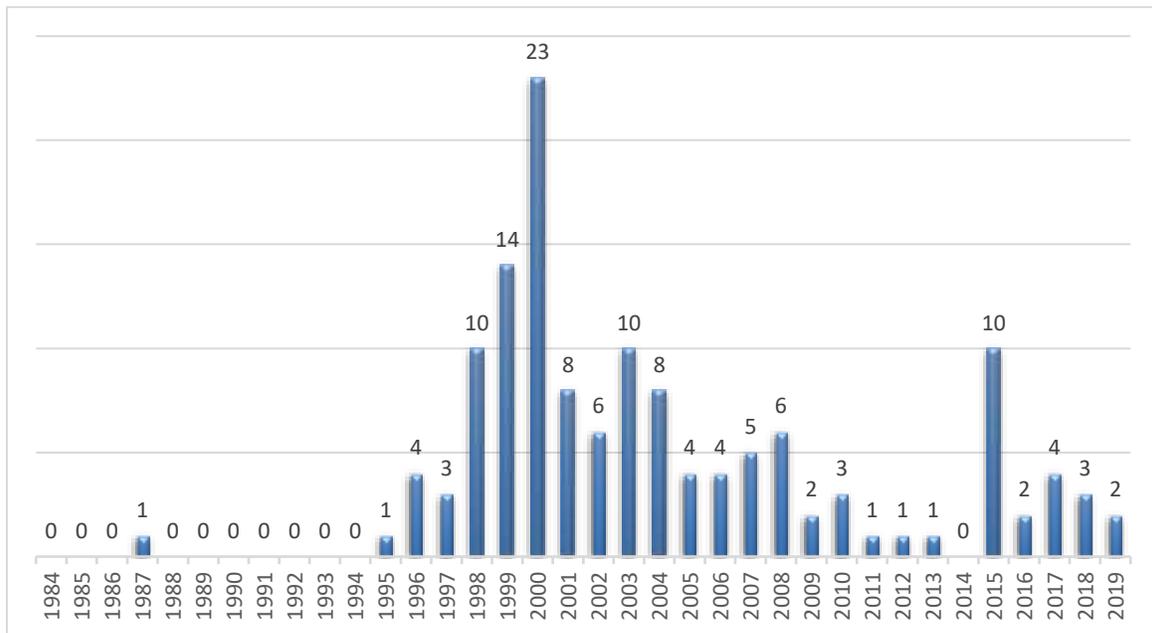
“el comportamiento del Estado parte que sea contrario al orden jurídico de la Comunidad. Este comportamiento se puede dar: por faltar a la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones y compromisos derivados de su condición de Estado miembro, o a través de la aceptación de normatividad interna que se oponga al derecho comunitario, o por la realización de actos u omisiones que se opongan a las normas comunitarias o imposibilite a su aplicación”³¹¹

El incumplimiento puede versar sobre normas de derecho primario o de derecho derivado, de los principios generales de derecho comunitario o por la inejecución o ejecución insuficiente de los fallos del Tribunal Comunitario.

La consolidación de los objetivos del proceso de integración, se han dado como resultado de las acciones de incumplimiento propuestas por la SGGA, los países miembros y los particulares en ese orden. Este mecanismo es el que ha permitido un avance considerable en áreas tan complejas como el Programa de Liberación y el Arancel Externo Común, que han dado vida a la Comunidad Andina de Naciones.

³¹¹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 23 y del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 107.

GRÁFICO 3: ACCIONES DE INCUMPLIMIENTO (1984-2019)



Fuente elaboración propia en base a datos oficiales del TJCA.

En la gráfica observamos que desde el año 1995 se empezaron a presentar estas acciones creciendo considerablemente hasta el año 2000, para luego ir bajando poco a poco nuevamente, sin embargo, desde el año 2015 volvieron a subir las acciones de incumplimiento de las obligaciones contraídas por los países miembros. Acá se consideran las acciones y omisiones consideradas por el Tribunal Andino como constitutivas de la conducta infractora en que consiste el incumplimiento.

Para el caso de Bolivia el Tribunal declaró su incumplimiento por haber obstaculizado la entrada en vigencia y aplicación de las Decisiones 378 y 379, relativas al Régimen de Valoración Aduanera; por colocar restricciones al comercio de algodón provenientes del Perú; por negarse a renovar los permisos de operación de transporte aéreo no regular de carga internacional a la empresa Cielos del Perú SA, entre otros.

Con relación a Ecuador, el Tribunal ha declarado su incumplimiento por las siguientes razones: por haber incurrido en la violación de patentabilidad de las invenciones, previstas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; por haber prohibido las importaciones de cigarrillos producidos en Venezuela, por la prohibición de importar productos y subproductos de las plantas de café y café tostado procedente de Colombia; por no haber expedido las medidas internas necesarias que establecen obligaciones para las administraciones aduaneras de los países miembros; por imponer límites a las importaciones de harina de soya y exigir licencias previas de carácter no automático a las importaciones de productos originarios de Bolivia, entre otros.

3.3.4 Procesos sumarios por desacato a la acción de incumplimiento

El proceso sumario se lo propone con el objeto de determinar la existencia de incumplimiento de un país miembro al acatamiento de una sentencia por acción de incumplimiento dictada en su contra. Este proceso se encuentra claramente referenciado en el artículo 27 del TCTJCA y en los artículos 112 al 120 del ETJCA.

Este proceso sumario inicia a través del auto del TJCA, notificando al país presunto incumplidor de la sentencia, después de la notificación si el Tribunal ha determinado serios motivos de incumplimiento de la sentencia, formula pliego de cargos en el cual se consigna la información que se tiene ante supuesto desacato, así como las normas infringidas, el país miembro al que se formuló el pliego de cargos desde su notificación tiene cuarenta días para presentar pruebas y aportar explicaciones, una vez vencido el término del TJCA analiza las pruebas aportadas y archivara el asunto si se encuentra que no se incurrió en incumplimiento de la sentencia, o procede a pedir opinión a la SGCAN dentro de los 30 días siguientes sobre el límite dentro de los cuales podría restringir o suspender las ventajas al país infractor de la sentencia, recibida la opinión de la SGCAN o vencido el plazo el Tribunal decide si convoca a una audiencia, esta tiene el objetivo de precisar el tipo

de medida adoptada y, posteriormente, se emite en auto motivado explicando cuales son las sanciones impuestas.

3.3.5 Recurso por Omisión o inactividad

El recurso de omisión es un instrumento jurídico, que tiene por finalidad evitar la falta de actuación o la actuación defectuosa de las autoridades andinas. Este recurso se encuentra en el artículo 37 del TCTJCA, también en los artículos 129 al 134 del ETJCA. Respecto a este recurso El Doctor Guillermo Chaín ex-magistrado del Tribunal Andino manifiesta lo siguiente: “Esta competencia, denominada como recurso por omisión o por inactividad, busca que los organismos de las comunidades andinas cumplan adecuada y oportunamente las funciones para cuyo desarrollo han sido designados por el ordenamiento jurídico superior.”³¹²

Quienes pueden interponer este recurso son: El CAMRE; la Comisión; la SGCAN; los Países Miembros; o personas naturales o jurídicas que comprueben la lesión de los derechos subjetivos. Antes de interponer este recurso ante el TJCA, se debe enviar a dicho organismo que cometió la omisión o inactividad un escrito y dentro de los treinta días siguientes, si el organismo no accediere a dicha solicitud el requirente puede acudir al TJCA para que éste se pronuncie sobre el caso.

3.3.6 Demandas Laborales

La demanda laboral lo que pretende es dirimir controversias en el ámbito laboral, el TJCA es competente para conocer demandas laborales que se susciten dentro del SAI.

³¹² CHAHÍN, Guillermo. Fundamentos Constitucionales del Derecho Comunitario Andino. En: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Testimonio Comunitario –Doctrina, Legislación, Jurisprudencia. Quito. 2004, pp. 58-87. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf

La Acción Laboral se encuentra definida en el artículo 41 del TCTJCA, también se encuentra desarrollada desde el artículo 135 hasta el artículo 139 del ETJCA. Los titulares de esta acción son todos los funcionarios internacionales y empleados locales que trabajan dentro del SAI, esta acción prescribe a los tres años del acto o hecho del reclamo.

El TJCA ha manifestado sobre las Instituciones del Sistemas Andino de Integración en el ámbito laboral lo siguiente:

“(...) ejercen sus funciones y competencias a través de personas naturales a quienes contratan en calidad de funcionarios, empleados o trabajadores. Como es natural, en las relaciones de los empleadores con sus trabajadores se presentan discrepancias, que dan origen a los conflictos laborales, que deberán ser resueltos a la luz de las disposiciones comentadas, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante el trámite de una acción judicial”³¹³

El derecho de petición se lo realiza primero ante el empleador, respecto a los derechos laborales, en el caso de que no exista respuesta dentro de treinta (30) días por parte del empleador o tenga una respuesta parcialmente desfavorable de su petición, el funcionario debe presentar su demanda ante el TJCA.

3.3.7 Demandas Arbitrales

La Función Arbitral está contemplada en los artículos 38 y 39 del TCTJCA, donde los magistrados del TJCA actúan como árbitros para dirimir las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de los contratos, convenios o acuerdos suscritos entre los órganos o instituciones del SAI y terceros cuando las partes lo acuerden. Pueden solicitar arbitraje los particulares, los organismos e instituciones

³¹³ Sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 81-DL-2005, 2007.

del SAI. La emisión del laudo arbitral por el TJCA puede ser en “equidad” o en “derecho” según se lo solicite.

La Secretaria General puede conocer arbitrajes administrativos para resolver controversias de particulares acordes a la aplicación o interpretación de contenidos de los contratos de carácter privado y regidos al ordenamiento jurídico andino, emitiendo la Secretaria General un laudo arbitral en equidad conforme el ordenamiento jurídico andino.

El laudo arbitral sea emitido en equidad o en derecho, es obligatorio e inapelable y constituye título legal, para solicitar su ejecución los laudos arbitrales no necesitan ni de la homologación ni exequátur en ningún País Miembro. Es importante aclarar que desde que inicio actividades el TJCA hasta el presente se han activado solo dos procesos ante el TJCA.

3.4 Jurisprudencia Andina

El Tribunal de Justicia Andino establece que: “la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino atribuye competencia para decidir asuntos relacionados a este derecho”³¹⁴

Las decisiones en el marco del sistema comunitario andino se encuentran reguladas de forma general por los artículos 2, 3 y 4 del TCTJCA. Su característica principal es que son normas de aplicación directa y efecto inmediato a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo.

El artículo 2 del TCTJCA señala: “Las decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión”, y el artículo 3 de la misma norma indica: “Las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la

³¹⁴ Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 1-IP-87 de 15 de febrero de 1988.

fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior [...] Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán la incorporación al Derecho Interno, mediante acto expreso”³¹⁵

La razón de ser de estas características de las Decisiones está en que se necesita de un instrumento legal que tenga la suficiente fuerza vinculante que permita unificar las legislaciones de los Estados miembros, por lo que deja sólo a los Estados miembros la mera administración de estas normas, impidiendo que éstos puedan modificar las mismas a través de la vía administrativa.

A la luz del caso Volvo, “sólo las normas nacionales que traspongan o interioricen una norma comunitaria serán consideradas por el TJCA como norma comunitaria”³¹⁶, a efectos de que este nuevo derecho sea cumplido con mayor efectividad por los operadores de justicia.

En relación a la aplicación directa, ésta implica que la decisión no requiere una norma de recepción nacional para su aplicación en los Estados miembros; una vez que se publica en la GOA la decisión entrará en vigencia en todos los Estados miembros, salvo que la propia decisión establezca lo contrario.

El efecto inmediato significará que una decisión pueda establecer derechos y obligaciones para los particulares, que los tribunales estarán obligados a proteger en virtud del principio de tutela judicial efectiva.

Junto al principio de aplicación directa, las decisiones de la CAN gozan de primacía sobre la norma nacional, es decir que, en caso de contradicción entre una norma nacional y una comunitaria, debe desplazarse o inaplicarse la norma nacional.

La institucionalidad de la Comunidad Andina fue emergiendo paulatinamente como respuesta a necesidades institucionales, así como la del Tribunal de Justicia

³¹⁵ GARRÓN, Rodrigo. Derecho Comunitario: Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea. La Paz: Producciones CIMA, 2004, p.29

³¹⁶ Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 1-IP-87, de 3 de diciembre de 1987 (Caso Volvo).

de la Comunidad Andina. En ese entendido, el reconocido Catedrático Oswaldo Salgado expresaba que:

"Inicialmente el Acuerdo de Cartagena no contempló la Creación de un Tribunal Jurisdiccional Comunitario, empero, a medida que el proceso de integración fue evolucionando, surgió la necesidad de contar con uno, a efectos de otorgar la estabilidad y consolidación del proceso de integración andino y por la seguridad en acatamiento de su normativa originaria y derivada del Acuerdo de Cartagena. Que generan derechos y obligaciones que de ellas se derivan y deben ser salvaguardadas por un órgano jurisdiccional, independiente de los gobiernos de los países miembros y de los otros órganos..."³¹⁷

Siguiendo al TJUE "el Tribunal Andino de Justicia también ha incursionado en la interpretación de los instrumentos de integración andina, aplicando similares criterios sobre el principio de primacía del derecho supranacional"³¹⁸

Se exponen a continuación algunos casos relevantes, para entender como se ha ido construyendo, a través de la jurisprudencia el principio de primacía del derecho comunitario andino:

-Comisión del Acuerdo de Cartagena, 29 de mayo al 5 de junio 1980.

Durante el Vigésimo Noveno Periodo de Sesiones Ordinarias, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, integrada por los Plenipotenciarios de los países miembros declaro:

"... la validez plena de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituyen un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias,

³¹⁷ SALGADO, Carlos Oswaldo. *El ABC del Derecho para la integración*. Cuenca: Edislat, 2010, p.77. ISBN 978-9942-03-243-0.

³¹⁸ BALDIVIESO JINÉS, Marco Antonio. Supremacía constitucional y primacía comunitaria ¿Convivencia o incompatibilidad? Análisis Jurisprudencial y estudio de caso. *Revista Jurídica Derecho*. 2015, Vol. 2, N° 3. pp. 41-48. ISSN: 2413-2810. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v2n3/v2n3_a05.pdf

sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los países miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del reglamento de la Comisión”³¹⁹

En resumen, la Comisión declaró que el ordenamiento jurídico de la integración prevalece en su aplicación sobre las normas internas, por ser característica esencial del Derecho comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista andina. Es decir, queda plenamente determinada su preeminencia y su aplicación directa de la normativa comunitaria sobre el derecho interno, una vez publicada la normativa comunitaria en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

-Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena. Proceso No. 01-N-86, de 10 de junio 1987.

El TJAC en su primera actuación fundadora, dentro de las acciones de nulidad interpuestas por la República de Colombia contra las Resoluciones 252 y 253 de la Junta, empezó a delinear el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena señalando que: “es el que regula las relaciones de sus integrantes y todo el proceso de la integración en el Pacto Andino, y que es una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los Países Miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobierno”³²⁰

En esta sentencia se hace referencia al principio de cooperación leal y primacía del derecho comunitario andino, sentando jurisprudencia para el cumplimiento de buena de los tratados, que han sido suscritos por los países miembros, los cuales deben ser acatados y cumplidos en el derecho interno y por todos los órganos e instituciones del sistema.

³¹⁹ Comisión del Acuerdo de Cartagena. Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias, celebrado en la ciudad de Lima-Perú, 29 de mayo al 5 de junio 1980.

³²⁰ Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena. Proceso No. 01-N-86, de 10 de junio 1987.

-Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 02-N-86, 10 de junio 1987.

Según esta sentencia fundadora, proceso seguido por la Republica de Colombia contra la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, que se ajusta a lo dispuesto por el Tratado de Creación del Tribunal, indica que:

“... el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los países miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de integración que se cumple en una Comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino”³²¹

En esta sentencia por primera vez se hace referencia a la expresión Comunidad de Derecho que caracteriza al Pacto Andino hoy Comunidad Andina. Esta sentencia del tribunal se refiere a las características propias que tiene el ordenamiento jurídico andino y sobre la obligatoria aplicación del mismo por parte de los países miembros.

“...se estableció así un régimen común y uniforme, de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características principales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer, por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional. (...)”³²²

Por la importancia de esta sentencia fundadora de los principios del ordenamiento jurídico andino, especialmente de la primacía, se observa que este criterio jurídico esbozado tan claramente, ha sido ratificado en muchas otras sentencias posteriores del Tribunal de Justicia Andino³²³

³²¹ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Proceso No. 02-N-86, de 10 de junio 1987.

³²² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. (G.O.A.C. No. 21 del 15 de Julio de 1987. En Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, 1994, Tomo I, P 90. Caso 02-N-86

³²³ Este criterio fue esbozado en la Sentencia de la acción de nulidad recaída en el Proceso 02-N-86 de fecha 10 de junio de 1987, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 21 del 15 de julio de 1987, y ha sido ratificado en las Interpretaciones Prejudiciales números 29-IP-95 de fecha 8 de noviembre de 1996; y, 30-IP-95 y 32-IP-95 ambas de fecha 8 de noviembre de 1996.

-Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 01-IP-87, del 3 de diciembre de 1987.

El Tribunal ha reiterado el principio de la preeminencia en varias providencias, entre ellas, la primera referencia fundadora estableció que: "... el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista..."³²⁴

Consulta Prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, dentro del proceso interno entablado por la sociedad Aktiebolaget VOLVO: Las decisiones en el marco del sistema comunitario andino se encuentran reguladas de forma general por los artículos 2 y 3 del TCTJCA. Su característica principal es que son normas de aplicación directa y efecto inmediato a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo (GOA).

El artículo 2 del TCTJCA señala:

"Las decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión", y el artículo 3 de la misma norma indica: "Las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior [...] Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán la incorporación al Derecho Interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro"³²⁵

Según el profesor Rodrigo Garrón: "...esta sentencia reforzó el principio de primacía del derecho comunitario andino señalando que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas interna, por ser característica esencial del Derecho Comunitario..."³²⁶

³²⁴ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 3 de diciembre 1987. Gaceta Oficial N° 28 de 15 de febrero de 1988.

³²⁵ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, artículo 2 y 3.

³²⁶ GARRÓN, Rodrigo. *Derecho Comunitario: Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea*. La Paz: Producciones CIMA, 2004. p.32.

Sobre el mismo tema, el TJAC establece que: “la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino les atribuye competencias para decidir asuntos relacionados a este derecho”³²⁷

Con esta sentencia se reforzó la primacía del derecho comunitario señalando que: “el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del derecho comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista”³²⁸

Sentencia fundadora de la línea jurisprudencial sobre primacía del derecho comunitario andino sobre el derecho interno de los Estados, que hace mención a que el principio de la preeminencia es una característica esencial para la existencia del derecho comunitario andino. En la misma el Tribunal se refirió a tres aspectos fundamentales: 1. La armónica división de funciones y de colaboración entre los jueces nacionales y el Tribunal Andino. 2. La preeminencia del derecho andino como característica esencial de este nuevo ordenamiento jurídico, el cual prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales. 3. La utilización preferente de los métodos de interpretación funcionales, como el método sistemático y el teleológico, para el logro de un objetivo común entre los Estados miembros.

- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena. Asunto No. 01-IP-88.

A través de esta sentencia de Interpretación prejudicial, se consolidó el principio de efecto directo de la normativa comunitaria andina. “Todo Juez nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que este confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea esta anterior o posterior a la regla comunitaria”³²⁹

³²⁷ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 1-IP-87, 15 de febrero 1988.

³²⁸ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 1-IP-87, 15 de febrero 1988.

³²⁹ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Asunto No. 1-IP-88

Queda bastante claro que el efecto prioritario no es la derogación de las leyes internas, sino el desplazamiento de las leyes que tengan algún tipo de antinomia con la regulación comunitaria y el correspondiente otorgamiento de preferencia a su aplicación normativa. En la sentencia se señala, asimismo, que:

“...Esta norma, que ratifica los conceptos propios del derecho comunitario como son el denominado efecto directo y la primacía, regula tanto el campo de los derechos sustantivos como el de los actos procesales. De tal manera, que, si por ejemplo se tratase de una solicitud de patente presentada con anterioridad a la vigencia de la norma comunitaria, incurrida de conformidad con esta última en una causal de exclusión de la patentabilidad no prevista en la ley preexistente, la autoridad competente estará obligada a negarla en aplicación del derecho comunitario. Así, las solicitudes en trámite estarán regidas por el Reglamento, en todo lo atinente a los aspectos sustantivos”³³⁰

Esta sentencia estipula claramente el desplazamiento o inaplicación de la norma interna cuando contravenga lo establecido por una norma comunitaria y declara el efecto directo de la norma andina sobre el derecho interno.

-Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 02-IP-88.

En el presente caso “se plantea un supuesto conflicto entre las normas del Derecho comunitario contenidas en la Decisión 85 y una norma del Derecho interna colombiana, el Artículo 454 de la Ley 9ª de 1979, anterior en el ordenamiento jurídico de ese país, a la vigencia de la Decisión 85” ³³¹

El fallo de la interpretación prejudicial concluyo indicando:

“...en cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señala la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la

³³⁰ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No.1-IP-88

³³¹ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 2-IP-88

comunitaria. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la Ley posterior que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales del derecho es precisamente la norma comunitaria. Se trata del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas”³³²

Donde el Tribunal se refirió a los efectos de la normativa andina sobre el derecho interno de los Estados miembros. En caso de conflicto la regla interna queda desplazada por la norma comunitaria en aplicación del principio de prevalencia que tiene la competencia para ello.

-Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1989 (Buena fe)

La interpretación del artículo 5 del Tratado constitutivo, el Tribunal se pronunció en la siguiente forma sobre el postulado de la buena fe en el derecho de los tratados, cuyo desconocimiento por las partes contratantes genera incumplimiento del Derecho Comunitario.

“1.3. Además, por referirse a la interpretación de uno de los artículos del Tratado del Tribunal, suscrito dentro de las prácticas de derecho internacional que rigen la convivencia entre las Naciones, deberán tenerse en cuenta los principios del libre consentimiento y la buena fe y la norma “pacta sunt servanda”, universalmente reconocidas, así como la regla general de interpretación prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados...”³³³

Esta importante interpretación del Tribunal de Justicia Andino, nos pone en contexto de que el derecho comunitario está basado en un tratado de índole

³³² Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 2-IP-88

³³³ SALAZAR, Roberto. *El derecho comunitario andino: de la teoría jurídica a la realidad actuante del derecho*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1998. pp. 247-296 Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1994/02/09/El_Derecho_Comunitario_Andino.pdf.

internacional, por lo que los mismos están protegidos también por los principios generales del derecho internacional, que nos hacen ver que están ubicados en otras fuentes del derecho, que no son solo las de los derechos internos de los Estados. Y cuyo incumplimiento conlleva responsabilidades jurídicas al estado que no cumpla con sus obligaciones internacionales, acordadas libre y soberanamente en los tratados.

Por eso es importante anotar que las constituciones contengan cláusulas de recepción de los tratados internacionales y aceptación del proceso de integración supranacional, y, también, por supuesto que se declara que el derecho internacional es norma de conducta de los Estado en sus relaciones reciprocas para garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en un proceso de integración.

-Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 02-IP-90, de 11 de octubre 1990.

A propósito de la Interpretación prejudicial del artículo 27 del Tratado del Tribunal sobre acceso de las personas naturales a los tribunales nacionales en acción de cumplimiento. El fallo de interpretación prejudicial estableció que:

“El derecho de la integración como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los países miembros, tal como lo afirman categóricamente los demandantes en este proceso... según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario”³³⁴

Asimismo, el fallo del Tribunal señala que:

“En la aplicación de este principio fundamental debe tenerse en cuenta que se trata de la confrontación de dos ordenamientos jurídicos distintos, el nacional y el comunitario, de suerte que no puede hablarse con propiedad de

³³⁴ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 2-IP-90. Gaceta Oficial No,69, de octubre 11 de 1990

un simple conflicto de normas, puesto que se trata más precisamente de un conflicto entre distintas fuentes normativas. El Derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno; tan solo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias. Ello no obsta por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional toda norma que sea incompatible con el derecho común, máxime cuando este encuentra inequívoco apoyo en la Constitución política del Estado Miembro de que se trate..."³³⁵

Ciertamente en esos años se hablaba todavía de confrontación entre ordenamientos jurídicos, debido a una errónea conceptualización del tema de soberanía, fundamentalmente, lo que luego se llegó a superar, utilizando un concepto moderno de soberanía flexible y comprendiendo la importancia de armonizar en lugar de enfrentar jerárquicamente los dos ordenamientos jurídicos.

-Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Gaceta Oficial, de 20 de septiembre 1990

El derecho de la integración como tal, no puede existir si no se acepta su primacía o prevalencia sobre los ordenamientos internos.

Sobre la posición radical del TJCA que parece no medir las engorrosas connotaciones de sus decisiones respecto al sistema jurídico interno de los Estados miembros, se debe recordar la inteligente reflexión del Dr. César Montaña:

"Al hablar de la experiencia de integración andina en lo tocante a la reflexión jurídica sobre el principio de primacía del ordenamiento jurídico, debemos señalar que el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, viene siguiendo en buena parte los pasos de su homólogo europeo, incluso diríamos que en ocasiones lo ha hecho de manera inercial, sin evaluar la inconveniencia de

³³⁵ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 02-IP-90. Gaceta Oficial No,69, de octubre 11 de 1990

extrapolar a la Comunidad Andina, reflexiones y soluciones jurídicas creadas para un contexto diferente de integración, como lo es el europeo"³³⁶

La sentencia ratifica el principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, puesto que es una característica esencial para su existencia.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso No. 05-IP.95, del 27 de marzo 1995.

El carácter supranacional andino siguió siendo observado casi un cuarto de siglo después de su creación, hasta que el Tribunal precisó el concepto de supranacionalidad indicando que:

“...La noción de supranacionalidad, igualmente se ha ido afianzando desde el nacimiento de la Comunidad Económica Europea, con el Tratado de París de 1951 a nuestros días, y el término ya no podría sostenerse en pureza de verdad, hoy en día como expresión de la idea de un súper Estado con soberanía territorial propia. Todo lo contrario, la noción de supranacionalidad dentro de un derecho de la integración, es la negación del imperium a la manera romana y la afirmación de la autonomía de gestión que crean los Estados que se integran...”³³⁷

La comprensión moderna de este término y al mismo tiempo respetuosa de la soberanía interna de los Estados miembros, gracias a cuyo apoyo surge el nuevo ente o comunidad en torno a fines comunes a lograr.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 10-IP.95.

En su sentencia el Tribunal de Justicia Andino de la Comunidad Andina señala lo siguiente: “...la preeminencia del derecho comunitario andino en los temas de su competencia frente a otros ordenamientos, señalando que es el ordenamiento

³³⁶ MONTAÑO, César. Problemas constitucionales de la integración. México: Porrúa, 2013, p.58. ISBN: 978-607-09-1477-5

³³⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 05-IP.95, del 27 de marzo 1995.

jurídico aplicable en los países miembros. Esta característica de la primacía calificada unánimemente por la doctrina de consustancial o inclusive de existencial para el derecho comunitario andino”³³⁸

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 01-AI.96.

En la Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República del Ecuador, por supuesta inobservancia de las obligaciones emanadas de la normativa andina. El TJCAN trata el tema de conflicto entre una norma comunitaria y un acuerdo bilateral con terceros países.

En su sentencia recoge la observación hecha por la Junta del Acuerdo de Cartagena, relativa a la suscripción de un convenio en materia de propiedad industrial entre los gobiernos de Ecuador y Estados Unidos que contravenía la Decisión 344.

“... La Junta con relación a esta aseveración desea hacer notara ese honorable Tribunal que el Derecho Internacional Consuetudinario, recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que la existencia de un Tratado con un tercer país no puede ser alegada por un Estado como base para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales válidamente adquiridos con otros Estados”³³⁹

El TJCA analiza por primera vez dos órdenes jurídicos diferentes para establecer las relaciones entre el sistema jurídico andino y otro derivado de un tratado bilateral con un tercer país. Otorgando por primera vez la primacía externa al derecho comunitario andino. Desde esta sentencia queda bastante claro que, de presentarse incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico andino y los compromisos asumidos por los Estados miembros en el marco multilateral o bilateral con terceros países, no pueden ser alegados para incumplir lo acordado en la normativa andina. En suma, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina prima

³³⁸ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 10-IP.95.

³³⁹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 01-AI.96.

sobre cualquier otro ordenamiento y a ello se han comprometido los Estados miembros en los tratados.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.96.

En la Acción de incumplimiento interpuesta por la Republica de Venezuela contra la República del Ecuador, por supuesto incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. En la sentencia el TJCA, decide:

“Que en ejercicio de las competencias que le atribuyen el Tratado de su Creación y luego de haber cumplido el proceso establecido en el estatuto y en los reglamentos. Decide: 1. Rechazar las excepciones opuestas por la parte demandada, en virtud de las razones aducidas en la parte motiva de esta sentencia. 2. Declarar el incumplimiento por parte de la República del Ecuador, en razón de haber prohibido las importaciones de cigarrillos BELMONT provenientes de Venezuela, durante el período transcurrido entre el 18 de abril de 1994 y el momento inmediatamente anterior a la expedición de la Resolución N° 0940889 de la Dirección de Propiedad Industrial, de 4 de noviembre de 1994, fecha luego de la cual el incumplimiento ha cesado. 3. Declarar, que los artículos 45 del Acuerdo de Cartagena, 7o. de la Decisión 324 y 110 de la Decisión 344 no han sido objeto de incumplimiento por parte de la República del Ecuador. 4. Exhortar a la República del Ecuador para que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, aplique las medidas necesarias para el restablecimiento de los derechos de particulares afectados por la situación de incumplimiento”³⁴⁰

En esta sentencia se exhortó al país demandado (Ecuador) aplicar las medidas necesarias para el restablecimiento de los particulares afectados por la situación de incumplimiento. De tal forma que se apliquen y cumplan las obligaciones asumidas en el marco del Programa de Liberación andino.

³⁴⁰ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.96.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 03-AI.96, de 24 de marzo 1997.

En la sentencia el TJCA, establece: "... La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino"³⁴¹

Asimismo, el fallo indica: "...en conclusión las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, cualquiera que sea su forma (tratados, protocolos, acuerdos, convenios o resoluciones), son por regla, de efecto y aplicación directa en todos los países miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC), lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los países miembros, los órganos del acuerdo y los particulares..."³⁴²

Con lo que entendemos que la Comunidad Andina a través del TJCA ha creado un sistema legal con identidad y autonomía propios, pero, que, a la vez, es parte de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.97.

Seguido por la Secretaria General contra la República del Ecuador a causa del incumplimiento del ordenamiento comunitario al exigir una licencia previa para la importación de licores, el Gobierno alego que tal incumplimiento tiene su origen en el grave incumplimiento del República de Colombia. Al respecto, el Tribunal Andino señalo que: "si bien la República del Ecuador, admite el incumplimiento de la Resolución de la Junta del Acuerdo de Cartagena, amparando su incumplimiento en una previa actitud que pueda tomar la República de Colombia frente a su política de comercialización de los licores a nivel subregional ... el país infractor no ha

³⁴¹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 03-AI.96, de 24 de marzo 1997

³⁴² Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 03-AI.96, de 24 de marzo 1997

adoptado las medidas necesarias para que cese el incumplimiento. La infracción denunciada será la contradicción que exista entre la conducta reiterada del país infractor con lo ordenado por la Junta con el dictamen”³⁴³

La sentencia declara que el Ecuador aplicó unilateralmente medidas restrictivas a los licores originarios y procedentes de la República de Colombia, incumpliendo expresamente los artículos 47, 71, 76 y 155 del Acuerdo de Cartagena y los artículos 5 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal, así como la Resolución 454 de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 03-AI.97.

Denuncia de la Secretaria General contra la República de Colombia por su restricción al comercio de licores provenientes del Ecuador, la parte demandada hizo referencia a las “retorsiones del Ecuador”, por las cuales los “licores colombianos, no han podido ni pueden ingresar sino muy ocasionalmente al Ecuador, originándose así una balanza comercial inmensamente desfavorable para Colombia, en el comercio de productos del sector.

En su fallo, el Tribunal de Justicia Andino, desestimo tales argumentos y ordeno al país infractor (Colombia) poner su normativa acorde al Derecho Comunitario, en virtud a los acuerdos internacionales de la integración andina.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.98.

En la Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaria General de la Comunidad Andina en contra la República del Ecuador, por supuesto incumplimiento de la obligación de pronunciamiento contenida en normas de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

³⁴³ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.97.

En su sentencia el Tribunal señala que determina suspender el proceso porque durante el trámite del mismo, el gobierno de la República del Ecuador, ha dado cumplimiento a las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 07-AI.98.

Seguido por la Secretaria General contra la República del Ecuador por aplicar aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común contraviniendo el ordenamiento comunitario.

En su sentencia el Tribunal señala lo siguiente:

“...hace referencia exacta a la imposibilidad de que los países miembros puedan alegar el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, so pretexto de regirse por las normas de la Organización Mundial del Comercio ... Ello sería negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preeminente no solo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los países, sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que estos pertenezcan”³⁴⁴

El hecho de que los países miembros de la Comunidad Andina pertenezcan también a otras organizaciones internacionales, como es el caso por ejemplo de la OMC, no los exime de obedecer la norma comunitaria. En razón de su específica naturaleza original.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 08-AI.98.

Seguido por la Secretaria General de la Comunidad Andina contra la República de Bolivia por el incumplimiento del ordenamiento comunitario.

En la mencionada sentencia se declaró a la República de Bolivia que estaba en situación de incumplimiento, por no haber adoptado las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones contraídas en el ordenamiento comunitario y se

³⁴⁴Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 07-AI.98.

instruía a la Secretaria General seguir con las sanciones previstas para estos casos en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 10-AI.98.

Seguido por la Secretaria General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador por contravención del ordenamiento comunitario.

En la sentencia el TJCA señala lo siguiente:

“...Que la Republica del Ecuador ha incurrido en incumplimiento del artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina, así como de la Decisión 379 de la Comisión de la Comunidad Andina y del artículo 127 de la Secretaria General de la CAN por lo que la Republica del Ecuador debe cesar esa conducta contraventora de la normativa comunitaria”³⁴⁵

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 30-IP.98.

La sentencia del TJAC al referirse a la preeminencia y aplicabilidad directa del derecho comunitario, establece que: “...en primer término, es necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, dada la característica intrínseca de primacía, requisito este existencial para la construcción integracionista”³⁴⁶

Donde se hace referencia a la primacía calificada unánimemente por toda la doctrina como consustancial, es decir, existencia para este nuevo derecho. Dicho de otra manera, la primacía es una condición esencial del Derecho comunitario que no puede ser puesta en duda por el derecho de los Estados miembros.

-Sentencia Tribunal de Justicia Comunidad Andina, Proceso No. 07-AN-99.

³⁴⁵ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 10-AI.98

³⁴⁶ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 30-IP.98.

En esta sentencia se observa la previsión jurisprudencial de que la normativa comunitaria entra a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en los países miembros. Señalando que:

“...puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos -derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional – derecho derivado- regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, estos han resuelto soberanamente transferirlas como una competencia de atribución a dichos órganos”³⁴⁷

- Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso 43-AI-2000, de fecha 7 de junio 2004.

Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaria General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador a causa de supuesto incumplimiento de obligaciones emanadas del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, de la decisión 283 de la Comisión, de la Resolución 473 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y de las Resoluciones 231,242, y 301, dictadas por la Secretaria General de la Comunidad Andina. El TJCA “decide, que se ordene al gobierno del Ecuador que adopte todas las medidas necesarias a fin de que se ponga fin al señalado incumplimiento” ³⁴⁸

³⁴⁷Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 07-AN.99.

³⁴⁸Sentencia Tribunal de Justicia Andino Proceso 43-AI-2000. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena de fecha 7 de junio de 2004.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 01-AI-2001.

El TJCA es la sentencia señalo lo siguiente:

“...en este contexto, cabe reiterar que el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los países miembros, sea este de origen interno o internacional, sino del Tratado Constitutivo de la Comunidad. Así y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad - tanto el primario como el derivado- no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno. En consecuencia, los tratados internacionales que celebren los países miembros por propia iniciativa, no vinculan a la comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados países miembros y terceros países u organizaciones internacionales”³⁴⁹

En esta sentencia se vuelve a ratificar la primacía del derecho comunitario andino, no solo sobre el derecho interno, sino también con relación a los acuerdos de los países con terceros países u organismos internacionales.

-Sentencia Tribunal de Justicia Comunidad Andina, Proceso No. 26-AI-2001.

La defensa del país miembro denunciado expresaba que:

“La situación de incumplimiento acusada es generalizada en los tres países obligados por la Decisión 370...que el desacato del art.2 de la Decisión 466...es resultado de la no ejecución de los compromisos mutuos adquiridos, origina en la omisión del cumplimiento por parte de uno de ellos...por lo que a su juicio ya la luz del derecho internacional, le exime.... De cumplir con el compromiso que por voluntad de las partes se asumió de manera recíproca y voluntaria por medio de las decisiones 370 y 466”³⁵⁰

³⁴⁹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 87-IP.2002, 13 de noviembre 2002

³⁵⁰ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 26-AI.2001.

En respuesta a tales argumentos que tienen como sustento el principio de reciprocidad, el Tribunal sostuvo en su sentencia lo siguiente:

“La República de Colombia tenía la obligación de dar cumplimiento a la Decisión 466 de la Comisión y no condicionar su obligación al cumplimiento de otros países miembros...no constituye causa eximente para el gobierno colombiano que otro país incumpla...el derecho comunitario es impositivo, de aplicación directa y de obligatorio cumplimiento...El principio de morosidad se aplica en los tratados bilaterales, no en los acuerdos comunitarios, porque el incumplimiento de uno no implica el de los demás, así el sistema de integración no se desarrollaría como tal.....el incumplimiento que alega Colombia de sus obligaciones no debe estar vinculado al cumplimiento o no de otros países miembros, pues el efecto directo de las normas comunitarias no está condicionado a determinada conducta de otros miembros, sino a su compromiso contraído como Estado frente a la comunidad andina....el incumplimiento de otro miembro no genera efectos justificatorios o evasivos para evitar el cumplimiento de sus obligaciones como País Miembro de la Comunidad Andina”³⁵¹

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 87-IP.2002, 13 de noviembre 2002.

Este caso trata de la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia. Expediente Interno: No. 160/2001. Contencioso Administrativo. Entre la Telefonía celular de Bolivia S.A. - Telecel contra la superintendente general del Sistema de regulación sectorial-Sirese. En G.O.A.C. No. 868 del 2 de diciembre de 2002.

En su sentencia el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concluyo que:

“En el artículo 1º de la Decisión 285 se establece que su objeto específico es el de prevenir o corregir distorsiones en la competencia que son el resultado

³⁵¹ PADILLA Moreno, David. La responsabilidad del estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino. Revista FORO Nr. 9. Primer semestre 2008. p.84

de prácticas restrictivas de la libertad de competir, lo cual define un ámbito conceptual y doctrinario que dice relación con la idea de una regulación llamada a preservar una economía comunitaria o subregional inspirada en los principios de la libertad de empresa y de la libre iniciativa privada; al paso que en el inciso cuarto de su artículo 2º se excluyen de su esfera regulatoria las prácticas restrictivas de la libre competencia que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión...La norma comunitaria, en consecuencia, se abstiene de colocar bajo su jurisdicción una conducta, que aunque pudiera considerarse restrictiva de la libre competencia y realizada por una empresa situada en uno de los Países Miembros, no trasciende en sus efectos nocivos a otro u otros de ellos, catalogándola como subordinada a la legislación nacional respectiva”³⁵²

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 116-AI-2003, de fecha 21 de abril 2004.

En la Acción de incumplimiento ejercida por la Secretaria General de la Comunidad Andina contra la República de Bolivia, por la supuesta aplicación de licencias previas automáticas a las importaciones de productos originarios de los demás países miembros. “El TJCA decide aceptar el desistimiento planteado por la Secretaria General de la Comunidad Andina en virtud de haber cesado la conducta materia de la acción iniciada, al haber la República de Bolivia, levantado dichas restricciones que ocasionaron la acción de incumplimiento”³⁵³

-Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso 117-AI-2003, 10 de enero 2005

Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaria General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador por supuesto incumplimiento

³⁵² Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 87-IP.2002, 13 de noviembre 2002

³⁵³ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 116-AI-2003. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena de fecha 21 de abril de 2004.

de la normativa andina. El TJCA decide, primero; declarar con lugar la demanda interpuesta por la secretaria General de la Comunidad Andina y segundo: declarar que la República del Ecuador se encuentra en estado de incumplimiento por contravenir las disposiciones previstas en los artículos 72,73 y 77 del Acuerdo de Cartagena (codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina), el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y la Resolución 604 de la Secretaria General: al mantener la exigencia, por parte del gobierno del citado país miembro, de licencias previas para la importación de determinados productos de la cadena de las oleaginosas, tercero, la República del Ecuador queda obligada a adoptar medidas que fueran necesarias para restablecer el ordenamiento jurídico comunitario infringido, debiendo abstenerse de realizar actos de cualquier naturaleza que impidan u obstaculicen su aplicación.

- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Dictamen No. 06-2006 de 13 de julio de 2006.

Reclamo interpuesto por la Republica de Colombia contra la Republica de Perú por la negación de Trato nacional a los proveedores de servicios colombianos. La entidad peruana Provias Nacional, de negaba a reconocer y otorgar Trato nacional a los proveedores de servicios colombianos de la empresa colombiana Ingenieros Consultores Civiles y eléctricos SA (Ingetec SA).

En el mencionado caso según Sara Ferreira:

“...se comprobó el incumplimiento por parte de la Republica de Perú, ya que solicitaba ciertas exigencias a empresas extranjeras para acceder a un proceso de licitación con lo cual se modifica las condiciones de competencia a favor de las empresas peruana, vulnerando de esta forma el Trato nacional que debe ser aplicado a todos los prestadores de servicios de la Subregión, sin que ello se condicione al lugar de domicilio o de la presencia comercial

de la persona natural o jurídica en el país miembro en el que se ejecutara la prestación del servicio”³⁵⁴.

-Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso No. 02-AN-2007. (Caso Longas Londoño).

Acción de nulidad incoada por el señor Humberto de Jesús Longas Londoño contra las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina sobre normas tributarias. La pretensión del actor es que se declare la nulidad de las Decisiones antes mencionadas teniendo en cuenta que violan el principio democrático establecido en el Preámbulo y en el artículo 1º de la Constitución Política de Colombia, al cederle a un órgano supranacional el poder tributario colombiano, violan la soberanía y la supremacía de la Constitución Política de Colombia, al vulnerar el principio democrático y exigirle el cumplimiento de normas por fuera de la Constitución colombiana, concluyendo que la Comisión de la Comunidad Andina se excedió en el uso de sus facultades.

En la sentencia el Tribunal considera que los parámetros, criterios y disposiciones contenidas en las Decisiones demandadas, son “necesarias” para lograr un proceso adecuado de armonización en cuanto a impuestos tipo valor agregado y tipo selectivo al consumo. No encontró ninguna disposición que no fuera pertinente y efectiva para lograr el objetivo perseguido; la normativa comunitaria ha generado una estructura esencial sin la cual los Países Miembros no podrían generar normas internas con parámetros comunes y efectivos en los temas tributarios pertinentes.

Por lo cual, el TJCA declara sin lugar la demanda de nulidad impuesta por el señor Jesús Longas Londoño. Un punto importante de análisis del caso anterior: 1.) el actor desconoce que las reglas o normas expedidas por los órganos e instituciones de la CAN rige la conducta de los Países Miembros y sus habitantes

³⁵⁴ FERREIRA, Sara. Ley 401 y su análisis en relación a la constitucionalidad y derecho comunitario. *Revista virtual del Instituto de Estudios Internacionales IDEI*, 2014, Año 4, N°76, p.57.

(ámbito territorial) en un asunto fundamental como lo es la actividad económica, directamente, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión.

La facultad legislativa es fruto de la cesión de competencias propias de los Estados miembros a unos centros de poder comunitarios autónomos como el Consejo y la Comisión de la Comunidad Andina.

- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 11-IP-2010.

Tomando en cuenta que dentro del proceso interno se debate acerca de la correcta aplicación del Decreto 2085 de 2002, se hace necesario referirse al tema Primacía del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina frente al Ordenamiento Jurídico Interno de los Países Miembros.

Este Tribunal ha reconocido, desde la interpretación prejudicial efectuada en los procesos 1-IP-87 y 2-IP-88, el principio de la preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los Países Miembros, señalando que: “(...) en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que (...) la norma interna resulta inaplicable”³⁵⁵

Sobre este mismo tema, este Organismo ha manifestado que: “Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas”³⁵⁶

En efecto, tanto la jurisprudencia como las normas positivas han reconocido que el derecho comunitario andino es de aplicación inmediata y tiene preeminencia sobre la legislación nacional.

Llegando el TJCA a la siguiente conclusión:

“1. El principio de preeminencia de la norma comunitaria, según lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al derivar de la aplicación directa, comporta la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo, con total primacía sobre una

³⁵⁵ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 11-IP-2010

³⁵⁶ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 11-IP-2010

norma de derecho nacional o interno. En caso de presentarse conflicto entre una norma comunitaria y otra nacional deberá acudirse al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno. Los órganos jurisdiccionales nacionales están llamados a hacer respetar en su territorio el cabal cumplimiento de este principio, que resulta indispensable para cumplir los fines de la integración”³⁵⁷

De conformidad con la disposición prevista en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de la República de Colombia, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 128, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal, deberá remitir dicha sentencia al TJCA.

- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 67-IP-2014, (Caso Convenio de Sede Universidad Andina Simón Bolívar)

Interpretación prejudicial sobre el Convenio de Sede suscrito entre la República de Bolivia y la Universidad Andina Simón Bolívar. Consulta solicitada por el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, para una interpretación prejudicial del artículo 3 del Convenio de Sede suscrito entre la República de Bolivia y la Universidad Andina Simón Bolívar, a fin de resolver el Proceso Interno 03983-2013-08-AAC.

En las conclusiones del fallo el TJCA determino que se debe precisar las exenciones tributarias dispuestas a favor de la UASB en el artículo 3 del Convenio de Sede, las que deben interpretarse a la luz de los alcances y objetivos de la UASB dispuestos en su propio Estatuto. Ello a fin de evitar que se desnaturalice y abuse de dichos privilegios. Debe entenderse que dichos beneficios son “para el cumplimiento de sus funciones y la realización de sus objetivos dentro de las previsiones de su Estatuto Orgánico (...) para el desarrollo de sus actividades”³⁵⁸

³⁵⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 11-IP-2010

³⁵⁸ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 67-IP-2014

Tomando en cuenta el artículo 3 del Convenio de Sede y siguiendo una interpretación literal de la norma, “se entiende que la exención anotada comprende a todo tipo de impuestos, sin ninguna restricción, incluyendo tanto a los llamados impuestos directos como a los indirectos. A contrario sensu, lo único que debe pagar la UASB son las tasas que constituyan remuneración de servicios prestados. Por lo tanto, el artículo 3 del convenio es una exención tanto para los impuestos directos (impuesto a las ganancias) e indirectos (IVA). Sin embargo, se debe tomar en cuenta que las inmunidades y privilegios deberían aplicarse no de manera absoluta, sino dentro del marco de los objetivos y funciones del organismo internacional”³⁵⁹

Por tanto, cuando la UASB es llamada al cumplimiento de una prestación por obligación propia, es una “contribuyente” (y no agente de retención), por lo que aplicaría la exención tributaria del artículo 3 del Convenio de Sede.

Este análisis sirvió para que el juez consultante aplique la exención tributaria solo en caso de una obligación propia de la UASB, y no otras obligaciones que tiene como agente de retención en el sistema tributario boliviano, con lo cual se respetó el Convenio Sede que tiene un carácter vinculante para sus destinatarios (El Estado Plurinacional de Bolivia y la UASB) y se aseguró la primacía del derecho comunitario sobre la norma interna del país, en virtud de que dicho Convenio de Sede es parte del Ordenamiento Jurídico Andino de conformidad con el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena. Y al cual, adicionalmente, la República de Bolivia decidió otorgar unilateral y soberanamente un conjunto de privilegios e inmunidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones semejantes a un organismo internacional al suscribir el Convenio de Sede.

- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 573-IP-2016 (Caso Toyosa).

Consulta Facultativa formulada por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) del Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de una solicitud de

³⁵⁹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 67-IP-2014

medidas en frontera, se plantearon 20 preguntas específicas que permitieron al TJCA ampliar y profundizar los criterios jurídicos interpretativos desarrollados sobre la materia.

El TJCA luego del análisis de los asuntos jurídicos controvertidos en el caso concreto, se expresó en los siguientes términos:

“Las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, entre las que se encuentra la Decisión 486, son vinculantes y, en consecuencia, de observancia y cumplimiento obligatorio para los Países Miembros, lo que incluye a todas las instancias administrativas, judiciales y legislativas, así como a las personas jurídicas y a los ciudadanos andinos, los cuales se encuentran autorizados para hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales competentes, así como ante el Sistema Andino de Solución de Controversias, según corresponda. Adicionalmente, de conformidad con el Artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA que establece el denominado principio de «cooperación leal», propio del derecho comunitario andino, “uno de los compromisos asumidos por los Países Miembros es el de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; y, del mismo modo, los Países Miembros se comprometieron a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”³⁶⁰

Si un País Miembro altera sustancialmente la naturaleza, el objeto, contenido o alcance de las instituciones jurídicas o de las disposiciones establecidas en la Decisión 486 o en cualquier otra norma jurídica comunitaria, a través de cualquiera de las conductas descritas en el Artículo 107 del Estatuto del TJCA, podría ser susceptible de ser demandado ante el Sistema de Solución de Controversias de la Comunidad Andina, mediante una Acción de Incumplimiento planteada de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado de Creación del TJCA.

³⁶⁰ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 573-IP-2016.

En su sentencia el Tribunal precisa que:

“Existe un monopolio cuando una empresa es la única que oferta en el mercado un determinado producto o servicio, el cual carece de sustitutos razonables. La existencia de un monopolio implica la ausencia de competencia inter-marca. Sin embargo, puede existir competencia intra-marca, si es que las condiciones del mercado y la naturaleza del producto o servicio de que se trate permiten cierto nivel de competencia entre los distribuidores o comercializadores del mencionado producto o servicio”³⁶¹

Puede apreciarse de la citada interpretación prejudicial, el rol orientativo brindado por el TJCA al SENAPI, al absolver las principales interrogantes de la oficina de propiedad intelectual boliviana sobre aplicación de la norma andina, la Decisión 486 es clara al respecto de las medidas en frontera, las importaciones paralelas, el agotamiento del derecho y la defensa de la libre competencia para no generar monopolios que distorsionan el mercado interno de los países miembros.

- Sentencia Tribunal de Justicia Comunidad Andina. Proceso 452-IP-2017, (Caso Toyosa).

El 12 de diciembre de 2017, el TJCA en su sentencia manifestó que:

“...corresponde a ese Tribunal asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros y que la omisión de solicitar IP, cuando se trate de una consulta obligatoria, o la inaplicación de la IP emitida por el TJCAN, en atención a una consulta obligatoria o facultativa, podrían configurar una situación de incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino, el cual puede ser demandado, precisamente a través de la acción de incumplimiento. Finalmente, expreso que las autoridades nacionales no pueden abstenerse o excusarse de cumplir las disposiciones previstas en la normativa andina, alegando el cumplimiento de una norma o

³⁶¹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 573-IP-2016.

sentencia nacional, pues esto constituiría una negación al principio de la preeminencia de la norma comunitaria"³⁶²

El Tribunal es muy claro en su sentencia sobre el caso al manifestar la preeminencia del derecho comunitario andino sobre el derecho interno de los países miembros, recordando el principio de cooperación leal que esta inserto en el derecho positivo de la Comunidad Andina, el cual hace referencia a que los países miembros están obligados adoptar todas las medidas necesaria para asegurar el cumplimiento de los compromisos previstos en la normativa andina y a no adoptar medidas nacionales contrarias al ordenamiento jurídico comunitario.

-Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 003-013-DTI-CC.

"Dentro de la aplicación jerárquica de las normas, la Constitución de la República, en su artículo 424 determina la primacía de las disposiciones constitucionales sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo que todas las normas y actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, so pena de ser ineficaces en caso de entrar en conflicto con su contenido. Bajo estas circunstancias, los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, al formar parte del ordenamiento jurídico, deben guardar armonía con los principios y reglas establecidos en la Constitución de la República."³⁶³

Después de este análisis de las sentencias más significativas se observa que es en los conflictos que se generan donde se armonizan los dos ordenamientos jurídicos interno y comunitario.

El problema no es que haya tensiones o no, sino que los conflictos que se sucedan se los armonice de la mejor manera y respetando las competencias que se tienen para ello.

³⁶² Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 452-IP-2017.

³⁶³ Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 003-013-DTI-CC

Lo importante para nosotros es corroborar que se resuelve las disputas a favor de la jurisdicción comunitaria, dado su carácter prevalente sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados, puesto que voluntariamente cedieron estas competencias para que sea otra institución supranacional la que se haga cargo de forma uniforme para los otros estados miembros.

La primacía aparece como una consecuencia de la necesidad que tienen los Estados de integrarse económicamente para competir mejor en el ámbito internacional y traer beneficios internos para un desarrollo más equilibrado y sostenible. Y lo que queda claro también es que se necesita mejorar la armonización entre estos dos ordenamientos y adaptar todos los mecanismos de la jurisdicción interna para integrar verdaderamente el ordenamiento comunitario que es un mandato constitucional.

Con lo que queda establecido que los jueces nacionales al momento de conocer una pugna normativa deben examinar con mucha atención el proceso a la luz de los principios en que se estructura el sistema comunitario, con lo que evitara la colisión de normas, que pueden atraer incluso responsabilidades internacionales por su no acatamiento, según las normas que rigen las relaciones entre derecho comunitario y derecho interno.

-Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso: 02-IP-2019

El presenta caso fue consultante por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la Provincia de Pichincha de la República del Ecuador. Expediente de origen: I-C-17885-2009-SCs. Sobre el tema del abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria. Para los cual solicitó interpretación prejudicial de los artículos 52, 53, 238, 240, 241, 245 y 246 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, Artículos 8 (Literal g), 9 y 34 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina y Artículo 1 de la Decisión 616 de la Comisión de la Comunidad Andina a fin de resolver el proceso interno N° 17811-2013-1498.

En su respuesta el TJCA señala que se ha consolidado, a través de su jurisprudencia, la aplicación de principios jurídicos como el de preeminencia, efecto directo y aplicación inmediata del ordenamiento jurídico comunitario andino.

En cuanto al principio de preeminencia específicamente, el TJCA, señala que:

“por el principio de preeminencia (denominado también de primacía o de prevalencia), la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales (incluyendo las normas constitucionales) de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Cabe indicar que ello no implica que la norma nacional es derogada, sino que debe ser inaplicada por el país miembro que corresponda”³⁶⁴

El TJCA, ha resaltado en su reiterada jurisprudencia la importancia del principio de primacía o preeminencia de la normativa comunitaria andina, en los siguientes términos:

“El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...) En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno”³⁶⁵

Asimismo, el fallo señala que:

³⁶⁴ Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso: 02-IP-2019, p.4

³⁶⁵ Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso: 02-IP-2019, p.5

“Cuando un Estado se adhiere a un sistema comunitario debe considerar y resolver los problemas de orden constitucional que se planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé, pero una vez que ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver (...) Lo que resultaría entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando “a posteriori”, obstáculos constitucionales. Tales actitudes señalarían bien una imprevisión, bien la mala fe. Un Estado no puede oponer, pues, una norma cualquiera de su derecho interno, incluida las normas constitucionales, para sustraerse a los compromisos que ha contraído válidamente según el derecho internacional”³⁶⁶

En efecto, si no existiera la primacía de la norma comunitaria andina por sobre la norma nacional no existiría el proceso de integración andino. La existencia de un proceso de integración parte de la premisa de reconocer la cesión de soberanía de los países miembros hacia el proceso de integración y de aceptar la existencia de normas supranacionales y obligaciones que vinculan a los países miembros de la organización supranacional.

³⁶⁶ PESCATORE, Pierre. Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario, Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1981, pp. 348-349, citado por Fabián Novak Talavera, La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico, en AA.VV., Derecho Comunitario Andino, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

CUADRO 4: LINEA JURISPRUDENCIAL PRIMACIA COMUNIDAD ANDINA

- Comisión AC, 29 de mayo al 5 de junio 1980. (Principio de preeminencia)
- STAC. Proceso No. 01-N-86. 10.06.1987. Regula autonomía.
- STAC. Proceso No. 02-N-86, de 10.06.1987, 25 de mayo 1988. (Primacía)
- STAC. Proceso No. 01-IP-87, 3.12 1987. (Principio de preeminencia).
- STAC. Asunto No. 01-IP-88, 3 de diciembre 1988 (Primacía)
- STAC, Proceso No. 02-IP-88, 25 de mayo 1988 (Primacía)
- STAC, 1989 (Buena fe)
- STAC. Proceso No. 02-IP-90, 11 de octubre 1990 (Primacía).
- STCA. Proceso No. 01-AI.96. Primacía ampliada a otros acuerdos bilaterales y multilaterales de los Estados miembros.
- STCA. Proceso No. 02-AI.96. (Primacía)
- STCA. No. 03-AI.96, 24.03.1997 (Principio de aplicación inmediata y efecto directo)
- STCA. Proceso No. 02-AI.97. (Primacía)
- STCA, Proceso No. 03-AI.97. (Primacía)
- STCA. Proceso No. 02-AI.98. (Primacía)
- STCA. Dictamen No. 06-2006, 13 de julio 2006. (Trato nacional).
- STCA. Proceso No. 02-AN- 2007. (Caso Longas Londoño). (Primacía)
- STCA. Proceso 67-IP-2014, Caso Convenio Sede Universidad Andina Simón Bolívar. (Primacía)

3.5 Actividad Tribunal de Justicia Andino en estadísticas

A medida que el proceso de integración fue avanzando la carga procesal del tribunal creció de forma vertiginosa, especialmente en los últimos años, pasando de recibir 156 causas judiciales el año 2009 a 728 para la gestión 2019. Y de 140 causas resueltas para el año 2009 se pasó a 619 causas resueltas durante la gestión 2019.

Lo que evidencia un considerable promedio de causas recibidas, pero también resueltas en el marco, de una de las Cortes Internacionales de Justicia, más activas y eficaces del mundo, siendo la tercera más importante para ser precisos, tal como se muestra en los siguientes cuadros estadísticos elaborados para la presente investigación en base a las estadísticas que produce ocasionalmente el TJCA.

TABLA 1
ACCIONES ANTE EL TRIBUNAL COMUNITARIO (1984-2019)

PROCESOS	TOTAL	%
Procesos Ingresados	6.313	100 %
Procesos Resueltos	5.914	94%
Interpretaciones Prejudiciales	5.680	95%
Acciones de cumplimiento	130	2,7%
Acciones de Nulidad	70	1,4%
Demandas Laborales	22	0,4
Recursos por Omisión	10	0,2
Demandas Arbitrales	2	0,1
TOTAL:	5.914	100%

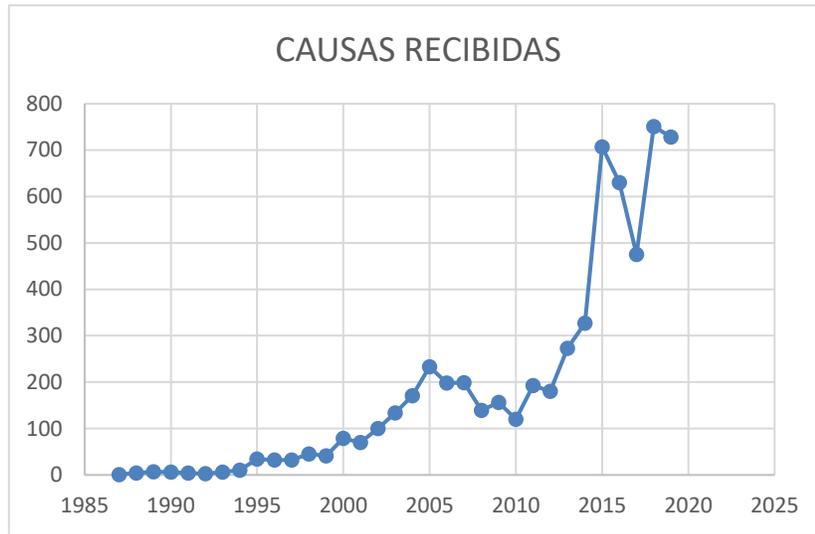
Fuente: Elaboración propia en base a informes de TJCA

TABLA 2
INTERPRETACIONES PREJUDICIALES RECIBIDAS POR PAISES (2019)

PAIS	CANTIDAD	%
BOLIVIA	19	3%
COLOMBIA	482	65 %
ECUADOR	73	10%
PERU	163	22%
TOTAL:	737	100%

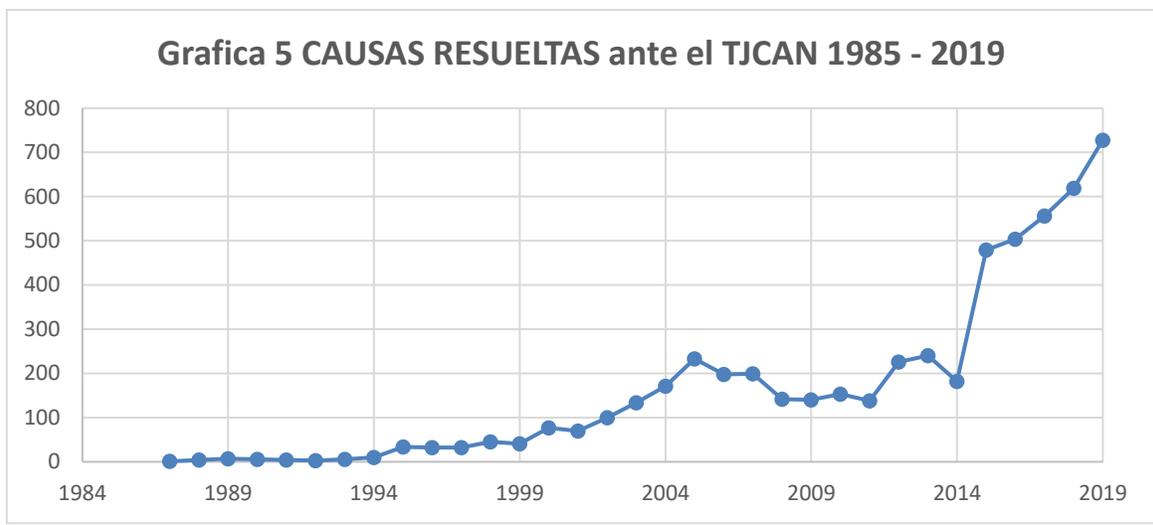
Fuente: Elaboración propia en base a informes de TJCA

Graficas 4: Causas recibidas en el TJCA 1986-2019



Elaboración propia en base a los datos oficiales del TJCA

CAUSAS RECIBIDAS 1986 – 2019			
1986	0	2003	134
1987	1	2004	171
1988	4	2005	233
1989	7	2006	198
1990	6	2007	199
1991	4	2008	139
1992	3	2009	156
1993	6	2010	120
1994	10	2011	193
1995	34	2012	180
1996	32	2013	273
1997	32	2014	327
1998	45	2015	707
1999	41	2016	630
2000	79	2017	475
2001	70	2018	751
2002	100	2019	728
TOTAL			6088



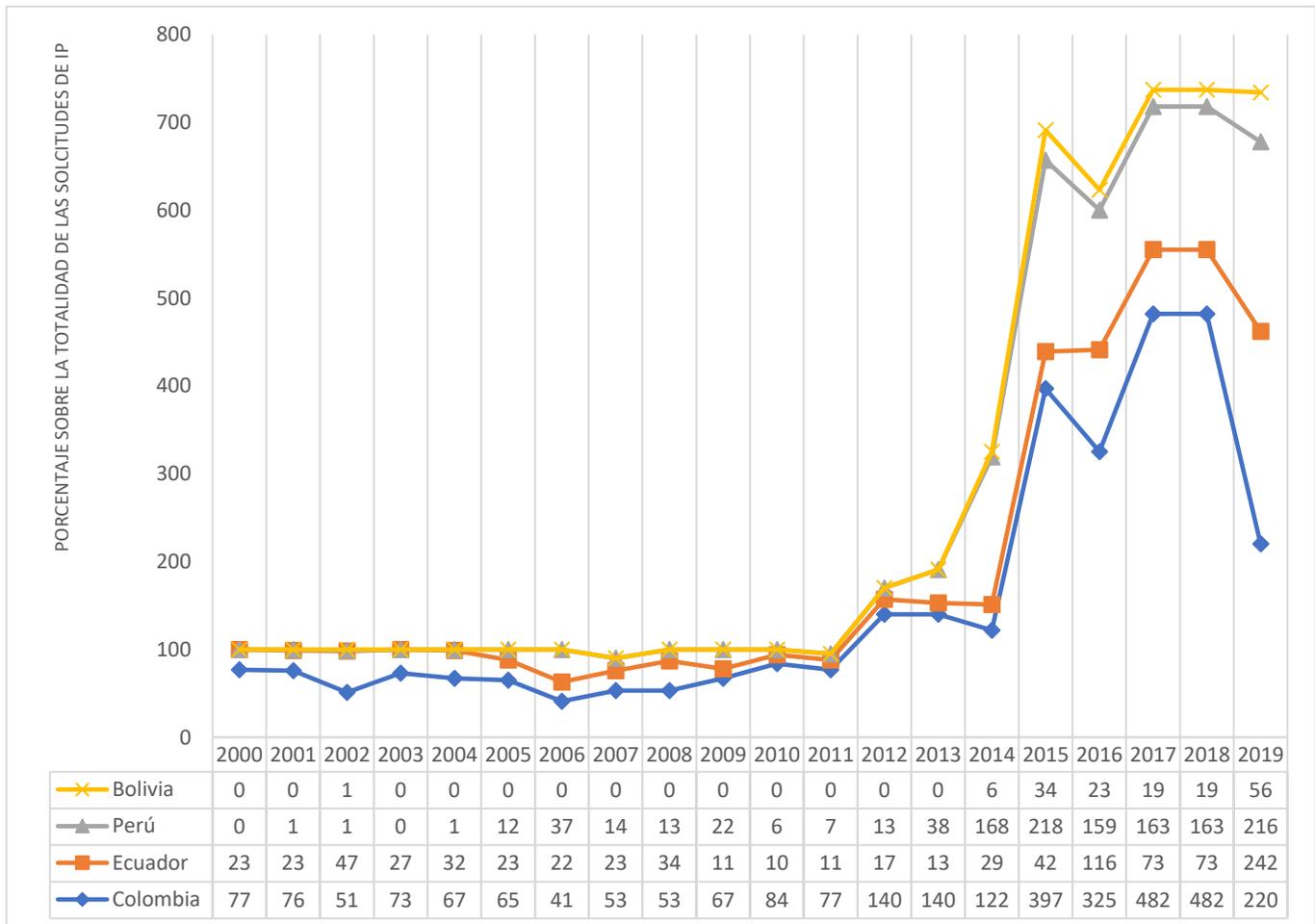
Año	Procesos	Año	Procesos
1985	0	2003	134
1986	0	2004	171
1987	1	2005	233
1988	4	2006	198
1989	7	2007	199
1990	6	2008	142
1991	4	2009	140
1992	3	2010	153
1993	6	2011	138
1994	10	2012	226
1995	34	2013	240
1996	32	2014	182
1997	32	2015	479
1998	45	2016	504
1999	41	2017	556
2000	77	2018	619
2001	70	2019	728
2002	100	TOTAL	5512

Elaboración propia en base a los datos oficiales del TJCA

De los dos cuadros estadísticos, en las gráficas 1 y 2 podemos inferir claramente, que a lo largo del tiempo se ha conseguido una destacable efectividad, entre los casos que llegan al TJCA y los casos que procesan anualmente en el TJCA.

Grafica 6

Jurisprudencia consolidada TJCA, interpretaciones prejudiciales solicitadas países (2000 – 2019)



Fuente: Elaboración propia.

En el grafico se observa que la participación boliviana en el sistema se inicia el año 2014 mientras que el Ecuador desde un principio ha sido un actor importante del sistema andino de integración, pero muy por debajo de Perú y Colombia.

3.6 Principales logros del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Sin duda, el TJCA ha sido un factor decisivo en la garantía de la aplicación preferente del derecho comunitario. El TJCA ha consolidado el proceso de integración más exitoso de América Latina, a través de sus sentencias. Y cumplió con las funciones que le asignaron los tratados.

El control jurisdiccional que realiza genera seguridad jurídica para los comerciantes, inversionistas, y ciudadanos comunitarios que cuentan con reglas claras, y uniformes, en toda la sub región, garantizando sus actividades en todo el territorio de integración andino.

El sistema judicial andino se ha convertido en un mecanismo de dialogo jurisprudencial y cooperación judicial, puesto que presta apoyo y servicios a entidades públicas y privadas, promoviendo el uso correcto de toda la normativa andina.

3.7 Jurisprudencia boliviana

Efectivamente, fue la constitución de 1995, la que abrió el camino para que en sucesivas decisiones se constituya el Tribunal Constitucional que empezó a funcionar desde el 1 de junio de 1999. La jurisprudencia de este Tribunal apporto a la dilucidación de varios temas referidos de la relación del derecho internacional y el derecho interno hasta llegar incluso a reconocer en el bloque de constitucionalidad los tratados en materia de derechos humanos, génesis del actual art. 410, que incorpora también a las normas del derecho comunitario en dicho bloque.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, del órgano judicial, la Corte Suprema de Justicia y muy recientemente, del Tribunal Constitucional Plurinacional, que ha incursionado en la problemática de los sistemas jurídicos Estatal y Comunitario,

pasamos a revisar las más importantes sentencias a efectos de observar el cumplimiento de la normativa comunitaria en el país.

3.7.1 La jurisprudencia antes del 2009

-Sentencia Corte Suprema de Justicia, caso 200108-Sala Plena -1-062 (Caso Grajales).

La Corte Suprema de Justicia, en relación al caso de extradición del ciudadano colombiano Eduardo Grajales, se pronunció en su sentencia sobre el tratamiento que se les debe dar a los tratados internacionales señalando que un control ex post a la ratificación alteraría las facultades constitucionales tanto del presidente de la Republica como del Congreso Nacional.

El fallo indica lo siguiente: “debido a la naturaleza bilateral de los tratados, estos solo pueden ser alertados mediante los procedimientos establecidos en los propios tratados. Asimismo, resaltó que: ...” los tratados son fruto de la negociación de Estados y de la correspondiente aprobación de sus Congresos, por lo que las partes no pueden suplir las competencias de los poderes Ejecutivo y Legislativo”³⁶⁷

Según la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional sólo puede realizar un control constitucional de los tratados siguiendo la doctrina internacional: “Antes del perfeccionamiento del instrumento internacional, es decir, antes de efectuarse en canje las comunicaciones de ratificación”³⁶⁸

En caso de que el Tribunal Constitucional decidiera realizar un control ex post sin observar los procedimientos del derecho internacional se alteraría las facultades constitucionales del presidente de la Republica y del Poder Legislativo, afectando los compromisos adoptados por los Estados, los que estando en vigor deben ser cumplidos de buena fe y cumpliendo el principio *pacta sunt servanda* del derecho internacional público.

³⁶⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Caso 200108-Sala Plena -1-062 (Caso Grajales)

³⁶⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Caso 200108-Sala Plena -1-062 (Caso Grajales)

Con ello, la Corte Suprema de Justicia, expreso que en Bolivia los tratados internacionales emergen de una facultad constitucional del presidente de la Republica y del Congreso Nacional y que alterarlos después de firmados y ratificados dando la fe del Estado desconocería esta facultad constitucional que tiene el poder constituido.

Finalmente, el fallo del TSJ lleva a concluir que los tratados convencionales tienen un efecto constitucional por emerger precisamente de la propia Constitución Política del Estado.

-Sentencia Tribunal Constitucional Nr. 0036/2001, de 30 de mayo 2001

En esta sentencia se establece la teoría del efecto constitucional de los tratados internacionales en Bolivia, en la cual los tratados sólo podrían someterse a un control de constitucionalidad a priori porque son fruto de una facultad constitucional que tiene el Presidente de la República y el Congreso de negociar, concluir y aprobar tratados y convenios internacionales, por lo que un control de constitucionalidad a posteriori sería inconstitucional, dado que el Tribunal Constitucional vulneraría los propios preceptos constitucionales y competencias que facultan al poder público, tanto del Presidente de la Republica como del Congreso Nacional en materia de tratados.

La sentencia constitucional, resolvió la controversia respecto a si los controles de constitucionalidad de los tratados debían efectuarse bajo el sistema a priori o a posteriori, ya que la Constitución de 1967 modificada en 1995, vigente en ese entonces, no establecía de forma expresa el momento en que debe realizarse este control.

Asimismo, esta sentencia sirvió para que el Tribunal Constitucional reafirmara el carácter bidimensional de los tratados y convenios internacionales, pues separa lo que es el contenido del tratado (dimensión internacional) de lo que es el texto de su aprobación (dimensión nacional).

Asimismo, el Tribunal Constitucional realizó el análisis indicado con base en el principio *pacta sunt servanda* y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, el cual señala lo siguiente: “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”³⁶⁹

Finalmente, debemos indicar que el Tribunal Constitucional resolvió el caso utilizando el carácter bidimensional de los tratados, al indicar que éstos están sometidos facultativamente al control de constitucionalidad de forma a priori a su aprobación congresal, y a posteriori sólo en relación con las leyes de ratificación, dejando como única vía de resguardo constitucional ex post la denuncia del respectivo tratado. Pero la misma no resolvió el tema de la jerarquía y aplicación de los tratados, estableciendo tan solo la constitucionalidad de los artículos en cuestión.

-Sentencia Tribunal Constitucional Nr. 095/2001, de 21 de diciembre 2001

En la que se pronuncia sobre el bloque de constitucionalidad indicando que:

“Es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados en la constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritas y ratificadas por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad”³⁷⁰

-Sentencia Tribunal Constitucional Nr. 0031/2006, de 10 de mayo 2006

En esta sentencia se analiza el efecto constitucional del derecho comunitario originario en Bolivia. El derecho comunitario originario nace, se desarrolla y concluye bajo las formas y los parámetros del derecho internacional público, pues

³⁶⁹Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969. Artículo 27.

³⁷⁰ Sentencia Tribunal Constitucional. Nr. 095/2001, de 21 de diciembre 2001

formalmente es un tratado multilateral. Por este motivo es importante analizar las consideraciones que realiza el Tribunal Constitucional, pues por primera vez se hace referencia al control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales.

En el asunto se planteaba la inconstitucionalidad de leyes ratificadoras de convenios y tratados internacionales en materia de protección a las inversiones, por ser presuntamente contrarios a los artículos 135 y 228 de la Constitución Política del Estado.

Respecto a pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sobre el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, se estableció que:

“La Constitución Política del Estado ha previsto el control de Tratados y Convenios Internacionales como una forma de control de constitucionalidad previo, mediante la denominada Consulta. En efecto, la consulta sobre la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales, constituye una acción jurisdiccional a través de la cual, la autoridad legitimada somete a conocimiento y consideración del Tribunal Constitucional, el texto de los mismos suscrito por el Ejecutivo, así como el proyecto de ley de su aprobación, para que se realice el control previo sobre si sus normas son o no compatibles con las previstas en la Ley Fundamental. La citada acción, conforme se tiene señalado, forma parte del sistema de control previo, por cuanto el juicio de constitucionalidad de las normas del tratado o convenio internacional se efectúa con carácter previo al perfeccionamiento del instrumento internacional, antes que se sancione la ley que aprueba tal tratado o convenio internacional. En Bolivia el control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales no es automático ni obligatorio, sino que debe ser siempre a instancia de la autoridad legitimada, que, conforme al art. 113 de la LTC, es únicamente el Presidente del Congreso Nacional³⁷¹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en el análisis que realizó coincide con parte de la doctrina internacional en referencia al sistema de control de

³⁷¹Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0031/2006 de 10 de mayo de 2006.

constitucionalidad, que la Constitución ha previsto en materia de tratados y convenios internacionales; sin embargo, incluye dentro de su análisis otros aspectos interesantes, pues por una parte ratificó el principio de primacía constitucional y por otra estableció que “no se puede realizar un control ex post de los tratados y convenios internacionales en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda*”³⁷²

Para no tener dudas al respecto, tal vez deba considerarse más apropiada la teoría del efecto constitucional de los tratados en Bolivia, doctrina que nació del análisis de la jurisprudencia del caso Grajales en la Sentencia No. 036/01, de 30 de mayo 2001.

3.7.2 La Jurisprudencia después del 2009

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha incursionado en la problemática de los sistemas jurídicos Estatal y Comunitario, proponiendo alternativas interesantes.

-Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1250/2012.

El Tribunal Constitucional boliviano viene afirmando desde el 2001 que los tratados de derechos humanos se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad y en cuanto a las normas de Derecho comunitarios desde el 2009, criterio que ha sido constitucionalizado por los Constituyentes al incorporar en el art. 410.II del texto lo siguiente:

“La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política

³⁷² Sentencia Tribunal Constitucional Nr. 0031/2006, de 10 de mayo 2006

del Estado. 2. Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país...”³⁷³

- Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0769/2013-L, de 1 de agosto.

Los conflictos laborales en organismos comunitarios, como es la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), deben ser resueltos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que es el órgano jurisdiccional supranacional encargado de la resolución de conflictos así como de la interpretación del Derecho Comunitario de la Comunidad Andina de Naciones y no así por la justicia constitucional a través de la acción de amparo constitucional, por cuanto dichas relaciones laborales están dentro del ámbito del Derecho Comunitario, por lo mismo, la justicia constitucional no tiene atribuciones de interpretación de un ordenamiento jurídico supranacional.

Esta Sentencia en su FJ.III.6 dispone lo siguiente:

"La problemática que el accionante presenta es un cuestionamiento a su remoción como Rector de la sede central de la UASB, pero el origen de esta relación laboral se dio dentro del ámbito del Derecho Comunitario creado especialmente para desarrollar y lograr las actividades y los fines de la Comunidad Andina, que tiene un órgano jurisdiccional supranacional encargado de la resolución de conflictos así como de la interpretación del derecho comunitario; es así que esta es una temática propia e interna del ámbito supranacional citado, que debe ser resuelta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y no así por un solo miembro de dicho ente internacional, pues tales tareas son competencia exclusiva de aquel Tribunal de Justicia, de acuerdo a su naturaleza, objeto y atribuciones”³⁷⁴

Si bien una de las funciones principales del Tribunal Constitucional Plurinacional es el precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales; el presente caso, se encuentra exento de la jurisdicción nacional

³⁷³ Constitución Política del Estado del 7 de febrero 2009, Gaceta Oficial de Bolivia, artículo 410.II

³⁷⁴ Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0769/2013-L de 1 de agosto.

por cuanto son actos que se han realizado dentro del ámbito de jurisdicción del Derecho Comunitario de la Comunidad Andina.

Deniega la acción de amparo constitucional por improcedente, por cuanto la supuesta destitución ilegal de Rector de la Universidad Andina Simón Bolívar no puede ser resuelta por la justicia constitucional boliviana a través de esta acción de defensa, en razón a que las normas previstas en los arts. 202 de la CPEP y 12 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, no contemplan atribuciones de interpretación de un ordenamiento jurídico supranacional al que nuestro país se ha sometido voluntariamente como miembro fundador, por lo que, el órgano que tiene competencia, en este caso, es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que es el órgano jurisdiccional supranacional de la Comunidad Andina, encargado de la resolución de conflictos laborales así como de la interpretación del Derecho Comunitario.

Según el artículo 40 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que refiere esa instancia es competente para: "...conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración"³⁷⁵

Con lo que se reconoce la primacía del derecho comunitario andino sobre el derecho interno, en virtud al tratado constitutivo y, por lo tanto, la destitución del Rector de la UASB, debe ser tratada por el órgano correspondiente de la organización supranacional, en este caso el TJCA. Que tiene la jurisdicción del Derecho Comunitario para tratar conflictos laborales que se han realizado dentro de su ámbito.

- Sentencia Constitucional Plurinacional, (SCP) Nr. 844/2014, 8 de mayo 2014

Lo interesante de este caso es que se hace referencia al Acuerdo de Cartagena y su integración al bloque de constitucionalidad como norma de derecho

³⁷⁵Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 40.

comunitario. Asimismo, señala de manera sistemática, clara y amplia los principios y características especiales del derecho comunitario supranacional que rigen en el ordenamiento interno del país.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha incursionado en la problemática de los sistemas jurídicos Estatal y Comunitario, proponiendo alternativas interesantes:

En ese sentido, queda claro que cualquier divergencia sobre la interpretación que de alguna de las normas que forman parte del Ordenamiento Jurídico Comunitario, el órgano competente a tal efecto es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y no así el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En la sentencia se señala lo siguiente:

“(...) Se está en presencia de una figura que persigue asegurar una aplicación simultánea y descentralizada del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, en colaboración con los jueces comunitarios (...) La interpretación del TJCA tiene fuerza obligatoria, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el reenvío y a los demás tribunales que deben conocerla por vía de recurso. Tiene autoridad de cosa juzgada, así lo establece expresamente el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, que expresa: “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”³⁷⁶

Pero debemos destacar que el Tribunal Constitucional ha mencionado en la presente sentencia adicionalmente que comprende el ordenamiento jurídico comunitario: “De igual manera, el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina es el conjunto de normas que lo componen y las derivadas del mismo, provenientes de la voluntad de los estados suscriptores y de los organismos con poder normativo

³⁷⁶Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino 1979, artículo 35

propio; por definición, está conformado por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta”³⁷⁷

Con lo que se aclara el contenido del ordenamiento jurídico comunitario en el Estado Plurinacional de Bolivia. Donde se habla de normas fundacionales y normas secundarias o derivadas que provienen de los órganos supranacionales creados para ese fin. Lo que ayuda a entender el alcance constitucional de las mismas. En este sentido, queda claro que cualquier divergencia sobre la interpretación que de alguna de las normas que forman parte del Ordenamiento Jurídico Comunitario, el órgano competente es el TJCA.

- Sentencia Constitucional Plurinacional, (SCP) 0024/2017, 21 de julio 2017.

Esta sentencia del TCP, sobre la inconstitucionalidad de la Ley 735 que ratifico el Acuerdo de Cooperación entre el gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia y el Gobierno de la Republica de Italia, detalla abundantemente todo el complejo procedimiento de ratificación de tratados internacionales y el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional, estableciéndose que solo los tratados que versan sobre derecho comunitario deben seguir obligatoriamente el trámite de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En el fallo se planteó lo siguiente:

“a) La ratificación de tratados y otros instrumentos internacionales es atribución de la Asamblea Legislativa Plurinacional y no del Tribunal Constitucional Plurinacional, último éste que activa su competencia para realizar el control previo de constitucionalidad de los tratados cuando exista duda razonable respecto a la compatibilidad del documento con la Constitución Política del Estado (arts. 158. I.14 y 202.9 constitucionales en

³⁷⁷ Sentencia Constitucional Plurinacional, (SCP) Nr. 844/2014, de 8 de mayo 2014

relación con el art. 105 del CPCo); b) La negociación de los instrumentos internacionales, compromete la fe del Estado y se rige bajo el principio de pacta sunt servanda (lo pactado obliga); c) Al momento de negociar el acuerdo, el Órgano Ejecutivo considera su compatibilidad con la Ley Fundamental y que las leyes de ratificación gozan por tanto de presunción de constitucionalidad; d) En el derecho comparado, en las legislaciones de Francia, España y Venezuela - entre otras-, el control previo de constitucionalidad se rige a un procedimiento facultativo a momento de ejercer el control previo de constitucionalidad que no es obligatorio y se debe basar en una duda fundada sobre la compatibilidad del instrumento internacional con la Norma Suprema; así, en el contexto internacional y de acuerdo a la Convención de Viena, algunos de los tratados internacionales son únicos, solemnes, entrañan derechos y obligaciones de sustrato constitucional para los Estados, distinguiéndose de otros instrumentos internacionales que son derivados o de implementación; y, e) Finalmente, hacen referencia a imprecisiones y ambigüedad en el contenido del art. 107.II del CPCo. Refieren que la acción no tiene fundamentos jurídicos constitucionales que sean suficientes para declarar la constitucionalidad de la norma demandada, por lo que finaliza solicitando sea declarada constitucional”³⁷⁸

El Tribunal evidencia sobre el primer punto que Ley 735, que ratifica el Acuerdo de Cooperación Cultural, Científica y Tecnológica entre el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia y el Gobierno de la República Italiana, no tiene comprometidos temas relacionados a normas de Derecho Comunitario que requieren necesariamente de dicho control, ni tiene relación alguna con cuestiones limítrofes, de integración monetaria, económica estructural, ni cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración, que amerite una consulta obligatoria previa de

³⁷⁸ Sentencia Constitucional Plurinacional, (SCP) 0024/2017 de 21 de julio 2017

constitucionalidad, por tanto, declaro la constitucionalidad del artículo único de la Ley 735 de 21 de septiembre 2015.

Sobre el segundo punto referido al art. 107.II del CPCo, vinculado a la atribución contenida en el art. 202.9 de la CPE, conforme a la contrastación realizada de esta previsión con la Norma Suprema, se tiene que el control previo puede ser ejercido cuando el legitimado muestre una duda razonable y fundamentada, lo que tampoco ocurrió en el presente caso en el que los legitimados para ello de ninguna manera expresaron duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la Ley 735, por lo que no estaban obligados a remitir dicho instrumento internacional a control previo de constitucionalidad, lo que a su vez deviene en la norma impugnada en la forma también resulta ser acorde a la Constitución Política del Estado.

Todos los fundamentos expuestos en el análisis realizado en este caso por el TCP, muestran que la próxima vez que el país quiera ratificar un tratado sobre integración supranacional va tener que subsanar primero muchas contradicciones que se tienen respecto a la jerarquía de los tratados a nivel interno y compatibilizarlos con la abundante doctrina internacional que determina un uso apropiado de términos como son los de aprobación, ratificación y control previo de constitucionalidad, en función de principios ya establecidos por el derecho internacional público y el derecho comunitario.

-Sentencia Constitucional Plurinacional 0646/2017-S2, 19 de junio 2017. (Caso Toyosa)

Este caso sobre exclusividad de derechos de propiedad industrial, es icono en Bolivia y la Comunidad Andina, porque llegó a todas las etapas de derecho comunitario generando fallos contradictorios, sin embargo, finaliza con el incumplimiento de Bolivia a la normativa comunitaria andina, pese a contar con dos interpretaciones pre judiciales sobre el mismo tema del TJCA. Y lo que nos interesa

es analizar esa interacción entre Juez Nacional, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Andino y el Tribunal Constitucional.

El caso comienza el 5 de septiembre 2011, cuando la empresa Toyosa SA presento ante el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) demanda por infracción de derechos de propiedad industrial por importación de vehículos de la marca Toyota en contra de Expo Motors y otros, fundamentando su acción en que en Bolivia es el distribuidor exclusivo otorgada por Toyota Motor Corporation.

El 13 de enero de 2012, mediante RA IF.04/2012, el SENAPI resolvió la solicitud de medidas en frontera presentada por Toyosa SA, rechazándola en razón de que la peticionaria no tiene el uso exclusivo de la marca. Por lo que no puede oponerse a la importación o comercialización de productos identificados con la marca Toyota que se han vendido lícitamente en el mercado.

En su respuesta el SENAPI mediante resolución administrativa rechazando su demanda por que en Bolivia no pude haber derechos exclusivos. Luego la demanda se fue al jerárquico.

El 13 de abril de 2012 Toyosa presento recurso jerárquico en contra de la resolución IF-REV-05/2012. El 11 de diciembre de 2012, mediante Resolución JER-003/2012, el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, rechazo el recurso jerárquico y ratifico en todas sus partes la resolución impugnada.

Continuando con la demanda la empresa Toyosa se fue al Tribunal Supremo de Justicia, la cual remitió el caso y los antecedentes, a través de una solicitud de interpretación prejudicial al TJCA, después de unos meses el Tribunal se pronunció con una sentencia señalando que no había infracción de marca y que era una demanda ilegal que no respetaba la libre competencia que determina la normativa andina al respecto. Cuando esta IP llego al Tribunal Supremo de Justicia, esta instancia judicial se pronunció en su fallo en contra de la demanda de TOYOSA.

Ante estos rechazos consecutivos, la empresa Toyosa plantea una acción de Amparo Constitucional en contra del viceministerio de Comercio al haber emitido la resolución Administrativa JER.013/2016.

El 8 de mayo 2017, la jueza del Juzgado Publico de la Niñez y Adolescencia Segundo, del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, constituido en Juez de Garantías Constitucionales, al dictar sentencia resolvió:

“a. Dejar sin efecto la Resolución Administrativa JER-03/2016 emitida por el Viceministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, de fecha 15 de diciembre 2016. b. Se dicte una nueva resolución jerárquica por parte del Viceministerio de Comercio, que disponga el reconocimiento de la empresa Toyosa S.A., como distribuidora exclusiva y licenciataria de la marca “TOYOTA” en el territorio nacional, entre tanto el TSJ emitiera sentencia sobre las medidas de frontera solicitadas por TOYOSA S.A., lo cual había quedado pendiente, hasta que el TJCA emita una sentencia sobre la Interpretación prejudicial solicitada por el TSJ (Interpretación Prejudicial 573-IP-2016). c. Que el viceministro de Comercio, emita una resolución dando curso a las Medidas en Frontera y Acción de Infracción interpuestas por TOYOSA S.A., determinando la prohibición de que terceros no pueden importar vehículos, partes o repuestos nuevos de la marca TOYOTA”³⁷⁹

El 19 de junio 2017, mediante sentencia constitucional 0646/2017-S2, el TCP, en revisión de la Resolución de 8 de mayo de 2017, en sus consideraciones afirmó que:

“la normativa comunitaria no contiene ninguna previsión que haga mención al contenido, alcance y extensión del contrato de distribución, por lo que esta materia queda regulada por el derecho boliviano, además que deben concederse las medidas en frontera al margen de la interpretación del tribunal de Justicia Andino y por tanto resolvió: a) Confirmar la Resolución de 8 de mayo de 0217, dictada por la jueza pública de la niñez y adolescencia del departamento de Santa Cruz, b) Conceder la tutela solicitada, c) Dejar sin efecto la RA JER-03/2016 disponiendo que la autoridad demandada emita

³⁷⁹ Sentencia Juez de la Niñez y Adolescencia Segundo, del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, constituido en Juez de Garantías Constitucionales, del 8 de mayo 2017

una nueva resolución jerárquica sobre la base de los fundamentos jurídicos expuestos”³⁸⁰

Sorprende de sobre manera que un caso tan importante llegue a manos de una Juez de Familia y que esta emita una sentencia ordenando a las instituciones públicas nacionales concedoras del tema dejar sin efecto sus resoluciones. Ordenando al Viceministerio de Comercio que anule todas sus resoluciones y que expida otra estableciendo que la empresa TOYOSA tiene los derechos exclusivos de marca en el territorio nacional. También ordena al SENAPI para que nadie pueda importar vehículos de la marca Toyota en el territorio nacional.

Si entendemos que el juez nacional encargado de aplicar la norma comunitaria debe ser un juez competente, las competencias para este tema no son definidas expresa ni claramente, pero cada País Miembro tiene determinados jueces que conocen temas relacionados al Derecho Comunitario; cada juez nacional que conozca alguna cuestión cuya competencia normativa sea de la CAN debe aplicar el derecho común. Previa interpretación prejudicial. Legalmente los jueces nacionales están no sólo facultados a ejercer la aplicación preferente de este Derecho, sino que están obligados a hacerlo. Son los llamados a ejecutar y a garantizar el cumplimiento normativo comunitario.

Es importante tener en cuenta que, cuando un juez o tribunal nacional conoce algún litigio donde esté inmerso el Derecho Comunitario, este litigio pasa a tener naturaleza comunitaria, es decir, que el juez nacional debe tomar en cuenta a la hora de resolver el conflicto la naturaleza comunitaria y no sólo las disposiciones del derecho interno.

El 29 de noviembre de 2017, el Viceministerio de Comercio solicitó IP al TJCAN, como consecuencia de la Sentencia 646/2017-S2 de 19 de junio de 2017. Entonces antes de aplicar la sentencia de amparo formula esta IP al TJCA para que este Tribunal le diga si efectivamente esa sentencia de amparo se adecuaba a la norma comunitaria andina.

³⁸⁰ Sentencia Constitucional Plurinacional 0646/2017-S2, del 19 de junio 2017

El 12 de diciembre de 2017, el TJCA se vuelve a pronunciar al respecto donde en su sentencia manifestó que corresponde a ese Tribunal asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros y que la omisión de solicitar IP, cuando se trate de una consulta obligatoria, o la inaplicación de la IP emitida por el TJCAN, en atención a una consulta obligatoria o facultativa, podrían configurar una situación de incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino, el cual puede ser demandado, precisamente a través de la acción de incumplimiento. Finalmente, expreso que las autoridades nacionales no pueden abstenerse o excusarse de cumplir las disposiciones previstas en la normativa andina, alegando el cumplimiento de una norma o sentencia nacional, pues esto constituiría una negación al principio de la preeminencia de la norma comunitaria.

Según la jurisprudencia del TJCA, que ha resaltado la importancia del principio de preeminencia de la normativa comunitaria, indicando que:

“El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...) En los asuntos cuya regulación corresponda al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La comunidad organizada invade u ocupa por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno (...)”³⁸¹

En este caso el Tribunal Constitucional Plurinacional yendo en contra nada menos que de dos Interpretaciones Prejudiciales 452-IP-2017 y 573-IP-2016, solicitadas por el mismo Estado boliviano al TJCA, decidió confirmar el amparo constitucional de la Juez de Familia en el que se obliga al Viceministerio de Comercio a reconocer como distribuidor exclusivo y licenciataria de uso de la marca TOYOTA, en todo el territorio nacional, a favor de la empresa TOYOSA, que había sido negada en reiteradas oportunidades en todas las instancias administrativas y

³⁸¹Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 2-IP-90

judiciales, incluso por el mismo Tribunal Supremo de Justicia, lo cual lógicamente coloca a Bolivia en un claro incumplimiento en contra del Derecho Comunitario.

El 18 de diciembre de 2017 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante Oficio No. 899-s-TJCA-2017 remitió la interpretación prejudicial 452-IP-2017, en virtud de esta, el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones emite la Resolución Administrativa JER No. 08/2017 estableciendo:

“PRIMERO. - RECHAZAR el Recurso Jerárquico interpuesto por Gerónimo Antonio Melean Eterovic y Rosario Elena Vargas Salgueiro en representación de la empresa TOYOSA S.A. de fecha 15 de julio de 2016 (...). SEGUNDO. - CONFIRMAR la Resolución Administrativa N°IF-REV-18/2016, REF. EXP. N°IF-17/2011 de 24 de junio de 2016 (...) TERCERO. - Con relación a las medidas en frontera, cumplir con la Sentencia No. 670/2017 del 30 de octubre de 2017, emitido por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en razón de que la determinación Constitucional era TEMPORAL”³⁸²

Una vez conocida la nueva sentencia del TJCA, y con la exigencia de la Juez de Amparo de que cumpla su sentencia confirmada por el propio Tribunal Constitucional, el Viceministerio de Comercio, desoyendo el fallo del TJCA, decide aplicar la sentencia de la Juez de Amparo.

Lo que provoco como consecuencia que sea emitida la Resolución Administrativa MDDyEP/VCI No. 001/2020 de fecha 28 de septiembre 2020, por el Viceministerio de Comercio, en la que la parte resolutive da estricto cumplimiento a la resolución de 08 de mayo de 2017 dictada por la Jueza Publica de la Niñez y Adolescencia Segunda del Departamento de Santa Cruz confirmada por la Sentencia Constitucional Plurinacional 0646/2017.

El 28 de septiembre de 2020, el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, emitió una nueva resolución dando cumplimiento a la Sentencia de Amparo, lo que desconoció total y expresamente las Interpretaciones Prejudiciales 573-IP-2016 y 452-IP-2017, violando los Arts. 4, 35 y 36 del Tratado de Creación

³⁸² Estado Plurinacional de Bolivia. Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones. Resolución Administrativa JER No. 08/2017

del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Resolución Administrativa MDPyEP/VCI No. 001/2020 señala:

“PRIMERO. - ACEPTAR el Recurso Jerárquico interpuesto por la empresa TOYOSA S.A. el 15 de julio de 2016, en consecuencia, revocar totalmente la Resolución Administrativa IF-39/2016 de 04 de mayo de 2016 y la Resolución Administrativa RA IF-REV-18/2016 de 24 de junio de 2016, ambas emitidas por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual – SENAPI. SEGUNDO. - Se dispone el reconocimiento de TOYOSA S.A. como distribuidor exclusivo y licenciataria de uso de la marca TOYOTA en territorio nacional, con base en el contrato de licencia de uso suscrito entre TOYOSA S.A. y TOYOTA MOTOR CORPORATION que se encuentra debidamente inscrito ante el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual del SENAPI. TERCERO.- A conocimiento del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual – SENAPI, para que esta institución emita los actos administrativos y realice todas las actuaciones necesarias y pertinentes, ante las instancias y autoridades competentes, para que se dé estricto cumplimiento a la Resolución de 08 de mayo de 2017 dictada por la Jueza Pública de la Niñez y Adolescencia Segunda del Departamento de Santa Cruz, confirmada por la Sentencia Constitucional Plurinacional 0646/2017-52 de 19 de junio de 2017”³⁸³

Resolución que prohíbe las Importaciones Paralelas de vehículos de la marca Toyota, instruyéndose a las instancias públicas respectivas se adopten medidas destinadas a impedir que terceros puedan importar paralelamente estos vehículos, restringiendo por tanto la libre competencia y propiciando la creación de monopolios.

Posteriormente, en cumplimiento de esta misma sentencia se publicó la Circular No. 216/2020 de 30 de octubre 2020, emitida por la Aduana Nacional de Bolivia, donde se pone en conocimiento de las personas la Resolución Administrativa No. 01/2020 expedida por el Viceministerio de Comercio Interno.

³⁸³ Estado Plurinacional de Bolivia. Resolución Administrativa MDPyEP/VCI No. 001/2020. Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones.

Es importante y necesario que todas las autoridades nacionales jurisdiccionales conozcan el desarrollo normativo y jurisprudencial de las decisiones asumidas por la Comunidad Andina en relación a los temas que les compete, como por ejemplo en el presente caso de análisis, que:

“...desde diciembre de 1971 se expidió la Decisión 45 - Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión. Dicha norma fue sustituida por la Decisión 230 de diciembre de 1987 que mantuvo el mismo nombre de “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”. La Decisión 230 fue sustituida por la Decisión 285 - Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 80 del 4 de abril de 1991. La Decisión 285 fue sustituida por la norma vigente, la Decisión 608 (Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina) de la Comisión de la Comunidad Andina, de fecha 29 de marzo de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1180 del 4 de abril de 2005. El Artículo 2 de la Decisión 608 señala que ella tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores”³⁸⁴

Temas bastante controversiales y complejos que deben ser necesariamente abordados por jueces nacionales con el debido conocimiento y *expertise* sobre la norma a aplicar, pero que una jueza de Familia no está interiorizada de temas económico-comerciales, por lo que no corresponde que asuma decisiones en su sentencia que incumplan la normativa andina, afectan el principio de primacía del derecho comunitario y pueden acarrear incluso responsabilidades al Estado por incumplimiento. Y es aún más insólito comprobar que sea el propio Tribunal Constitucional Plurinacional el que ratifique la sentencia de una Jueza de Familia que

³⁸⁴ Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso 02-IP-2019

incumplía la normativa internacional vigente en el país, que tiene prevalencia sobre la norma interna, desconociendo incluso dos interpretaciones prejudiciales sobre el mismo tema que obligaban a las autoridades nacionales del país a considerarlas antes de emitir sentencia.

Con base todos estos antecedentes y el análisis de este caso particular se puede evidenciar que, la sentencia del Tribunal Constitucional Nr. 0646/2017-S2 de 19 de junio 2017, ha cambiado la línea jurisprudencial acerca del tradicional acatamiento de la preferencia de aplicación del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno en Bolivia, desconociéndola.

No han sido en este caso, los jueces nacionales pertinentes que conocen el principio de primacía del derecho comunitario andino, como el SENAPI, el Tribunal Supremo de Justicia quienes actuaron conforme a la normativa vigente, sino el mismo Tribunal Constitucional Plurinacional, junto a una Jueza de Familia, los cuales han omitido aplicar preferentemente el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno en el controvertido caso TOYOSA, como estaban obligados hacerlo.

Todo lo cual, lógicamente coloca a Bolivia en una situación muy difícil, porque los Estados miembros no pueden modificar unilateralmente las normas adoptadas en el seno de la comunidad, en un claro ejemplo de incumplimiento de la normativa comunitario andina, que acabara seguramente con un fallo en contra del país por el incumplimiento del derecho comunitario a pesar de las dos consultas de interpretación prejudiciales solicitadas al TJCA, hecho que acarrea la responsabilidad internacional y las posibles sanciones contra el Estado boliviano.

Ante los hechos citados, por el caso Toyosa, que es un claro ejemplo de desconocimiento de la preeminencia del derecho comunitario sobre el derecho interno boliviano³⁸⁵, generara una acción de incumplimiento de la norma comunitaria en contra del Estado Plurinacional de Bolivia, por la violación de los artículos 4, 35 y 36 del TCTJCA y el artículo 163 de la Decisión 486, con el daño

³⁸⁵Por el principio de preeminencia, la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales, incluyendo las normas constitucionales.

que esta situación representa para la imagen internacional del país y su participación en organizaciones de integración supranacionales o intergubernamentales. Toda vez que los Estados miembros, como pudimos apreciar ampliamente en esta investigación, no pueden alegar, bajo ninguna circunstancia, normas de su Derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones adquiridas en el marco del proceso de integración supranacional.

Finalmente, debemos concluir que nos sorprende la pasividad de las autoridades políticas del país antes este hecho de transgresión del derecho comunitario en el cual el Estado boliviano es parte importante desde 1969 y que la opinión pública nacional no haya dicho absolutamente nada al respecto. No hubo difusión, no genero debate, ni concito la atención de los medios de comunicación social, tampoco el interés de la academia para denunciar este caso lleno de irregularidades e incomprensible silencio de quienes están también a cargo en el ámbito jurisdiccional interno y los sectores económicos que forman parte importante en el proceso de integración. Que como establecimos ampliamente en el transcurso de esta investigación es estratégico para los intereses geopolíticos del país y su inserción en el sistema económico internacional.

CUADRO 5 CASO TOYOSA

Exclusividad de derechos interpretación prejudicial, caso icono en Bolivia y CAN

El caso inicia el 5.09.2011, cuando la empresa Toyosa presento ante el SENAPI demanda por infracción de derechos de propiedad industrial por importación de vehículos de la marca Toyota.

El 13.01.2012, mediante RA IF.04/2012, el SENAPI resolvió la solicitud de medidas en frontera presentada por Toyosa SA, rechazándola.

El 11.12.2012, mediante RA JER-003/2012, el Viceministerio de Comercio, rechazo el recurso jerárquico

IP 573-IP-2016

El TJCA, se pronunció con una sentencia señalando que no había infracción de marca y que era una demanda ilegal que no respetaba la libre competencia que determina la normativa andina

Continuando la demanda Toyosa fue al TSJ, la cual remitió el caso a través de una solicitud de IP al TJCA.

Cuando esta IP 573-IP-2016 llego al TSJ, este Tribunal se pronunció en contra de la demanda de TOYOSA.

El 8.05.2017, la jueza de Familia de Santa Cruz, dicta sentencia a favor de Toyosa al dejar sin efecto RA JER-03/2016. Donde se obliga al Viceministerio de Comercio a reconocer como distribuidor exclusivo y licenciatario de uso de la marca TOYOTA.

SCP 0646/2017-S2, 19.06.2017. En este caso el TCP, yendo en contra nada menos que de dos Interpretaciones Prejudiciales, solicitadas por el mismo Estado boliviano, decidió en revisión Resolución de 08.05.2017 confirmar el amparo constitucional, en el que se obliga al Viceministerio de Comercio a reconocer como distribuidor exclusivo y licenciatario de uso de la marca TOYOTA, a favor de la empresa TOYOSA.

Sentencia No. 670/2017 del 30.10.2017, emitido Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia

El 29.11.2017, el Viceministerio de Comercio solicito IP al TJCAN, como consecuencia de la Sentencia 646/2017-S2 de 19.06.2017. Antes de aplicar la sentencia de amparo formula una IP al TJCA para que le diga si efectivamente esa sentencia de amparo se adecuaba a la norma comunitaria andina.

IP 452-IP-2017

El 12.12.2017, el TJCA se vuelve a pronunciar señalando que la omisión de solicitar IP, o la inaplicación de la IP emitida por el TJCAN, podrían configurar una situación de incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino.

Conocida la sentencia del TJCA, y con la exigencia de la Juez de Amparo de que cumpla su sentencia confirmada por el propio TCP, el Viceministerio de Comercio, desoyendo el fallo del TJCA, decide aplicar la sentencia de la Juez de Amparo.

RA MDDyEP/VCI No. 001/2020 del 28.09.2020, Viceministerio de Comercio, da estricto cumplimiento a la resolución de 08.05.2017 dictada por la Jueza de Familia confirmada por la SCP 0646/2017.

El caso finaliza con el incumplimiento de Bolivia a la normativa comunitaria andina.

CUADRO 6: LINEA JURISPRUDENCIAL PRIMACIA EN BOLIVIA



3.8 Jurisprudencia ecuatoriana

A continuación, se presenta la jurisprudencia ecuatoriana encontrada sobre el tema de nuestra investigación, si bien no son muchos casos, son sumamente importantes para demostrar cómo los preceptos constitucionales que respaldan el proceso de integración van siendo reconocidos por la jurisprudencia ecuatoriana.

- El Procurador General del Estado en absolución de consulta del Ministerio de Industrias sobre aspectos relacionados con la aplicación de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena (Oficio N° 20401 de 6 de octubre de 1992), se expresó en los siguientes términos:

"...La ley común de la subregión en materia de propiedad industrial se aplica en los países miembros por intermedio de los instrumentos acordados por los partes incorporados a la legislación nacional de cada país". Basado en el Acuerdo de Cartagena el procurador considera que "por tratarse de normas contenidas en una decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, estas prevalecen sobre disposiciones contenidas en leyes ecuatorianas que se opongan, en razón de que el país expresamente aceptó someterse a aquellas"³⁸⁶

El pronunciamiento del procurador ha sido acogido por el Ministerio de Industrias y viene siendo aplicado íntegramente en materia de régimen común de propiedad industrial.

El Ministerio de Relaciones Exteriores ha recogido tal posición jurisprudencial a propósito del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena al conceptuar, con destino a un juez de jurisdicción coactiva que, "el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no puede sin violar los tratados internacionales antes citados, que son leyes

³⁸⁶ Procurador General del Estado en absolución de consulta del Ministerio de Industrias sobre aspectos relacionados con la aplicación de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

de la República, ejercer medidas de ejecución, ni contra el Tribunal ni contra sus magistrados..."³⁸⁷

No obstante, la solidez constitucional y los primeros intentos de crear una doctrina favorable a los principios que deben orientar el esquema jurídico de la integración, lo cierto es que en el caso ecuatoriano no existe evidencia de que se haya utilizado jurisdiccionalmente al Tribunal. Es más, se dan 37 casos de procesos judiciales en los que, a pesar de ventilarse cuestiones reguladas mediante disposiciones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena ante tribunales nacionales de última instancia, no se ha producido la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, que en forma explícita establece el artículo 28 del Tratado de su creación.

Hasta 1994 no se había presentado en el Ecuador ningún caso de interpretación judicial solicitada por la Jurisdicción Nacional.

-Decreto Supremo 1257, Caso Registro Oficial 304, de 28 de marzo de 1977.

El gobierno ecuatoriano mediante DS 1257 Registro Oficial 304 de 28 de marzo de 1977, declaro en vigencia la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial.

El considerando segundo del indicado Decreto Supremo expresaba: "que el Ecuador, tanto como el resto de los países miembros, al aprobar el referido Reglamento, se comprometió a incorporar sus normas en su legislación nacional en plazo perentorio", significado entonces que "en el área andina, la decisión 85, debía tener aplicación directa y preeminente sobre las normas interna que regulaban esas materias en todos y cada uno de los países"³⁸⁸

³⁸⁷ Procurador General del Estado en absolución de consulta del Ministerio de Industrias sobre aspectos relacionados con la aplicación de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

³⁸⁸ BUENO, Patricio. *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*. Sucre: Tribunal Andino de Justicia y Universidad Andina Simón Bolívar, 1997. p.118.

El artículo 4 del DS referido, en forma expresa abrogo todas las disposiciones que se opongan al mismo, con lo cual dentro de la República del Ecuador las normas sobre Propiedad Industrial que regían bajo el amparo de la Ley de Patentes y Marcas de Fabrica fueron derogadas, no en virtud del principio de la preeminencia del Derecho Comunitario sobre el nacional sino, por mandato del Decreto Supremo. Pero se conoce con esta derogación expresa, la preeminencia o prevalencia del derecho comunitario frente al derecho nacional.

Algo muy interesante que analizar es que, pese a la evidencia de fallos del Tribunal de lo contencioso administrativo, estas y otras tantas sentencias fueron pronunciadas aplicando las normas comunitarias sobre propiedad industrial, sin embargo, ni la Corte Suprema ni el Tribunal Contencioso Administrativo en ese entonces, solicitaron, como era su obligación legal, la interpretación prejudicial al Tribunal Andino.

-Fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del 3 de junio 1985.

La primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, con fecha 10 de junio de 1994. Solicita interpretación prejudicial en el juicio No. 49-93 que SLIM FAST FOODS COMPANY.

De conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, solicita la interpretación prejudicial en el juicio No. 49-93 que SLIM FAST FOODS COMPANY sigue en contra del Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca y Otros, sobre la interpretación y aplicación de las normas comunitarias sobre registro de marcas

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena con fecha 25 de julio 1994, en cumplimiento del artículo 63 de sus Estatutos dicta sentencia y “en sus conclusiones anota: 1. Que el artículo 143 y 144 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, consultados establecen una complementación del Derecho Comunitario por el Derecho Nacional. 2. Que permanecen vigentes en materia de

propiedad industrial solo los dispositivos de la legislación nacional, no regulados por la Decisión 344 y que no la contradigan”³⁸⁹

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena sostiene en su resolución que las normas 143 y 144 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, establecen una complementación del derecho comunitario por el derecho nacional; además que permanecen vigentes en materia de propiedad industrial solo los dispositivos de la legislación nacional, no regulados por la decisión 344 y que no la contradigan, motivo por el cual las normas coexistentes y que por el hecho de no haber regulación comunitaria sobre la acción judicial de oposición al registro de marcas de fábrica cabe que se apliquen las normas internas.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo dicto el fallo en fecha 16 de mayo 1995, en la que recogió las conclusiones del Tribunal Andino y rechazo la demanda.

Como análisis a la presente sentencia podemos manifestar que hay que evitar los efectos jurídicos del incumplimiento de los jueces nacionales en la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Y que al haber una normativa tan amplia de carácter comunitario se debe acudir a Tribunal Andino para armonizar el derecho comunitario con el resto de los países miembros. Pero lo más importante de este ejercicio ha sido comprobar la primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento interno de los países miembros de la CAN.

-Sentencia Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, No.15 de 13 de mayo de 1999.

La Corte Suprema de Justicia, establece en su sentencia:

“El Derecho Comunitario es un Derecho autónomo, independiente de características propias y singulares cuyos principios fundamentales lo distinguen del ordenamiento jurídico del Derecho Internacional”³⁹⁰

³⁸⁹ Sentencia Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena Tomo III, Proceso 3-IP-94, GO No, 162 de 9 septiembre 1994, pags.165 y ss.

³⁹⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, No.15, de 13 de mayo de 1999.

-Sentencia Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, del 5 de octubre de 1999.

La Corte Suprema de Justicia de la Republica del Ecuador, en su sentencia reconoce implícitamente la preeminencia, aplicación directa y efecto inmediato del derecho comunitario andino:

“Está claro, por tanto, que es obligación del Juez nacional que conozca de un proceso en el que ‘deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina’ (Art. 33 del Tratado Modificadorio), consultar al Tribunal Andino su interpretación, siendo facultativa la consulta cuando ‘la sentencia sea susceptible de recursos en el derecho interno’ y es obligatoria cuando ‘la sentencia no fuere susceptible de recurso en el derecho interno’. Cabe anotar que en el Art. 33 del Tratado Modificadorio se incluye el término ‘controvierta’, modificando así el Art. 29 del Tratado original de Creación del Tribunal de Justicia Andino, que sólo establecía la consulta para procesos ‘en que deba aplicarse alguna de las normas del derecho comunitario andino, más no cuando se controvierta alguna de tales normas... Por lo tanto, en el presente caso era obligatoria la consulta prejudicial por parte del Tribunal de segunda instancia, que le fue solicitada por la parte demandada oportunamente, y al no hacerlo incumplió con el Art. 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Art. 33 del Tratado Modificadorio, al haber interpretado erróneamente dichas disposiciones”³⁹¹

Algo que debemos destacar en el caso ecuatoriano es que, para efectos de aplicación del derecho comunitario, se requiere la publicación en el Registro Oficial. La amplia doctrina moderna a nivel internacional observa que este procedimiento es innecesario y atentatorio al régimen de recepción automático del derecho comunitario andino.

³⁹¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, del 5 de octubre de 1999.

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

En base a la Constitución Política de la Republica del Ecuador, sobre la temática de los tratados internacionales, la Corte Constitucional del Ecuador expreso lo siguiente:

“Que, conforme lo prevé el artículo 276 número 5 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional es competente para: “Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”; Que, el artículo 161 número 6 de la Constitución Política consigna que el Congreso Nacional aprobará o improbará los Tratados y Convenios internacionales “que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley”...Que, el artículo 162 de la Carta Política, en su inciso segundo dispone: “Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución”; Que, el artículo 163 de la Carta Suprema, dice: “Jerarquía de los instrumentos internacionales.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”³⁹²

Con lo que desde el 2002, se reconoce que las normas internacionales que proviene de tratados internacionales, forman parte del derecho interno del Estado ecuatoriano una vez que se expiden con efecto directo y aplicación inmediata y por lo tanto cuentan con la respectiva prevalencia en su aplicación preferente por tratarse de normas comunitarias que aceptan el principio de primacía sobre todo el derecho interno del país y que debe ser acatado de forma obligatoria por los países miembros de la CAN.

³⁹² Tribunal Constitucional del Ecuador, CASO Nro. 0008-2002-CI.

**-Corte Constitucional DICTAMEN N° 025-10DTI-C CASO N° 0028-10-TI Quito.
D.M. 22 de julio 2010.**

Lo más destacable del presente dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador-CCE, es que señala que los tratados internacionales en relación a su jerarquía tienen categoría intra constitucional pero supralegal en la Republica del Ecuador.

**-Corte Constitucional DICTAMEN N° 028-10- DTI-C CASO N° 0024-10-TI Quito.
D.M. 19 de agosto 2010.**

Según el presente dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador- CCE, los tratados internacionales que versan sobre derecho de la integración poseen categoría intra constitucional pero supralegal en la Republica del Ecuador.

**-Corte Constitucional DICTAMEN N°. 027-10-DTI-CC CASO No 0004-10-TI
Quito, D.M. 29 de julio 2012:**

La sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador-CCE, refiriéndose al tema de los tratados internacionales, vuelve a declarar que los mismos son constitucionales bajo el marco de la nueva Constitución Política de la República de 2008 de Montecristi, aun cuando estos ya habían sido declarado constitucionales bajo el régimen constitucional anterior.

CUADRO 7: LINEA JURISPRUDENCIAL PRIMACIA EN ECUADOR

- El Procurador General del Estado en absolución de consulta del Ministerio de Industrias sobre aspectos relacionados con la aplicación de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena (Oficio N.º 20401 de 6 de octubre 1992).
- Decreto Supremo 1257, Caso Registro Oficial 304, de 28 de marzo 1977.
- Fallo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 3 de junio 1985.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, No.15, 13.05.1999.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, 5.10.1999.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, CASO No. 0008-2002-CI.
- Corte Constitucional Dictamen N.º 028-10- DTI-C Caso N.º 0024-10-TI. D.M. 19.08. 2010. Los Tratados Internacionales que versan sobre derecho de la integración poseen categoría intra-constitucional pero supralegal
- Corte Constitucional Dictamen N.º. 027-10-DTI-CC Caso No 0004-10-T, D.M. 29.07.2012. Corte Constitucional declara constitucionales a los Tratados Internacionales.

4.Consideraciones finales del capitulo

Del análisis comparativo se llegó a determinar que efectivamente existe un fuerte fundamento constitucional de los procesos de integración donde han conseguido implementar en sus constituciones cláusulas de integración muy avanzadas que dan apertura y legitimidad al proceso de integración andino que, permiten recepcionar y aplicar el derecho comunitario en los sistemas jurídicos internos de Bolivia y Ecuador, que son inclusive los más avanzados de América Latina.

Bolivia tiene una de las cláusulas más innovadoras y avanzadas del mundo, en cuanto se refiere a la aceptación de la integración supranacional, mediante referéndum vinculante, donde el soberano participa directamente en la definición de participación del Estado en un organismo supranacional. Ecuador, por su parte, cuenta también con todo un sistema de incorporación del derecho comunitario al ordenamiento jurídico interno muy detallado y completo, que es uno de los mejores en América Latina.

Hay evidencia de una reducida pero clara y contundente jurisprudencia de la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento interno de los Estados en Bolivia y Ecuador, en el ejercicio de competencias que fueron transferidas por los Estados a través de tratados y en la creación de normas comunitarias por los órganos supranacionales de la Comunidad Andina de Naciones.

Hay una necesidad de re conceptualización de antiguos conceptos para poder comprender más adecuadamente los fenómenos jurídicos que nos ocupan, a la luz de los nuevos contextos internacionales fuertemente influidos por la globalización, la regionalización y los cambios acelerados del sistema jurídico internacional. Tal es el caso por ejemplo del concepto de supranacionalidad, soberanía o cesión/delegación/transferencia de competencias limitadas a organismos supranacionales.

La diferenciación entre jerarquía y aplicación es fundamental para evitar el conflicto de la relación entre el derecho comunitario y el derecho interno, para los

cual es importante conceptualizar que son dos ordenamientos jurídicos diferentes y autónomos que a pesar de ello tienden a cooperar para su correcta aplicación en los Estados miembros.

Existe una mejorada participación democrática de los ciudadanos andinos en las temáticas de la integración, como son las elecciones directas de los parlamentarios para el Parlamento Andino y la aprobación mediante referéndum aprobatorio de tratados de integración que transfieren el ejercicio de competencias soberanas a un organismo supranacional.

En ambos países está muy arraigado el principio de supremacía constitucional que colisiona permanentemente con el derecho comunitario, en ese sentido para una adecuada convivencia, en función del principio de colaboración judicial, invocado, por ejemplo, por la jurisprudencia boliviana a través del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Se observó la necesidad de que los Estados apoyen decididamente la labor que lleva adelante el Tribunal de Justicia Andino, como órgano jurisdiccional obligatoria y exclusivo, respetando y acatando sus fallos, para que se pueda garantizar la seguridad jurídica, la validez, eficacia y uniformidad de la normativa comunitaria sobre el ordenamiento jurídico interno tanto de Bolivia como del Ecuador.

El fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional, en el caso Toyosa en Bolivia del 2017, es un pésimo antecedente de incumplimiento, al no aplicar el principio de primacía que había sido requerido en dos oportunidades al Tribunal de Justicia Andino, a través de la piedra angular del sistema, el mecanismo de la interpretación prejudicial, rompiendo una larga tradición en la interpretación y aplicación preferente del derecho comunitario, con lo que se podría incurrir en responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho internacional.

Se puede afirmar que la presente investigación, evidencia con la jurisprudencia analizada la importancia de los mecanismos de interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento para la efectiva vigencia del derecho comunitario y comprobamos fehacientemente que son las herramientas que materializan el cumplimiento eficaz del principio de primacía del derecho comunitario andino.

Se establece que es necesario un mayor conocimiento y difusión de la normativa comunitaria en estos dos países para que pueda ser mejor aplicado el principio de primacía. La forma como se aplica este principio depende del tipo de norma que se trate. En virtud a que hay normas armonizadoras y normas unificadoras que es necesario comprenderlas con mayor profundidad para ver sus verdaderos alcances y límites.

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

Es importante destacar la actitud positiva de Bolivia y Ecuador, que están plenamente comprometidos con el Derecho Comunitario ya que tanto El Tribunal Constitucional de Bolivia como la Corte Constitucional del Ecuador, como sus respectivas Cortes Supremas de Justicia, no han puesto reparo alguno en solicitar la interpretación prejudicial del TJCA, cuando en la práctica cotidiana han tenido que aplicar la norma comunitaria sobre la norma interna.

Si bien no hay mucha jurisprudencia, hay la suficiente y necesaria para garantizar la aplicación preferente y el cumplimiento uniforme del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados. Y como todo depende de la casuística que llegue a los tribunales, si no hay demandas que provengan de los individuos y empresas que son la gasolina que pone en marcha el sistema, no se podrán dinamizar los mecanismos de garantía de los derechos que tienen los ciudadanos andinos.

Y creemos que hace falta de parte de los Estados miembros, como Bolivia y Ecuador, fomentar más el conocimiento y la difusión del derecho comunitario entre todos los actores del sistema, para que los consorcios de abogados asesoren a los individuos y empresas de como activar todos los mecanismos de defensa y garantía de sus derechos en el ámbito comunitario.

CAPITULO V

RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS A ESPECIALISTAS

1. Antecedentes

Las entrevistas realizadas para registrar, clasificar, ordenar y analizar comparativamente los hechos que caracterizaron la garantía de cumplimiento uniforme del principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador, tienen además una relación importante que deben destacarse, de los trece expertos entrevistados, tenemos a cuatro magistrados del Tribunal de Justicia Andino de los cuales tres fueron presidentes de ese Tribunal comunitario, una asesora del Tribunal de Justicia Andino, una magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, un ex constituyente y senador del Estado Plurinacional de Bolivia, un ex funcionario de la Secretaria General de la Comunidad Andina, cinco destacados docentes universitarios expertos sobre temas de integración, derecho comunitario y derecho constitucional, quienes afirmaron que conocían bastante el principio de primacía del derecho comunitario andino; por lo que se procedió a preguntarles sobre su conocimiento de fondo y de forma de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y el ordenamiento jurídico interno tanto de Bolivia como de Ecuador según correspondía, a lo que respondieron trece opiniones sumamente enriquecedoras y esclarecedoras para describir y explicar de forma amplia y profunda nuestro objeto de estudio en la tesis.

Las entrevistas fueron realizadas de la siguiente manera: cinco de forma presencial, dos (2) en las ciudades de La Paz -Bolivia y tres (3) en la ciudad de Quito -Ecuador y ocho entrevistas efectuadas de forma virtual, entre los meses de enero 2019 hasta diciembre 2020. Los entrevistados provienen de 5 países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) y de 2 países europeos (España e Italia).

2. Características técnicas de la guía

La realización de las trece entrevistas a los especialistas doctrinantes y operadores de justicia de Bolivia, Ecuador, Perú, Argentina, Colombia, España e Italia, respondió a la necesidad de conocer: ¿Cuál es la principal garantía de cumplimiento uniforme del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico en Bolivia y Ecuador?

La guía de entrevistas estuvo integrada por siete preguntas abiertas, además de las preguntas de información personal necesarias acerca del tipo de actividad profesional y experiencia laboral a la cual se dedican cotidianamente los entrevistados.

Desde nuestra perspectiva un instrumento de recogida de información de temas puntuales sobre las garantías de cumplimiento uniforme del principio de primacía, sus alcances y límites, su confrontación con la supremacía constitucional y las características básicas de la estructura y funcionamiento del ordenamiento jurídico andino que permite su existencia como ordenamiento jurídico autónomo y supranacional que cuenta con la delegación del ejercicio de competencias transferidas soberanamente por los Estados miembros del proceso de integración andino para el cumplimiento de fines comunes.

3. Técnicas para el análisis e interpretación de datos

En la investigación efectuada se aplicó el proceso de clasificación, organización, registro y análisis comparativo de los datos cualitativos obtenidos con relación al objeto de estudio.

4. Fiabilidad y validez del instrumento

4.1 Fiabilidad

En esta tesis, la guía de preguntas fue sometida a consistencia interna, según el procedimiento de interrelación y comparación de las principales categorías de análisis jurídico constitucional, seleccionadas y utilizadas en la investigación para esclarecer el objeto de estudio.

4.2 Validez

La validez de un instrumento debe abordarse al iniciar su elaboración y durante todo el proceso de aplicación, corrección e interpretación de los resultados. Según la definición de validez de Delio del Rincón: "...el grado en que la medida refleja con exactitud el rasgo, característica o dimensión que se pretende medir"³⁹³

La validez hace referencia entonces a lo que la prueba, en este caso la guía, mide, la fiabilidad de un instrumento es una condición necesaria pero no suficiente en la medición de un objeto de estudio. Medir algo con precisión no garantiza que la medida sea exacta, la exactitud la entrega la validez.

Por lo cual se puede afirmar que, por la exactitud y amplitud de las respuestas proporcionadas por expertos con profundos conocimientos sobre el objeto de estudio, complementan y corroboran la información extraída comparativamente de la revisión de la doctrina, la normativa y la jurisprudencia sobre la relación del objeto de estudio con los hallazgos encontrados a lo largo de la presente investigación.

³⁹³ DEL RINCÓN, Delio. *Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales*. Madrid: Dykinson, 1995, p.74. ISBN: 848155104.

5. Lista de entrevistados

FECHA	NOMBRE	CARGO	PAIS	LUGAR	CATEGORIA
Enero 2019	Hernán Romero	Magistrado por Ecuador. Tribunal de Justicia Comunidad Andina. (TJCA). Quito-Ecuador	ECUADOR	Quito-Ecuador	OPERADOR
Enero 2019	Cecilia Ayllón	Magistrada por Bolivia. Tribunal Justicia Comunidad Andina (TJCA). Quito-Ecuador	BOLIVIA	Quito-Ecuador	OPERADOR
Junio 2019	Roberto Gargarella,	Docente Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires Argentina	ARGENTINA	La Paz-Bolivia	DOCTRINANTE
Junio 2019	Roberto Viciano	Docente Universidad de Valencia-España	ESPAÑA	Madrid -España	DOCTRINANTE
Junio 2019	Alberto Zelada	Funcionario de Organizaciones Internacionales de Integración	BOLIVIA	La Paz-Bolivia	DOCTRINANTE
Junio 2019	Iván Miranda	Docente Procesos de Integración - Universidad Mayor de San Andrés	BOLIVIA	La Paz-Bolivia	DOCTRINANTE
Noviembre 2020	Julia Cornejo	Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional	BOLIVIA	Sucre-Bolivia	OPERADOR
Enero 2021	Rodrigo Garrón	Magistrado Suplente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Quito-Ecuador	BOLIVIA	Santa Cruz-Bolivia	OPERADOR
Junio 2020	Carlos Alberto Goitia	Ex Constituyente de Bolivia	BOLIVIA	La Paz-Bolivia	DOCTRINANTE
Enero 2019	Claudia Storini,	Docente Universidad Andina Quito-Ecuador	ECUADOR	Quito-Ecuador	DOCTRINANTE
Julio 2021	María Ángela Sasaki Otani	Asesora Tribunal de Justicia Andino. Quito-Ecuador	PERU	Quito-Ecuador	OPERADOR
Diciembre 2020	Gustavo García Brito.	TJCAN. Presidente Tribunal de Justicia Comunidad Andina. TJCAN. Quito-Ecuador.	ECUADOR	Quito-Ecuador	OPERADOR
Diciembre 2020	Sergio Alberto Fernández	Jefe Dirección Integración. Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia	BOLIVIA	La Paz- Bolivia	DOCTRINANTE

6. ¿Qué opinan los doctrinantes y operadores sobre el principio de primacía?

Pregunta 1. ¿Qué opina usted sobre la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados?

APLICACIÓN PEFERENTE

Rodrigo Javier Garrón Bozo, Bolivia. Magistrado TJCA

El principio de primacía es un requisito fundamental para que pueda operar la supranacionalidad y la aplicación preferente, caso contrario, estaríamos frente a un sistema intergubernamental. Por otra parte, la primacía es el instrumento para poder resolver conflictos de colisión normativa con el resto de normas del bloque constitucional.

Roberto Viciano, España. Docente Universidad de Valencia

Sin el principio de primacía las integraciones supranacionales no pueden funcionar, pues si cada Estado pudiera oponer reglas legislativas o reglamentarias internas frente al ordenamiento común este no podría ser de aplicación uniforme en todos los Estados miembros.

Ahora bien, los ordenamientos supranacionales deberían tener las mismas garantías en su funcionamiento que los Estados miembros. Si no las tienen, se produce la primacía de un derecho sin garantías constitucionales sobre un derecho que si tiene garantías constitucionales.

Es especialmente discutible la primacía del derecho de la integración sobre la propia constitución pues, a nivel nacional, el derecho comunitario tiene validez y eficacia por la habilitación que debe hacer para ello el texto constitucional. No tiene sentido que una norma que tiene su legitimidad en la norma constitucional pueda vulnerar su propia norma de reconocimiento.

Alberto Zelada Castedo, Bolivia. Funcionario Internacional.

La primacía del derecho de la integración o comunitario es imprescindible para llevar adelante un genuino proyecto de integración económica entre estados. O sea que es necesaria y no solo deseable.

Iván Miranda, Bolivia, Docente Universidad Mayor de San Andrés.

La efectiva aplicación de la primacía depende de la disponibilidad y voluntad esencialmente política de los Estados miembros. Se trata de actitud como comportamiento consecuente con los principios del acuerdo. El anhelo unionista de la región es más una quimera que una realidad.

Hernán Romero, Magistrado por Ecuador. Tribunal de Justicia Comunidad Andina. (TJCA). Quito-Ecuador.

Por el principio de preeminencia, la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Cabe indicar que ello no implica que la norma nacional deba ser derogada, sino que basta que sea inaplicada por el país miembro que corresponda.

Julia Cornejo, Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

El hecho de que la Constitución haya establecido una regla de primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento interno, puede ser visto desde dos posiciones diferentes.

a) Posición integracionista (monista), bajo el cual el Derecho Comunitario conformaría un sistema único juntamente con el Derecho nacional, bajo esta posición el art. 410.II de la CPE, debería interpretarse en sentido que el Derecho Comunitario está integrado en las normas constitucionales, y es superior al ordenamiento infra constitucional;

b) Posición dualista, bajo la cual se debería considerar que el Derecho Comunitario no es parte del derecho nacional, y por tanto debería interpretarse el art. 410.II de la CPE, en sentido que, si bien éste asigna a las normas comunitarias un estatus constitucional, éstas deben de todas formas considerarse bajo las reglas de reconocimiento y vigencia del Derecho Internacional, por el cual se deberían considerar las previsiones del art. 255 y siguientes así como la disposición transitoria novena de la Constitución.

Es necesario profundizar el análisis para verificar si es un desacierto del Constituyente poner al mismo rango en el art. 410 de la CPE al derecho comunitario con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto por dos razones:

1. Porque el sistema regional de integración en América del Sur aún no se encuentra consolidado, tanto la CAN como el Mercosur no han logrado los niveles de integración que por ejemplo tiene la Comunidad Europea.

2. La inexistencia de un proyecto regional de integración consolidado, así como la polarización geopolítica de la región Sudamericana hace que sea bastante riesgoso relegar la soberanía del Estado ante un escenario de integración.

En todo caso, considero que la aplicación preferente del derecho comunitario sobre el derecho interno puede llegar a ser una herramienta muy importante de interpretación jurídica, siempre y cuando tanto los sistemas de integración como los Estados se pongan de acuerdo sobre sus alcances, los cuales deberían estar previstos tanto en las normas comunitarias como en las nacionales. Tal el caso en las normas internacionales en materia de Derechos Humanos, donde la propia CPE boliviana o ecuatoriana establecen los casos y formas de la aplicación preferente. De esa manera, la correcta regulación del referido instituto puede representar un paso hacia adelante para la consolidación de los sistemas de integración.

Carlos Alberto Goitia, Bolivia. Constituyente.

La derivación natural de ese esfuerzo fue la resistencia a que cualquier otro instrumento normativo desplace esa supremacía. Consecuentemente ello aparejaba la necesaria sumisión de la norma comunitaria a ese mismo instrumento normativo. De esa forma la jerarquía normativa de los instrumentos normativos emergentes de los entes competentes para generarlos en el escenario comunitario no podía alcanzar una jerarquía superior al de la Ley y ser, por lo mismo, infra constitucional.

Sin embargo, el avance de los procesos de integración y la incuestionable generación normativa que a partir de aquellos se desplegó, obliga a replantear esa visión al grado de resaltarse el compromiso político del Estado, no del gobierno, de aplicarlos en tanto se es parte de un proceso de integración.

Consecuentemente, desde mi punto de vista, tal como se plantea en la hipótesis que se comenta, el problema deja de ser un tema de jerarquía normativa para pasar a ser de aplicación. Esa aplicación, en consecuencia, resulta consustancial con la pertenencia del Estado (no del gobierno del Estado) a los procesos de integración.

En base a ello, puntualizando la respuesta, manifiesto que la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados resulta consustancial con la existencia de esos procesos.

María Ángela Sasaki Otani, Perú. Asesora Tribunal de Justicia Andino.

En la práctica los más avanzados son Colombia que utiliza más el sistema. Luego en segundo lugar Perú y muy por detrás Ecuador y Bolivia. Este último prácticamente no había utilizado nunca el sistema hasta hace unos pocos años. Donde se empezó a enviar interpretaciones prejudiciales al Tribunal Andino. Ahora incluso hay acción de incumplimiento en contra de Bolivia en curso por el tema de la gasolina.

Sobre si es efectiva y uniforme en los estados yo diría que no. El que no conoce el sistema no lo puede utilizar por lo tanto como no lo utiliza entonces no sabe ni siquiera que es el principio de primacía. Entonces donde más se conoce y utiliza es en primer lugar Colombia, Luego Perú, después Ecuador y, finalmente, Bolivia.

La idea es que en las facultades de derecho de las universidades de la CAN debería haber un curso obligatorio de integración regional o de derecho comunitario andino. Entonces todo empieza desde las facultades de derecho de las universidades, desde la academia para que se pueda crear una especie de círculo virtuoso. En donde todos los actores conozcan en primer lugar y luego empleen el sistema. Entonces a la pregunta mi respuesta es no.

Gustavo García Brito, Presidente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). Presidenta del Tribunal gestión 2021-2022.

Cuando se crea el pacto andino el 69 teníamos en principio un sistema de solución de controversias tradicional del derecho internacional público y de lo intergubernamental que era la negociación directa y la mediación por parte de la

comisión. Transcurren 10 años hasta que se firma el tratado de creación del tribunal del Acuerdo de Cartagena el año 1979. Hay dos temas importantes que hay que tomar en cuenta de este tratado. Primero la parte considerativa ahí se ve cual era la intención de los países. Porque no era fácil para los países que crearon con mucha voluntad el acuerdo, pero que no era fácil cumplir los compromisos y las obligaciones que habían asumido. Es un periodo que se avanza muy poco en la integración, justamente por esta dificultad de la aplicación de los compromisos asumidos y previstos en el Acuerdo de Cartagena. Y hay un ejemplo con la decisión 24 que trata sobre régimen de inversiones, que provocó la salida de Chile porque era un régimen muy difícil de implementar. ¿Porque se crea el Tribunal? Va en la línea de dotarle de mayor obligatoriedad, de un mecanismo a través del cual se puedan exigir el cumplimiento de las obligaciones por parte de los países. El segundo elemento es que con la creación del tribunal es que se crea una comunidad de derecho. Una comunidad jurídica. Más allá de un proceso de integración con la firma del tratado nace una comunidad de derecho. Si se analiza el tratado de creación se da cuenta que el primer artículo del tratado no hace referencia a la creación del tribunal, sino los primeros artículos están dedicados a establecer el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Entonces esto hay que interpretarlo en su debida medida porque los países lo primero que quisieron hacer es crear un nuevo ordenamiento jurídico autónomo y distinto de las normas nacionales y distinto de los tratados internacionales. En los primeros artículos además se establece cual es el sistema de fuentes de este nuevo ordenamiento jurídico. Después de crear este tratado y establecer el sistema de fuentes en el artículo 2 y 3 del tratado se establecen por vía de derecho positivo los principios de aplicación inmediata y efecto directo. Sobre la base de la experiencia europea lo que hace el legislador andino es que ya se reconocen estos principios de aplicación inmediata y efecto directo en el derecho positivo. No así el de preeminencia. Y en el artículo 4 se establece el principio de cooperación leal. Este principio es fundamental porque te dice que los países tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones que tienen. Y también se obligan a no adoptar cualquier medida que de alguna manera sea contraria o dificulte la normativa

andina. Entonces ya en el derecho positivo en un tratado que es fuente primaria del derecho comunitario los países crean la comunidad de derecho, establecen un nuevo ordenamiento, establecen el sistema de fuentes, establecen los tres principios básicos que van a regular no solamente las actividades de los Estados, no solamente las funciones de los órganos del sistema de integración, sino que van a regular la propia comunidad andina. Hasta ahí derecho positivo y los cimientos de la integración. El principio de preeminencia del derecho andino ha sido desarrollado sobre la base de estos principios a través de la jurisprudencia del tribunal. Si se leen las primeras interpretaciones prejudiciales del tribunal la 1-IP-87, 2-IP 88, en esas es donde el tribunal desarrolla el principio de preeminencias del derecho comunitario andino. Y de manera paralela desarrolla otro principio que es el del desarrollo indispensable. Son esas primeras interpretaciones las que se deben estudiar de los años 80 y hay en esos años también unas acciones de nulidad. Esas son las sentencias fundadoras. Luego se repiten en las acciones de incumplimiento con las demandas a partir del año 90. La sentencia 01-AI-96 y las otras. Si se hace un análisis de estas primeras cinco interpretaciones con las 3 de acciones de nulidad y las primeras sentencias de incumplimiento se va tener una imagen o panorama mucho más amplio porque al principio el tribunal ha establecido las bases de estos principios. Y que ha dicho el tribunal sobre la preeminencia. Si las normas andinas se aplican de forma inmediata luego no requieren un proceso de uniformización. Luego entraba en vigencia en el territorio de los Estados desde su publicación en la Gaceta del Acuerdo de Cartagena y además si entran en vigencia y tienen eficacia y los destinatarios de la norma no son solo los Estados sino son los ciudadanos andinos pueden utilizar estas normas para reclamar a sus autoridades nacionales administrativas y judiciales el reconocimiento, la protección, y la tutela de sus derechos reconocidos en la norma andina. Sobre la base de esa lógica el Tribunal dice que para que verdaderamente se cumplan estas disposiciones debemos concluir que el derecho andino prevalece o tiene preeminencia sobre el derecho interno. O sea que dice que prevalece sobre las normas internas. Porque es la única forma a través de la prevalencia o preeminencia del derecho comunitario que se van a poder materializar los principios reconocidos en el derecho positivo de aplicación

inmediata y efecto directo y cooperación leal. Entonces, esta es la construcción sobre la base de los principios de aplicación directa y efecto directo que debe prevalecer la norma andina. Dijeron también los jueces que la preeminencia es base existencial del derecho comunitario. Después de esta construcción ya no se discute en el derecho comunitario el tema de la preeminencia. Y se avanza un poco más con la sentencia 01-AI-96 porque hasta ahí la preeminencia era solo sobre el derecho interno. Que es la primera acción de incumplimiento donde se dice que el principio de preeminencia se amplía no solamente a la normativa que hayan suscrito los socios, sino la que se hizo con otros países bilaterales o multilaterales extra regionales. Y esto para decir que las normas andinas prevalecen sobre las normas de la OMC. Y los famosos acuerdos del GATT. A partir de esa sentencia 01-AI-96 hay una ampliación de que la norma andina no solo prevalece en relación con el derecho interno además prevalece con otros compromisos internacionales que hayan hecho los países con terceros países o en el escenario multilateral. Esto le da a la norma andina esta preeminencia y que los países no pueden alegar que están cumpliendo otros compromisos bilaterales o multilaterales para dejar de cumplir la normativa andina. Ese es el constructo de la preeminencia desde la jurisprudencia del tribunal de justicia de la CAN.

Sergio Alberto Fernández. Docente y funcionario Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Jefe Unidad de Integración Regional.

Hay que considerar que la naturaleza jurídica del Derecho de la integración y, en sí, de los procesos de integración, radica en la supranacionalidad, que es el elemento diferenciador y esencial para que estos procesos funcionen; de no contar con supranacionalidad, entonces estamos ante organismos de naturaleza intergubernamental.

Esta supranacionalidad involucra de jure el principio de primacía del Derecho comunitario por sobre el Derecho nacional, ya que, al adherirse Estados a procesos de integración, deben ir renunciando progresivamente a porciones de su soberanía nacional a la entidad supranacional. Para que ello no se quede en la teoría, es imprescindible la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario ya

que es, digámoslo en términos coloquiales, el ingrediente secreto de la salsa de la casa. Ahora, hay que considerarlo desde dos perspectivas: la perspectiva doméstica y la perspectiva de los procesos de integración. Desde la perspectiva doméstica, el Estado Boliviano reconoce en la Constitución, en su artículo 410, el bloque de constitucionalidad, el cual se encuentra integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. Entonces, por el lado boliviano, se le reconoce el status constitucional al Derecho comunitario al localizarlo en el corazón de la Carta Magna, lo cual lo pone al mismo nivel.

Ahora, desde la perspectiva de los Procesos de Integración y sus respectivos acervos normativos, ahí es donde yacen las debilidades, puesto que, en el caso de los 3 principales bloques, llámese ALADI, Mercosur y CAN, las diferencias son muy grandes. En el caso de la ALADI su grado de ambición no es muy alto ya que no requiere la cesión de soberanía a un nivel muy alto, de hecho, su grado de integración alcanza a penas a zona de preferencias arancelarias. Por el lado de la CAN sí se puede ver un grado mayor de avance en cuanto a primacía del Derecho comunitario puesto que en el Acuerdo de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN se reconoce la aplicación directa de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, o de la Comisión, y las Resoluciones de la Secretaría General una vez publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo, entonces ya no es necesaria una ratificación posterior ni acto jurídico nacional para darles el ropaje jurídico necesario para que cobren efectos legales en los países de la CAN.

En el caso del MERCOSUR, la historia es diferente, ya que, si bien el Protocolo de Ouro Preto sí establece que las Decisiones, Resoluciones y Directivas son obligatorias para los Estados Parte y, cuando sea necesario, serán incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales, la Decisión CMC/DEC No. 23/00 "Relanzamiento del Mercosur", establece que las normas no necesitarán ser incorporadas cuando sean temas de funcionamiento interno del Mercosur o cuando ya estén contempladas en las legislaciones nacionales. Ello deja un gran abanico de materias y temas de Derecho comunitario mercosureño que sí deben ser incorporadas mediante ratificación a las legislaciones nacionales, casi un 80% y en

la práctica así es. No hay un solo Estado Miembro que haya internalizado el 100% de las normas del Mercosur, lo cual debilita en gran medida el principio de primacía del Derecho comunitario.

Pregunta 2. ¿Cómo se debe interpretar la primacía del derecho comunitario frente a la supremacía de las constituciones? PRIMACIA VERSUS SUPREMACIA

Rodrigo Javier Garrón Bozo, Bolivia. Magistrado TJCA

La primacía comunitaria es kelseniana, es decir, parte del supuesto de que son las propias constituciones o por vía de referéndum que se aprueba la participación de un Estado en una Comunidad, bajo las reglas de la supranacionalidad y de la primacía. Por tanto, la supremacía constitucional, reafirma la primacía comunitaria, en vez de socavarla, de ahí que una norma nacional infra constitucional, que vaya contra una norma comunitaria, no sólo infringiría el Ordenamiento Jurídico Comunitario, sino que además violaría la propia constitución, en el caso concreto de Bolivia, se estaría vulnerando el Art. 410, parágrafo II de la CPE.

Alberto Zelada Castedo, Bolivia. Funcionario Internacional.

Por el momento no existe ninguna experiencia sobre normas dentro de un esquema de integración que impongan la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional de los estados miembros. Sí, en cambio, existen experiencias - la UE y la CAN - sobre primacía del derecho comunitario del derecho nacional inferior al constitucional.

Julia Cornejo, Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

La primacía del derecho comunitario respecto a las Constituciones nacionales debe interpretarse partiendo de la importancia diferencia entre jerarquía normativa y aplicación, diferencia importante pero que muchas personas llegan a confundir al extremo de afirmar que ahora las Constituciones han dejado de ser las normas más importantes de los Estados por la aplicación del control de convencionalidad o comunitariedad.

La primacía del ordenamiento comunitario, debe estar limitada a una inaplicabilidad en el caso concreto de normas legales infra constitucionales para

privilegiar la norma comunitaria. En el caso de la Comunidad Andina el sustento de esta afirmación proviene de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

La noción de primacía, por ejemplo, en el Sistema Andino de integración, existirá únicamente en cuanto al efecto de las normas de integración sobre normas nacionales, bajo condición sine qua non de que exista un conflicto normativo, en cual, como se señaló la regla interna quedará desplazada por la comunitaria, la cual se aplicará preferentemente.

En efecto, como lo señaló la jurisprudencia del TJCA mediante la Sentencia 129-IP-2012: "...no se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho (...) Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas"³⁹⁴

Al respecto, la Comisión de la Comunidad Andina en el proceso 64-IP-2015: Analiza las siguientes cuestiones a interpretar: "IV. 1. PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. 15. El Tribunal en abundante jurisprudencia ha consolidado como principio fundamental del Derecho comunitario andino el de la "Primacía del derecho comunitario andino", basándose en los principios de "Eficacia directa del ordenamiento jurídico andino", el de "Aplicabilidad inmediata del ordenamiento jurídico andino", y el de "Autonomía del ordenamiento jurídico andino". 16. En relación con el principio de Primacía del derecho comunitario andino, un análisis de la posición o jerarquía del ordenamiento jurídico andino ha manifestado que el mismo goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las normas de derecho internacional. En este marco ha establecido que, en caso de presentarse antinomias entre el derecho comunitario andino y el derecho interno de los Países

³⁹⁴ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 129-IP.2012, del 25 de abril 2013.

Miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias entre el derecho comunitario y las normas de derecho internacional, también prevalece el Derecho Comunitario Andino. 17. Un punto fundamental al analizar el principio de Primacía del derecho comunitario andino, como se señaló anteriormente, es el principio de “Autonomía del ordenamiento jurídico andino”, que no es otro que el desarrollo del principio de supremacía y que consagra como un verdadero sistema jurídico al ordenamiento jurídico comunitario. Es decir, unido a que dicho sistema jurídico se presenta como un todo coherente y dotado de unidad, contiene un conjunto de principios y reglas estructurales que derivan de él mismo, sin resultar de ningún otro ordenamiento jurídico. 18. Corresponde al Juez Consultante atender a los criterios que se esbozan en la presente interpretación prejudicial, tomando en consideración la primacía del Derecho comunitario andino sobre las demás normas internacionales”³⁹⁵

La primacía del Derecho Comunitario deberá entenderse como la aplicación preferente del Derecho Comunitario sobre el ordenamiento infra constitucional, en casos concretos, y sin dejar de lado la noción de que la vigencia de la norma comunitaria se fundamenta en el Constitución Política del Estado.

Es la Constitución la que establece los parámetros normativos por los cuales el Estado puede asumir compromisos internacionales, y asumir obligaciones de Derecho Internacional, incluyendo disposiciones de integración comunitaria; sin que bajo ningún pretexto esto signifique relegar las funciones propias del Estado ni renunciar a la soberanía del Estado como determina el art. 7 de la Constitución Política del Estado. También es la manifestación del derecho del Estado de poder retirarse del bloque de integración, cuando no esté dispuesto a someterse a la normativa comunitaria, tal es el caso de Chile, Venezuela en el caso de la CAN, y del Reino Unido en el caso de la UE.

Carlos Alberto Goitia, Bolivia. Constituyente.

³⁹⁵ Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 64-IP.2015, del 27 de mayo 2015

Apelando a lo manifestado en la respuesta anterior, desde mi punto de vista, deja de ser un debate en torno a jerarquía normativa para pasar a otro propio de la aplicación de la norma comunitaria.

En ese sentido, los contenidos normativos de los textos constitucionales no son los que puedan negar la aplicación del derecho comunitario ya que, de ser así, lo que se ve comprometido, es la pertenencia del Estado al esfuerzo integrador. En consecuencia, en tanto problema de aplicación preferente y no de jerarquía, torna la supremacía constitucional en una suerte de sofisma.

María Ángela Sasaki Otani, Perú. Asesora Tribunal de Justicia Andino

Aquí hay un aspecto negativo que pocos han identificado. Dentro del derecho secundario existe lo que son las decisiones andinas, pero estas decisiones andinas pueden tener dos efectos. Número 1. Un efecto armonizador y 2. Un efecto unificador. Por ejemplo, en la UE las normas que armonizan son las directivas o sea las directrices, entonces lo que hacen es determinan el objetivo que los Estados miembros tienen que alcanzar, pero dejan la libertad de medios para que los Estados por medio de sus propias legislaciones nacionales reglamenten eso. Las directivas ponen los objetivos, los parámetros donde se pueden mover los Estados y ya los Estados reglamentan, y emiten tienen la competencia legislativa de desarrollarlo a su manera, con la libertad de medios con la condición de que cumplan los objetivos que se buscan. Esa es la armonización a efectos de acercar las legislaturas nacionales, pero en los Estados siguen manteniendo sus competencias legislativas. En cambio, en el caso de los reglamentos europeos ya no se busca la armonización, sino que se busca la uniformización. En el sentido que existe ese reglamento europeo que ya los países miembros la tienen que acatar de frente, y no pueden emitir normativa nacional al respecto. Entonces son esas dos, esa armonización y la unificación que en la UE se distinguen estos dos diferentes efectos porque tienen, las directrices y, por otro lado, los reglamentos.

Pero que pasa en la CAN, se llaman igual. La decisión 486 del régimen intelectual y propiedad común. A eso es uniformización no. O la decisión 578 que busca la armonización de las legislaciones tributarias. Pero que pasa, el tribunal y

la gente en común ya aplican de frente la primacía por ejemplo de las decisiones que armonizan y eso está mal porque las decisiones que armonizan lo que están diciendo es acerquemos nuestras legislaciones nacionales con estos objetivos pero ustedes cada país miembro emita su propia normativa nacional entonces si ya la normativa está reconociendo que los países tienen la competencia legislativa, entonces mal podrían plantearse la aplicación preferente de esa decisión andina. Entonces acá está mal, hay decisiones que armonizan y otras que uniformizan y entonces se aplica la primacía a las decisiones que armonizan. Entonces lo malo es cuando las decisiones andinas que armonizan y dan competencias legislativas que los Estados se otorga la primacía.

Así como Cesar Montaña yo recojo sentencias que han dicho que tal decisión tiene efecto directo, aplicación inmediata y primacía, sin analizar que es una decisión que armoniza. Y eso está mal. Entonces eso es uno de los efectos negativos de aplicación preferente Lo aplican para cualquier cosa diciendo es de la comunidad andina y tiene aplicación preferente y tiene primacía, sin más la aplican. No, depende, hay que ver el contenido de la norma.

Gustavo García Brito, Presidente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). Presidenta del Tribunal gestión 2021-2022.

Respecto a la supremacía de las constituciones en el debate teórico tanto internacionalistas como comunitaristas siempre vamos afirmar que las normas comunitarias prevalecen inclusive sobre la propia constitución. Si hay sentencias del TJCA donde se afirma la prevalencia, pero por supuesto los constitucionalistas van a decir que esto es una barbaridad y que desde un punto de vista terminológico supremacía es más que preeminencia y que la constitución prevalece. Desde mi punto de vista personal, me parece un debate que desde el punto de vista académico puede tener un cierto interés, pero desde el punto de vista práctico yo creo que se ha súper dimensionado y porque creo que se ha sobre dimensionado el debate por qué no vas a llegar a ninguna conclusión satisfactoria. Entonces es casi una aporía en términos filosóficos. Sin embargo, desde un punto de vista práctico yo creo que si tiene una metodología más empírica podemos encontrar

algunas salidas que nos permitan tener una armonía en la construcción de un ordenamiento comunitario como existe. Los europeos han sido mucho más prolijos en las soluciones que han dado a esta temática, aquí en la CAN solo Colombia tuvo la lucidez suficiente desde el inicio del proceso.

Las constituciones materializan la voluntad del soberano que es el pueblo a través de la teoría contractualista establece sus propias reglas de convivencia entre las cuales se establece con mucha claridad cuáles son los poderes constituidos que en ejercicio de la soberanía del pueblo y de un sistema democrático representativo, representando al pueblo van a ejercer funciones públicas, fundamentalmente las tres que conocemos, la función ejecutiva, destinada a producir políticas públicas, la función legislativa destinada a la creación de normas jurídicas, y la función jurisdiccional destinada al control de legalidad. Esta lógica nace de la transferencia que hace el pueblo a través de una asamblea constituyente a poderes constituidos. Entonces no es que el poder legislativo o judicial nacional ejerza su poder de la nada o de dios o del derecho natural o de un derecho canónico o un derecho de la naturaleza, sino que son producto de una transferencia que nace de la voluntad soberana del pueblo. Cuando hablamos de procesos de integración como la comunidad andina lo que sucede desde mi punto de vista es que no hay una cesión de soberanía, lo que hay desde mi punto de vista es que hay una delegación del ejercicio de ciertas competencias soberanas porque en la comunidad andina la función la tiene la secretaria de la CAN, tiene la competencia de formular políticas públicas comunitarias. El Tribunal Andino tiene la competencia jurisdiccional para resolver conflictos, entonces, que es lo que sucede, son los propios Estados los que al suscribir un tratado internacional en ejercicio de la soberanía del Estado transfieren o delegan el ejercicio de algunas competencias soberanas hacia los órganos comunitarios. No es una cesión ya que en derecho cuando cedes ya no puedes recuperar ya que hemos visto el caso de Venezuela en la CAN y el Reino Unido en la Unión Europea, que han recuperado sus competencias entonces no es una cesión, tampoco es la delegación de la competencia porque eso significaría que los Estados dejan de tener esa competencia, que no es real, sino que es la delegación del ejercicio de esa competencias y, por supuesto, es una delegación

del ejercicio parcial de la competencia por que por ejemplo la CAN tiene competencias para regular el comercio exterior, propiedad intelectual, tributos, etc., pero por ejemplo no nos metemos en materia penal. Esa construcción es bastante armónica.

La gran pregunta para responder la segunda cuestionarte, es cuando los ciudadanos al formar una constitución o al crear una constitución le dijeron al poder público que podrían ejercer funciones los ciudadanos a través de su constitución también autorizaron al Estado para que en un futuro el Estado pueda hacer esta delegación de competencias. Si la respuesta es sí, esto significa que las competencias de los órganos comunitarios surgen también de la voluntad soberana de los pueblos expresados en las cláusulas de la constitución. Esto en la Unión Europea se ha denominado las cláusulas de apertura, estas cláusulas de apertura, que están en las constituciones de Europa, sobre todo en las modificaciones que se hicieron en el tratado de Maastricht del 92, lo que dicen es que se establece un procedimiento a través del cual el Estado, el ejecutivo puede delegar el ejercicio de competencias soberanas a otros órganos comunitarios, entonces en ese esquema de cláusulas de apertura la constitución funciona como una bisagra porque los estados pueden hacer estas transferencias o delegación del ejercicio de competencias soberanas única y exclusivamente porque la propia constitución así lo permite, con lo que ahí no hay debate entre supremacía y preeminencia, porque esa delegación de competencias estaba prevista en la constitución, porque en alguna asamblea constituyente o en alguna reforma así lo establecieron. Este es un mundo ideal, si tú quieres y esta es la forma a través de la cual deberíamos haber actuado para que exista una armonía entre el soberano que es el pueblo y la delegación que hace el pueblo a los poderes constituidos a través de la constitución y la cláusula de apertura que permite a los poderes constituidos en representación del pueblo transferir estas competencias soberanas a los órganos comunitarios. Ese es el escenario ideal que, si lo hicieron en Europa y lo que te permite tener esa armonía legislativa, es la introducción de las cláusulas de apertura. En la comunidad andina el único país que actuó de esta manera tan prolija fue Colombia, porque antes de entrar en vigencia el tratado de creación de Cartagena de 1969, unos años

antes en 1967 fue el único país que hizo una reforma constitucional que le permitió tener esta posibilidad de tal manera que esta delegación de competencias se produjo en aplicación de la constitución, no sobre ni debajo de la constitución sino en aplicación de la propia constitución. Lamentablemente los demás países andinos no lo hicieron así. Venezuela nunca lo hizo, de tal manera que algunas decisiones sobre todo en la década de los 70 y 80, decisiones andinas por aplicación inmediata y efecto directo si eran convertidas a rango de ley en Venezuela, porque como Venezuela nunca hizo el traspaso de su constitución y a ellos no les importaba lo que decía el tratado e igual las volvían leyes y esto generaba un problema. En Bolivia la primera constitución donde se habla de la integración y de esta posibilidad es la de 2009, es una barbaridad puesto que tuvimos la CAN desde el 69 y dentro de un proceso de supranacionalidad desde el 79 y nuestra constitución recién habla de esta posibilidad el 2009. Aun así, lo hicimos, por eso digo que es un debate sobredimensionado porque en la vida real Bolivia fue parte de procesos de integración y aplicaron la norma andina sin siquiera tener cláusulas de apertura, sin siquiera que la constitución hablara de integración. En Ecuador la palabra integración recién aparece en la constitución de 1998 y se profundiza el análisis en la del 2008. Y en Bolivia la constitución establece además que esta cláusula de apertura es de las más avanzadas del mundo, porque lo que te dice es que para que haya esta delegación de competencias o cesión de transferencias, debería existir un referéndum, porque solo el pueblo a través de un referéndum tendría esa capacidad de delegar el ejercicio de competencias soberanas. Se supone que como toda norma de derecho, rige para adelante, para el futuro lo que quiere decir que si Bolivia quiere integrarse a una organización supranacional debería utilizar el referéndum: La pregunta es y los compromisos anteriores de Bolivia que pasa con la delegación que ya hizo anteriormente, al tribunal, a la comisión, deberían pasar también por ese tamiz entonces, esto ya es derecho constitucional y ahí hay una teoría que te dice que cuando hay una reforma constitucional deberíamos haber tenido el ejercicio de consulta. La pregunta que debería haber respondido el tribunal es la siguiente, que generalmente es de un año. Esto se ha hecho en Brasil con la nueva constitución del 88. La pregunta es que como yo tengo un orden

constitucional la pregunta es este nuevo orden recibe los compromisos que yo hice en el pasado, si los recibe hay armonía, sino son contrarios a mi nuevo orden constitucional, se afirma que hay una recepción de estos tratados internacionales del pasado en el nuevo orden constitucional y al haber sido recibidos entonces pueden seguir ejerciendo. Si la respuesta es no hay tratados internacionales que ya no son recibidos por este nuevo orden constitucional porque de alguna manera son contrarios al nuevo orden, entonces que debería hacer un país serio, se debería denunciar esos tratados, porque los tratados del pasado ya no son recibidos en el orden constitucional nuevo y deben ser denunciados. Este ejercicio de consulta, esta evaluación la debe realizar el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la constitución. En Bolivia no sucedió eso jamás, Lamentablemente no se hizo este ejercicio con lo que al no haberse hecho este ejercicio y por pacta sunt servanda, si Bolivia no hizo ese ejercicio, esto supone por costumbre internacional y por cumplimiento de la norma internacional tácitamente los compromisos anteriores se mantienen en vigencia los que han sido recibidos por el nuevo orden constitucional. Bolivia en el orden internacional tenía ese derecho de hacer ese ejercicio y podría haber denunciado acuerdos, pero no lo hizo con la comunidad andina, por lo que se supone que todos los tratados anteriores han sido recibidos, Así debería suceder las cosas de una manera coherente por eso ese debate de preeminencia y supremacía, no es que pierden vigencia, pero se aminora, se mitiga su impacto o el efecto que pueda tener. Porque en normas jurídicas comunitarias aprobadas en el ejercicio de esa competencia, que ha sido transferida, sobre la base de la constitución adquieren legitimidad constitucional y legalidad, también en el territorio de los 4 países miembros. Esto debería pasar en la vida real, eso paso en Europa, en la CAN solo paso con Colombia, y en la vida real esto ha traído problemas, no muchos, podría haber traído más problemas pero no los trajo, sin embargo, Colombia hizo bien las cosas cuando el debate sobre supremacía y preeminencia fue llevado a la Corte Constitucional de Colombia, la Corte hizo el mismo análisis y ha llegado a la misma conclusión y la corte constitucional ha dicho eso, que esta constitución que establece la posibilidad de la transferencia o cesión de competencias como las normas andinas se aplican de manera preferente por

aplicación inmediata y efecto directo. Y las normas nacionales no son derogadas sino en el caso concreto deben dejar de ser aplicadas y eso lo ha dicho en una sentencia. Donde analizan la constitucionalidad del protocolo de Trujillo del 96 que es el que modifica el acuerdo de Cartagena. Ahí se encuentra un análisis muy rico de cómo la Corte Constitucional colombiana de forma más detallada y profunda va explicar lo que acabo de indicar. Esta es la construcción que la que se debe hacer y la que nos va permitir tener una armonía en el ejercicio del poder público, porque al final del día, sea el Tribunal Constitucional o el tribunal que arroja una ley o una decisión, no están haciendo otra cosa que ejercer el poder público y que para ejercer el poder público este nace de la voluntad soberana del pueblo y esta voluntad soberana esta expresada en la constitución y pese a que esta no ha sido clara en las tres constituciones de Bolivia, Perú y Ecuador, esto no ha sido un óbice o un obstáculo para que no tengamos integración y para que tengamos más de 800 decisiones y para que esas más de 800 decisiones se hayan aplicado de manera inmediata, con efecto directo y con absoluta preeminencia sobre la norma nacional.

Sergio Alberto Fernández. Docente y funcionario Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Jefe Unidad de Integración Regional.

Hay que considerar conflictos de aplicación del Derecho internacional con el Derecho nacional, las teorías monista y dualista. Primeramente, deberíamos circunscribirnos en la teoría monista donde el Derecho Internacional Público (DIP) y el Derecho nacional coexisten en una misma esfera, a diferencia del Derecho islámico que va por ramas separadas. Dentro de la teoría monista, el DIP debería encontrarse por encima del Derecho nacional, lo cual incluye todo el marco legal desde la Constitución hasta las normas de menor jerarquía jurídica, pero ello implica una clara dicotomía con las soberanías de los Estados, mismas que permiten a los mismos determinar qué normas del DIP son aplicables, a través de qué mecanismos, si se considerará al Derecho comunitario como una fuente válida de su Derecho interno y si es que sí, si será de aplicación directa, requerirá internalización, etc., entonces es un debate jurídico de aplicación abierto donde entran en conflicto la doctrina (supremacía del Derecho comunitario) Vs. derecho positivo (qué dicen los acuerdos constitutivos y las constituciones). Ahora, la

respuesta deberá darse siempre en función a cada caso en específico y en el contexto de la misma Constitución. En el caso de Bolivia (y como se explicó en la anterior pregunta), este Derecho se encuentra integrado al bloque de constitucionalidad, por lo que, en términos prácticos, ambos, la Constitución y el Derecho Comunitario deberían encontrarse al mismo nivel.

Pregunta 3. ¿En su opinión, cree que son suficientes y adecuadas las cláusulas constitucionales sobre integración en la actual constitución? CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES

Rodrigo Javier Garrón Bozo, Bolivia. Magistrado TJCA

Considero que la CPE de 2009 tiene un importante avance en materia de integración supranacional, sin embargo, ha establecido una confusa clasificación de Tratados, y utiliza una terminología poco amigable respecto del léxico utilizado en el acervo jurídico nacional, por lo que resultaría muy adecuado realizar algunos ajustes al respecto.

Roberto Viciano, España. Docente Universidad de Valencia

En ninguna Constitución existen exigencias constitucionales que deben ser de obligado cumplimiento por la integración. Lo cual es solo comprensible por la voluntad de los gobiernos nacionales de generar espacios de decisión sin garantías constitucionales.

Alberto Zelada Castedo, Bolivia. Funcionario Internacional.

Sí. Son razonablemente pertinentes y satisfactorias. De todos modos, no son necesarias para aplicar normas de derecho comunitario que disponen la primacía de este sobre el derecho nacional o interno de los estados. Los estados de la UE no han adaptado sus constituciones a las necesidades del desarrollo comunitario o de la penetración de este en su derecho interno.

Julia Cornejo, Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Inicialmente, es importante señalar que la Constitución boliviana forma parte de la última tendencia del constitucionalismo mundial denominado: nuevo

constitucionalismo latinoamericano. Este nuevo constitucionalismo tiene como una de sus características principales, la atención a la integración regional.

Las normas constitucionales son suficientes, aunque excesivamente amplias, pues no delimita las competencias que se pueden compartir con las comunidades de integración, tal como ocurre con la Constitución española, italiana, etc. Por lo que, en el caso boliviano, lo que queda es promover su desarrollo a través de mayores normas infra constitucionales al respecto.

Por otra parte, las cláusulas constitucionales relativas a la integración deberían ser reexaminadas, en la siguiente perspectiva:

a) Se debería retirar al Derecho Comunitario como integrante del bloque de constitucionalidad, considerando que el ordenamiento comunitario de integración no tiene una vocación de “completar” normas constitucionales, como sí lo podría hacer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por la naturaleza de su contenido.

b) La integración regional se da sobre todo en el plano económico; por ende, se podría incorporar un reconocimiento constitucional expreso del valor de las disposiciones de integración en materia de propiedad intelectual, comercio internacional de mercancías y servicios, así como disposiciones de armonización relativas a la libre circulación de personas y de profesionales, etc.

Carlos Alberto Goitia, Bolivia. Constituyente.

La Constitución boliviana es, verdaderamente, pintoresca. Primero, porque el artículo 265, parágrafo I, limita las relaciones de integración a algunas de las formas que pueden llegar a idearse. En concreto, puntualiza que son “relaciones de integración social, política, cultural y económica”. Pero lo evidente es que existen otras.

Luego, en la misma dinámica crítica, proclama una integración desde el Estado boliviano, cuando lo que puede alegarse es que más que impulsarla lo que cabe es ser parte de esos procesos de integración. Es decir, una cosa es promover que se

desarrollen procesos de integración y otra es que se procure formar parte de procesos de integración.

No menos relevante es que apelar a principios como los de “relación justa, equitativa y con reconocimiento de asimetrías” termina por abrazar un amplio espectro en un escenario con niveles de abstracción inalcanzables, porque los principios en sí mismos encierran como elemento característico y diferenciados precisamente eso.

No menos complejo es que en la dinámica patriarcalista del Estado sobre los pueblos y naciones indígenas, originarias y campesinas se promueva que se integren a otros pueblos. Además ¿cabe que una parte del Estado, como lo son esos pueblos, lleven a cabo procesos de integración diverso al de la totalidad del Estado? Súmese a ello, a la inversa, que el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos reconocido en el artículo 3 y 30 de la Constitución a esos pueblos determina que el Estado no pueda comprometer en su participación en procesos de integración a aquellos.

No menos complejo es el contenido del artículo 257, párrafo II, numeral 4. Ello porque en los supuestos comprendidos en los numerales 2 y 3 es comprensible y justificable la ratificación mediante referéndum popular los tratados que aborden dichas materias. Incluso podría sostenerse que ello afianza el compromiso que en esos temas se alcance. En torno a lo previsto en el punto 1 del citado artículo y párrafo, será necesaria la diferenciación entre cesión de territorio e integración total del territorio estatal a una forma diversa de ente (v. gr.: Estado federal integración de un nuevo Estado).

Pero en el caso del numeral 4 del citado artículo y párrafo, es contundente el reconocimiento de que se ceden competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración. Consecuentemente, éste viene a ser el punto más favorable que pueda llegar a encontrarse para dejar de manifiesto que Bolivia tiene abiertas las puertas para ser parte de esos procesos. Más allá del debate sobre es correcto o no el cómo quedó plasmado el artículo o si verdaderamente cabe ceder competencias institucionales

(todo pareciera ser que más que cesión, es la gestación de nuevos entes para el desarrollo de esas competencias) es la previsión que puede ser calificada como la más adecuada para la dinámica de integración.

En síntesis, pese a cuestionables contenidos normativos se tienen previsiones adecuadas para que Bolivia sea parte de procesos de integración

Claudia Storini, Italia. Docente Universidad Andina Quito.

Las recientemente promulgadas constituciones ecuatoriana y boliviana imponen nuevos paradigmas en lo que concierne a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, y como no podía ser de otra manera, lo hacen igualmente con respecto a las garantías que los tutelan. Se analiza las tensiones que se generan en la denominada aplicación directa de la Constitución y sus significaciones en el plano operativo (obligaciones para jueces y demás autoridades y funcionarios públicos), realiza un estudio de las garantías jurisdiccionales en Ecuador en comparación con las previstas en Bolivia, y advierte de los peligros que implica una interpretación errada de la naturaleza de estas acciones.

María Ángela Sasaki Otani, Perú. Asesora Tribunal de Justicia Andino

A los abogados comunes que no saben de derecho internacional o derecho comunitario se les viene. Ahí no les funciona y explotan. No aquí en términos de derecho comunitario no podemos hablar de términos de jerarquía o supremacía. Aquí es como si existe la pirámide de Kelsen, pero aquí existe otra pirámide chiquita aquí. En el sentido de que no hay que hablar de términos de jerarquía sino tenemos que hablar, en el plano interno, de desplazamiento, tenemos que hablar en términos de inaplicación y no de jerarquía o sea que en derecho comunitario hay que borrarlos de la pirámide de Kelsen que se habla de y tenemos que simplemente en términos de cual tiene jerarquía o supremacía no, hay que desplazar. En este caso concreto que se aplica la constitución o el derecho comunitario. Se desplaza se implica, pero no hablamos en términos de jerarquía.

Gustavo García Brito, Presidente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). Presidenta del Tribunal gestión 2021-2022.

Más que adecuadas y suficientes, depende del grado de análisis que tengas y del enfoque desde un punto de vista de la integración el simple hecho de que en la constitución se establezca como un objetivo del Estado, la integración latinoamericana es una ganancia porque el estado debería estar comprometido con los procesos de integración primera cosa. Como segunda cosa, la transferencia de competencias desde mi punto de vista, si bien es la cláusula más avanzada del mundo, desde el punto de vista de la legitimidad, desde el punto de vista de la democracia participativa, el hecho de que solo se puedan transferir competencias a través de referéndum, entonces un análisis positivo, es entonces, que te da mayor legitimidad, hay mayor democracia participativa, que está sobre la representativa, pero habría que hacer otro análisis sobre la conveniencia práctica, porque una cosa es que tengas el ideal y otra cosa es que no lo vas a poder aplicar en la vida real. No sé hasta qué punto en la vida real Bolivia va poder aplicar ese mecanismo después. Desde el punto de vista positivo es mayor legitimidad y por supuesto la democracia participativa y el otro punto que si bien no es negativo, pero sobre el que hay que considerar, cual es la viabilidad práctica y nosotros, hasta qué punto, que hemos tenido experiencias en temas de referéndum.

Lo que me preocupa es que, en la constitución boliviana, no sé si por hacerlo bien, que las normas comunitarias son parte del bloque de constitucionalidad y eso al igual tiene sus apreciaciones positivas y negativas. La parte positiva es que muchos abogados y personas por primera vez en su vida empezaron a escuchar sobre las normas comunitarias y se sorprendieron que fueran parte del bloque. Nosotros, como Bolivia, lo incorporamos como derecho positivo las normas de derechos humanos y de derecho comunitario. La parte positiva es, la que genera estudios genera interés, y los abogados saben que tienen que aplicar las normas andinas que están como parte del bloque de constitucionalidad. Mi cuestionamiento es que si nosotros decimos que somos parte del bloque esto significa que las normas estarían en el mismo nivel que la constitución eso nos puede llevar a una situación que no se ha presentado del todo en Bolivia, pero creo que se podría presentar, y sería muy peligrosa porque puede llevar a un choque de trenes. ¿Qué hacer? El Tribunal Constitucional, en algún caso concreto en el que se discuta una

norma constitucional y una norma andina, con rango de bloque, al ser norma para el juez constitucional como parte del bloque igual aplicando la teoría de la ponderación podría para favorecer la tutela de los derechos aplicar con preferencia la norma constitucional por sobre la norma andina en un ejercicio hermenéutico. Es decir, hay un caso concreto que el juez constitucional boliviano tiene que aplicar una ley andina, y al ver que están en del mismo nivel, en un ejercicio de ponderación puede decidir aplicar las normas de orden constitucional y en ese caso concreto dejar de aplicar la norma andina. Podría hacerlo dejar de aplicar la norma andina. El gran problema es que si hace eso el juez constitucional podría estar generando un incumplimiento de Bolivia con relación a la norma andina que viene con los compromisos. Porque la lógica de la preeminencia andina, es a la inversa, si hay una oposición entre normas lo que debería hacer es aplicar la norma andina con preferencia a la norma nacional. Lo que nos muestra que al ser la norma andina parte del bloque puede traer estos riesgos. Además, si el juez constitucional llegaría a ese escenario y tiene que aplicar la norma andina, antes de todo, debe hacer una interpretación prejudicial, ya lo ha hecho el Tribunal Constitucional, en otros casos como el de la Universidad Andina, cuando estaba en discusión si debía aplicarse el acuerdo de sede de la Universidad Andina sobre la ley nacional en materia tributaria, Hay ese antecedente la sentencia 68/2014 consulta prejudicial del TCP de Bolivia, donde se desarrolla esa teoría de las fuentes atípicas del derecho comunitario andino. O sea, de la preeminencia del convenio de sede de la universidad andina con el gobierno de Bolivia. Entonces si el TCP no hace la consulta prejudicial puede haber incumplimiento y habiendo hecho la consulta prejudicial no la aplica, si habiendo hecho la consulta prejudicial aplicándola, pero llegando a la conclusión que va dejar a un lado la norma andina en favor de la norma nacional hay incumplimiento. Y este incumplimiento significa que es posible que el Estado Plurinacional de Bolivia sea demandado en el sistema de solución de controversias porque el TCP ha vulnerado la norma andina. Y este es el choque de trenes que te hable, y que ha pasado en la Unión Europea con la decisión que emitió el TC Alemán contra una sentencia del TJUE y la comisión europea ha iniciado una acción por incumplimiento contra Alemania. Entonces eso es lo que habría que evitar y ese

podría ser un escenario muy problemático que podría ocasionar una interpretación errónea del artículo constitucional separado y no dentro del esquema del derecho comunitario andino.

Sergio Alberto Fernández. Docente y funcionario Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Jefe Unidad de Integración Regional.

Me parece que el haber insertado al Derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad es un gran avance y reconocimiento a esta importante fuente de Derecho, de manera que ambos, el Derecho nacional e internacional emanado de los procesos de integración de los cuales somos parte, coexisten y al más alto nivel. También el artículo 410 contempla la aplicación jerárquica de normas a la cabeza de la Constitución, lo cual mantiene en "cancha" el ejercicio de las facultades soberanas del Estado, es decir, mantiene cerca al corazón al Derecho comunitario, pero tampoco entrega en bandeja de plata sus atribuciones a procesos de integración, lo cual es sano. El actual estado de constitucionalidad del Derecho comunitario es bastante y lo que se debe procurar es que no exista una incongruencia en la aplicación de normas nacionales con comunitarias, sino que estén en línea, pero por encima de la CPE, no creo que sea saludable para el ejercicio del poder público (con la sola excepción de Derechos Humanos).

Pregunta 4. ¿Porque razón cree usted, que no hay mayor jurisprudencia sobre primacía en el ordenamiento jurídico interno de los Estados? JURISPRUDENCIA SOBRE PRIMACÍA

Rodrigo Javier Garrón Bozo, Bolivia. Magistrado TJCA

En Bolivia no hay más jurisprudencia debido a que hasta hace algunos años, sólo enviaban las IP al TSJ. Tuvo que ser el TJCA quien vía jurisprudencia amplíe el concepto de juez nacional a los funcionarios públicos, para que recién puedan los funcionarios del SENAPI enviar los IP al TJCA y pueda generarse mayor movimiento. Por otra parte, afecta mucho el hecho de que sólo la Propiedad Intelectual sea el área de mayor influencia comunitaria, por lo que requerimos avanzar en las áreas comunes de integración, para fortalecer los sistemas jurídicos. Finalmente, es importante realizar mayores capacitaciones en las vías legales que

tienen los particulares para activar los mecanismos comunitarios jurisdiccionales, y las ventajas que podrían obtener de ello.

Roberto Viciano, España. Docente Universidad de Valencia

Los tribunales nacionales les resulta muy incómodo defender la primacía del ordenamiento constitucional. Sobre todo, si son tribunales constitucionales y tienen que aceptar la primacía del ordenamiento comunitario sobre la norma cuya supremacía han de defender

Alberto Zelada Castedo, Bolivia. Funcionario Internacional.

Seguramente porque en nuestro país o no se han dado o se han dado pocos casos de conflicto entre normas de derecho comunitario y derecho nacional. Sin embargo, existe jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la CAN, en especial en las sentencias sobre el recurso de Interpretación Prejudicial.

Julia Cornejo, Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Considero que los Estados tienen una tendencia permanente a reafirmar en la práctica la vigencia y primacía de su ordenamiento interno. Así también, aún es deficiente el conocimiento del Ordenamiento Jurídico Comunitario y sobre todo de la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, del Tribunal Andino de Justicia. Considero que ello sucede porque los operadores de justicia actuales aún tienen el sesgo de la formación en el derecho clásico y que quizá no han comprendido todavía el cambio de paradigma Constitucional que invita al texto constitucional vigente.

No obstante, en el caso boliviano, el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional Plurinacional han tenido algunos fallos interesantes al respecto, sobre todo en materia de propiedad intelectual. El Tribunal Supremo es quien mejor supo llevar la primacía del Derecho Comunitario en casos como el de TOYOSA.

Carlos Alberto Goitia, Bolivia. Constituyente.

Desde mi punto de vista son relevantes dos factores. El primero está vinculado, como señalé, a una suerte de desfase entre los procesos de afianzamiento de la Constitución como instrumento normativo con primacía a la Ley y el desarrollo de

los procesos de integración. Ello torna comprensible, no justificable, que en la dinámica de jerarquía normativa y el proceso de formación del jurista se privilegie lo local a la normativa comunitaria. Nótese que la diferenciación entre lo local y lo no local termina por ser muy marcada.

El segundo, derivado del anterior, es que no se comprende la diferencia entre jerarquía normativa y aplicación normativa. La jerarquía normativa informa la limitación en contenidos normativos de una norma con relación a la que se tiene como superior además de fijar la forma en la que puede emerger. Pero la aplicación de la norma opera en un escenario propio de la competencia y ámbito material de aplicación de la norma ya creada, vigente y válida. Son esos factores a los que cabe sumar, un sentimiento localista, los que explican por qué la jurisprudencia local favorece el derecho considerado local frente al otro no local. Paradójico, si se tiene en mente que ambos son locales

María Ángela Sasaki Otani, Perú. Asesora Tribunal de Justicia Andino

La constitución del 93 en el Perú, a grosso modo menciona la integración latinoamericana. De manera declarativa. No especifica la comunidad andina. Pero no hay problema porque igual existen los tratados primarios que tienen alcance legal. Los tratados en el Perú son como leyes. La entrada en la CAN por esos dos lados. 1. Por la mención a la integración latinoamericana. 2. Porque los tratados tienen un rango legal en el Perú.

Gustavo García Brito, Presidente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). Presidenta del Tribunal gestión 2021-2022.

Si hay en Colombia, si hay en el Perú, si hay en Ecuador, pero no en Bolivia. Habría que ver la sentencia 67-IP. Hay alguna sentencia en Bolivia en materia laboral, de la Corte Superior de Justicia de Chuquisaca, donde sí se reconoce la preeminencia y debe haber algunas sentencias de Tribunal Supremo de Justicia en temas administrativos sobre todo de propiedad intelectual.

Entonces, yo te diría no es que no hay, no es que sea insuficiente, en Colombia, por ejemplo, que es el caso más paradigmático hubo en su momento en el año 76, y en Colombia donde se aplica más el derecho comunitario ya nadie discute esto ya no es un debate, simplemente todo el mundo ya lo sabe, la Corte ya lo ha dicho, hay jurisprudencia uniforme de que prevalece la norma andina sobre la norma interna. Esto ya es un dogma desde los años 96. Entonces, veremos que, si bien ya no hay nuevos pronunciamientos sobre el particular, quizás es porque ya no son necesarios. En Colombia ya hay doctrina jurídica en la Corte, la jurisprudencia y la universidad y también hay en Perú. En Ecuador y Bolivia, lo que ha faltado es precisamente lo que estamos haciendo hoy en día, mayor difusión del ordenamiento andino y el TJCAN se ha preocupado desde el año 2014 que ha hecho actividades de capacitación para contarles a los jueces bolivianos cómo funciona el sistema. El problema es que los jueces van cambiando y que hay constituciones diferentes. Ahora se firman convenios con el Tribunal de Justicia de Bolivia, con la Escuela de Jueces, queremos implementar el módulo sobre derecho comunitario en la formación de la Escuela de Jueces de Bolivia, no todas las universidades tienen la materia de derecho comunitario, entonces, hay una necesidad de mayor difusión, hay una necesidad de mayor conocimiento, y yo creo, que esa es la principal razón para que las personas desconozcan el derecho comunitario. Desde el derecho interno, yo te diría que hay la suficiente jurisprudencia para que sea indiscutible, podría haber más o menos, pero eso depende de la casuística. Tu como juez quisieras sacar más sentencias de muchos más temas, pero si no demandan no podemos sacar mucho, porque nosotros respondemos a los casos que nos llegan, en esa medida el Tribunal ha podido ir construyendo la jurisprudencia sobre la casuística.

Sergio Alberto Fernández. Docente y funcionario Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Jefe Unidad de Integración Regional.

Creo que la respuesta es un poco más sencilla que las anteriores, ya que el nivel de delegación de soberanía en los procesos de integración en los que participa Bolivia es bastante bajo; con el Mercosur la internalización de sus normas y acuerdos se ha hecho a través de procesos de ratificación, es decir todo el proceso

que requiere la Constitución y la Ley 401. Para el caso de la CAN sí son de aplicación directa, y el único caso donde yo conozco hubo una contradicción con el ordenamiento interno fue con la modificación de la Decisión 486 sobre propiedad intelectual, misma que se modificó pese a la reticencia de Bolivia y se hizo un escándalo que incluso derivó en la solicitud de destitución del Secretario General, pero no llegó a tribunales nacionales.

Pregunta 5. ¿Qué opina Usted sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Andino, específicamente sobre la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario? JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO

Rodrigo Javier Garrón Bozo, Bolivia. Magistrado TJCA

La jurisprudencia ha sido clara al respecto, incluso sobre la primacía del Derecho Comunitario respecto de otros tratados Internacionales, incluyendo a los multilaterales. Sin embargo, han sido los jueces nacionales, sobre todo los constitucionales, los que se han limitado e incluso, en algunos casos han omitido aplicar estas reglas, tal es el caso TOYOSA, en el cual el Tribunal Constitucional yendo en contra de las Interpretaciones Prejudiciales 452-IP-2017 y 573-IP-2016, decidió confirmar un amparo constitucional en el que se obligó al Viceministerio de Comercio Interno a reconocer una exclusividad a favor de TOYOSA, que había sido negada en todas las instancias administrativas y judiciales, incluso por el Tribunal Supremo de Justicia, lo cual lógicamente coloca a Bolivia en un claro incumplimiento en contra del Derecho Comunitario.

Cecilia Luisa Ayllon, Magistrada por Bolivia. TJCA

Asimismo, merece se destaque la mayor utilización del Sistema Andino de Solución de Controversias por parte del Estado Plurinacional de Bolivia, país que había remitido únicamente dos solicitudes de interpretación prejudicial en el año 2011 y 6 en el año 2014. En la gestión 2015 Bolivia presentó 34 solicitudes, como resultado de la importante labor de difusión del ordenamiento jurídico andino que realizó el Tribunal en los principales órganos jurisdiccionales de Bolivia y en las Universidades.

Hernán Romero, Magistrado por Ecuador. TJCA

Las sentencias le han servido para darle seguridad jurídica, certeza y transparencia al proceso de integración de la CAN. Pese a todo hoy el tribunal andino produce mucho. La salida de Venezuela debilitó la CAN. A pesar de ello la eficiencia y producción del tribunal no disminuyó y aumentó significativamente la tramitación de causas. Colombia y Perú son los países más activos

Alberto Zelada Castedo, Bolivia. Funcionario Internacional.

Es correcta. Además, es útil consultarla para ayudarse en la interpretación de casos que un profesional del derecho pueda tener en sus manos. También es útil consultar la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea que, aunque no obliga a nuestro país es un buen referente de doctrina.

Julia Cornejo, Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Considero que es acertada, y se sustenta en dos nociones, primero la separación del ordenamiento nacional e internacional, y segundo, en la aplicación directa del ordenamiento comunitario.

Creo que estas nociones son pertinentes y reafirman el hecho de que el ordenamiento Comunitario es aplicable directamente en el ordenamiento de los Estados parte de la CAN, por las obligaciones internacionales contraídas conforme al Derecho Internacional de los Tratados (por ejemplo, Convención de Viena).

Por otro lado, el TJCA ha seguido una línea marcada por el TJUE, que aún debe desarrollarse con matices propios del sistema andino de integración. Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE debe empoderarse de las atribuciones conferidas para generar sentencias que profundicen aún más los procesos de integración.

Carlos Alberto Goitia, Bolivia. Constituyente.

Evitando ser reiterativo en lo manifestado, desde mi punto de vista, además de acertado, apegado a Derecho y correcto es la consecuencia lógica y natural de la esencia del proceso de integración andino. Ciertamente la primacía del derecho comunitario es aquella que cabe y corresponde.

María Ángela Sasaki Otani, Perú. Asesora Tribunal de Justicia Andino

Si no se conoce el sistema, no se emplea y si no se emplea no existe mayor jurisprudencia o primacía en el ordenamiento jurídico de los Estados. Pero existe una isla de derecho, existe una isla de jurisdicción, Que es la propiedad intelectual. En temas de propiedad intelectual si existe estado de derecho en términos de este, una isla de derecho eficaz en ese tema. La idea es que el paraguas se amplíe. Este pequeño éxito en propiedad intelectual se explye a otros ámbitos. Al aduanero al tributario, A otros ámbitos del derecho.

No lo veo como algo negativo hay que ver el vaso medio lleno. Este caso exitoso de isla de propiedad intelectual ya está súper reforzado en la CAN, porque el SENAPI de Bolivia incluso ha mandado interpretaciones prejudiciales al tribunal, ellos si tienen conocimiento de la primacía. En el caso del Perú, la Corte Suprema Nacional de Justicia es la que manda las interpretaciones obligatorias al TJCA porque conocen el principio de primacía. En Bolivia el Senapi lo debe conocer porque participa del sistema mandando interpretaciones prejudiciales. En el caso del Perú INDECOPi si está al tanto de la primacía y el Tribunal Supremo porque siempre envía las interpretaciones obligatorias.

Gustavo García Brito, Presidente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Presidenta del Tribunal gestión 2021-2022.

Sobre el principio de preeminencia el TJCAN tiene una vasta jurisprudencia que el Tribunal la ha ido reiterando en los casos que le han llegado.

Sergio Alberto Fernández. Docente y funcionario Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Jefe Unidad de Integración Regional.

Hay que considerar que el Tribunal tiene competencia para resolver acciones de incumplimiento, de nulidad, el recurso por omisión o inactividad, que pueden dirimir conflictos de normas nacionales con normas de Derecho comunitario, por lo que creo que sería mejor reformular la pregunta para aplicarla a algún caso específico, analizarlo y emitir criterios al respecto, ya que, así como está planteada es muy abierta y conducente a respuestas como "me parece bien que exista", que no aporta mucho.

Pregunta 6. ¿Qué efectos positivos o negativos nos puede señalar Usted de la aplicación preferente del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados? EFECTOS POSITIVOS O NEGATIVOS.

Rodrigo Javier Garrón Bozo, Bolivia. Magistrado TJCA

Dentro de los aspectos positivos podemos señalar la posibilidad de lograr el cumplimiento comunitario profundizando la integración subregional. Cabe señalar que las normas comunitarias gozan además del filtro de la aprobación por mayoría de los países, lo que asegura que las normas estén ajenas a las ideologías de turno de los Estados. En cuanto a los aspectos negativos, se podría citar el déficit de legitimidad que conlleva la aprobación de las normas comunitarias y que, de alguna forma, le restan fuerza al proceso de integración.

Alberto Zelada Castedo, Bolivia. Funcionario Internacional.

Los efectos son solo positivos. Consisten, básicamente, en adecuar e inclusive modificar nuestro derecho interno y reemplazarlo por un derecho común a cuatro países. Esto garantiza una mayor seguridad jurídica.

Iván Miranda, Bolivia, Docente Universidad Mayor de San Andrés.

POSITIVOS

Es un anhelo de los pueblos latinoamericanos desde la independencia de la Republica.

Es unos mecanismos para enfrentar la globalización.

NEGATIVOS

Débil institucionalidad de los procesos de integración será revertida cuando las sociedades se la apropien.

Economías desiguales

Sistemas políticos en crisis

Falta de una política de Estado de apoyo a la integración

Falta una visión estructural y de largo plazo.

Proceso en extinción.

Débil e insuficiente cohesión de los pactos suscritos.

Ausencia de sociedad en los tratados de integración

CAN no forma parte de la agenda mediática ni de la opinión pública

La gente no reconoce su existencia

Julia Cornejo, Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Aspectos positivos:

a) Desde el punto de vista económico la integración regional es una estrategia esencial para tener un mercado competitivo internacionalmente; b) La armonización del Derecho interno en zonas de integración económica permite la dinamización de la economía, la creación de valor agregado y la productividad de los países involucrados en el proceso de integración; c) La aplicación preferente garantiza la vigencia del proceso de integración a nivel interno del Estado; y ratifica el valor normativo y la vigencia material del proceso de integración en las relaciones jurídicas entre las personas; d) El Estado viabiliza a través de sus tribunales el respeto de obligaciones internacionales contraídas; e) Promueve el constitucionalismo multinivel; f) Moderniza el derecho comunitario e internacional público; g) Exige mayor especialización para las juezas y jueces en materia comunitaria; h) Consolida el control de comunitariedad.

Aspectos Negativos

a) En cualquier modelo de integración, si los Acuerdos no han sido bien negociados, se puede generar asimetrías económicas cuestionables, por ejemplo, en la Comunidad Europea se ha cuestionado el hecho de que hay economías que se han beneficiado más que otras con el proceso de integración; b) La aplicación del ordenamiento comunitario puede relegar visiones nacionales o locales sobre diferentes aspectos, y temas estratégicos, por ejemplo, en materia de conocimientos tradicionales Bolivia puede tener intereses contrapuestos con países de la CAN, por ello el proceso de negociación y establecimiento del ordenamiento nacional, deben realizarse de manera coordinada y para ello se requiere un diálogo entre

autoridades nacionales (Por ejemplo, Cancillería con el Ministerio de Desarrollo Productivo, etc.); c) Puede provocar que los gobiernos tomen medidas nacionalistas a nombre de cuidar su soberanía.

Carlos Alberto Goitia, Bolivia. Constituyente.

No identifico efectos negativos que sean diferentes a los comunes a cualquier juez boliviano que emite una decisión en un caso concreto aplicando la norma boliviana. Podrá cuestionarse si es justa o no, así como si emerge de un proceso llevado correctamente o no.

Igualmente, complejo resulta identificar un efecto positivo. Considero que si un Estado opta por ser parte de un proceso de integración y los fallos favorecen el derecho comunitario ante el derecho interno pues simplemente se está reforzando la vocación de integración del Estado. No encuentro mayor dificultad a una decisión que en un caso local, aplicando la norma local, resuelve el conflicto. La norma comunitaria termina aplicada a un caso propio de la comunidad y, por lo tanto, afianza la fuerza del ordenamiento jurídico. Al final, es una cuestión de competencia y no de jerarquía como tengo señalado.

María Ángela Sasaki Otani, Perú. Asesora Tribunal de Justicia Andino

En mi tesis cito sentencias donde el tribunal se equivoca también. De que le dan el efecto directo y la aplicación y la primacía a estas que armonizan cuando justamente las que armonizan están reconociendo las competencias del país miembro para que ellos mismos la apliquen. Hay sentencias del tribunal que confunde esto. En mi tesis las he criticado. He citado las sentencias que de manera errónea e indebida han otorgado primacía y efecto directo a estas decisiones que no deberían gozar de estos principios.

Gustavo García Brito, Presidente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). Presidenta del Tribunal gestión 2021-2022.

La preeminencia es sinónimo de la existencia del derecho comunitario. Los derechos positivos son muy importantes en los cuatro países donde se aplica, en algunos países con mayor medida que en otros. Yo no le veo en los aspectos

negativos ninguno nada. Si los países decidieron formar parte de un proceso y crearon un ordenamiento jurídico, delegar el ejercicio de competencia soberanas, que existan órganos comunitarios entonces todo está bien. Si algún país considera en algún momento que ya no quiere ser parte de la comunidad andina tiene la oportunidad de denunciarlo.

Sergio Alberto Fernández. Docente y funcionario Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Jefe Unidad de Integración Regional.

Un primer efecto positivo de la aplicación preferente del Derecho comunitario es que, al tener el efecto directo y no requerir internalización, el marco legal general se enriquece y crece, cubriendo áreas que posiblemente no estaban legisladas y que hubiesen necesitado alguna situación o problema para recién cubrirse con normas de Derecho interno. Otro efecto positivo es la celeridad, ya que la deliberación al interior de la CAN y sus órganos deliberativos y aprobación de normas suele tomar menos tiempo que una propuesta legislativa que debe ser redactada en Comisiones de la Asamblea Legislativa, aprobada en grande y en detalle en una Cámara, para luego pasar a la Cámara revisora y seguir los mismos pasos. Asimismo, otro aspecto es el político, ya que si una iniciativa legislativa (ley) nace de un partido de oposición, es muy probable que no prospere o de vueltas indefinidamente en los debates legislativos, por lo que la ventaja de una norma comunitaria goza de una mayor imparcialidad política, es menos "contaminada políticamente" podría decirse y las negociaciones se concentrarán en la esencia de la norma, no así en el "tinte político" que pueda tener. De esa manera, la aplicación preferente elude este control politizado y la necesidad de debatirlo al interior de un partido político.

Adicionalmente, se debe pensar que Colombia, Perú y también Ecuador tienen muchos más acuerdos comerciales en vigencia con el mundo, es decir, extrarregionales, incluyendo a EEUU (Acuerdo de Promoción Comercial) y la Unión Europea (Acuerdo de Asociación), mismos que son TLCs que contienen normas OMC y temas de vanguardia comercial, por lo que su dinámica comercial es mucho más avanzada y procuran que las normas comunitarias estén en línea. Es una visión de mundo que Bolivia adopta indirectamente. Por ello, existe un efecto "spillover"

de derramamiento de buenas prácticas comerciales internacionales que se traducen a Derecho comunitario y pueden beneficiar a Bolivia para que se ponga al día indirectamente, ya que existe mucha reticencia política a adoptar prácticas "neoliberales". Esta práctica lo único que ha logrado ha sido rezagar a Bolivia mucho, sobre todo en materia de facilitación del comercio. Es el caso de la Decisión 618 que obliga a los países a adoptar las disposiciones del Convenio de Kyoto para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Bolivia no ratificó este Convenio, pero vía CAN, se fundieron sus disposiciones en la Ley General de Aduanas).

Finalmente, el adoptar una norma comunitaria de aplicación preferente consultará (al menos en teoría) los intereses de todos los Estados involucrados y no sólo de Bolivia, por lo que es menos posible que se llegase a dar un conflicto entre Estados miembros por aprobar una norma que es de interés de un solo Estado, pero pueda que vaya en detrimento de las prácticas de otros Estados miembros. Actualmente se tienen problemas con la CAN por temas como la subvención a los hidrocarburos en Bolivia y el abastecimiento de combustible de vehículos peruanos en territorio nacional. De igual forma, la diferencia normativa entre la necesidad de generar una patente (placa de circulación) propia para remolques y semirremolques (chatas) para el transporte internacional (así lo aplica el Perú) Vs. la práctica en Bolivia, los remolques y semirremolques utilicen la misma placa que el motorizado. Esta diferencia normativa ha llevado a permanentes problemas fronterizos que se hubiesen podido evitar con una norma comunitaria.

Pregunta 7. ¿Cree Usted, que hay conocimiento mutuo y dialogo jurisprudencial entre estos dos ordenamientos jurídicos encargados de aplicar el derecho comunitario? HAY CONOCIMIENTO MUTUO Y DIALOGO JURISPRUDENCIAL

Rodrigo Javier Garrón Bozo, Bolivia. Magistrado TJCA

La relación entre los jueces comunitarios y jueces nacionales es de colaboración en el caso de las IP y de cumplimiento, en el caso de AI y de la AN. El instrumento de interconexión entre ambos jueces es la IP, que resulta siendo la piedra angular de la integración normativa y el picaporte para lograr los avances en la integración.

Al respecto, considero que, para lograr una mayor interacción, ya se han dado los pasos adecuados vía jurisprudencia, donde no solo ahora puede elevar una IP los jueces, sino también los funcionarios administrativos y los árbitros, sin embargo, esto debería plasmarse en una norma comunitaria, a efectos de lograr la relevancia necesaria y la regulación que permita una acción más constante.

Cecilia Luisa Ayllon, Magistrada por Bolivia. TJCA

El SENAPI ha enviado 13 solicitudes de interpretaciones prejudiciales a la CAN y es uno de los más activos de la región, “las decisiones emitidas por la CAN están siendo aplicadas de manera correcta, el SENAPI es una institución líder que está creciendo en lo que hace a las resoluciones de temas de propiedad intelectual en el contexto Andino”. El SENAPI tiene proyectadas más actividades, tanto en el ámbito jurídico como también capacitaciones para los servidores públicos, sobre temas como denominaciones de origen, marcas, derecho de autor y derechos conexos. Se busca profundizar las relaciones institucionales con otros Tribunales Internacionales, con el propósito de compartir experiencias y buenas prácticas que permitan el fortalecimiento del Sistema Andino de Solución de Controversias. Asimismo, indicó que es imperativo continuar con el importante trabajo de difusión del derecho comunitario, el cual evidentemente se ha profundizado desde el año 2014. Estas actividades de difusión del derecho comunitario deben estar destinadas a fortalecer las capacidades profesionales en esta materia, en los cuatro Países Miembros.

Hernán Romero, Magistrado por Ecuador. TJCA

Existe un gran progreso y cambio dentro del Sistema Judicial ecuatoriano, donde los jueces actualmente están dotados de todas las herramientas tecnológicas para poder realizar su trabajo, aun así, los procesos para su objetivo se demoran varios años, perdiendo eficiencia y sobre todo la justicia no llega a tiempo. Por lo que las Interpretaciones Prejudiciales en las que el Tribunal da el criterio Comunitario llegan a ser procesos que se iniciaron hace diez o quince años atrás.

El trabajo de difusión y capacitación de funcionarios y autoridades y jueces de los 4 países ha dado lugar a un mejor y mejor entendimiento del derecho

comunitario y sus características especialmente la supranacionalidad, y la aplicación inmediata que ha sido superada y se ha entendido el alcance de las mismas. En la gestión 2016, se realizó una visita oficial al Estado Plurinacional de Bolivia y se pudo concretar la suscripción de un Convenio Marco con el Tribunal Supremo de Justicia, lo cual permitió consolidar las relaciones de colaboración interinstitucional, así como la realización de diferentes actividades de capacitación a los funcionarios de dicho Tribunal.

Alberto Zelada Castedo, Bolivia. Funcionario Internacional.

El diálogo se da cuando algunos de nuestros tribunales nacionales están en situación - por obligación expresa - de solicitar al Tribunal de Justicia de la CAN una interpretación prejudicial de alguna norma del ordenamiento jurídico andino que tiene necesidad de aplicar. Por esta vía el tratado del tribunal de la CAN busca unificar la interpretación del ordenamiento jurídico andino y evitar la dispersión de la misma.

Julia Cornejo, Magistrada Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Considero que sí hay un conocimiento mutuo, pero lastimosamente no es el suficiente, ya que el diálogo jurisprudencial es mínimo en la región andina, por:

a) Desconocimiento de la normativa andina, b) El conocimiento es aún deficiente, en materia de jurisprudencia interna aún no existe una referencia importante al Derecho comunitario, cuando los tribunales internos podrían aplicar directamente el Derecho Comunitario, y seguir los entendimientos asumidos por el TAJ, c)..... El diálogo jurisprudencial podría ser fortalecido con procesos de formación a los servidores públicos y operadores de justicia en normativa y materia de jurisprudencia comunitaria, y de Derecho Procesal del proceso de integración.

El Tribunal Constitucional en algunos casos aislados se ha referido a las facultades del TAJ (SCP 0844/2014 de 8 de mayo, SCP 0701/2015-S3 de 20 de julio), pero se denota aun una deficiente relación de diálogo jurisprudencial entre el TAJ, el TCP y sobre todo el TSJ.

Ideas de soluciones

- a) Debe existir un compromiso de las instituciones nacionales (por ejemplo, el TSJ y TCP) con los órganos comunitarios (por ejemplo, Tribunal Andino de Justicia) para generar: primero, espacios de acercamiento institucional, luego elaboración de materiales conjuntos para hablar un mismo idioma, para que finalmente se llegue a un diálogo entre órganos a través de sus resoluciones.
- b) Es preciso que el diseño de mecanismos de diálogo sea en los planos académico, jurisprudencial y de buenas prácticas de aplicación del derecho comunitario.
- c) Por otra parte, y a fin de materializar el propósito de integración regional, es preciso que los Estados miembros de las Comunidad –Andina, por ejemplo-, acuerden políticas públicas al interior de sus países con tal cometido.

Carlos Alberto Goitia, Bolivia. Constituyente.

Desde mi punto de vista la respuesta no puede ser categoría. Considero que la integración de los miembros del Tribunal Andino de Justicia así lo evidencia. Otra cosa es que existan momentos o circunstancias en las que por diversos motivos sean las que generen problemas. Los jueces de cada Estado aportan con lo que se ha gestado en el nivel jurisprudencial Estatal al debate comunitario al momento de tomar una decisión. Pero la dinámica inversa de ese diálogo jurisprudencial es diferente. Los medios de difusión de la jurisprudencia comunitaria enfrentan dificultades para poder ser conocidas por los operadores locales. Es muy llamativo, en nuestro medio, que un juez asuma natural y espontáneamente que también es juez comunitario y se mantenga actualizado sobre las decisiones que sume el Tribunal Andino de Justicia. Adicionalmente, en un plano práctico, lo que pude apreciar (con el margen de error que ello puede conllevar) es que en ciertos Estados de la Comunidad Andina es mayor el apego y la consideración de la jurisprudencia emanada del Tribunal Andino de Justicia a la que se encuentra en otros, por ejemplo, Bolivia. Ello se explica por lo manifestado anteriormente. Consecuentemente, tanto el diálogo como el conocimiento mutuo al que se refiere la pregunta es, al menos, complejo o, si se prefiere, imperfecto.

María Ángela Sasaki Otani, Perú. Asesora Tribunal de Justicia Andino

En Colombia si claro incluso hay sentencias el Tribunal Supremo de Colombia, en el caso del Perú está INDECOPI, la Corte Superior de Lima. La SUNAT también, es la superintendencia que ha hecho informes citando el derecho comunitario. Este conocimiento mutuo y Dialogo jurisprudencial creo que, si existe en propiedad intelectual, vuelvo a esta idea de isla de derecho en temas de propiedad intelectual, es decir que en la CAN existe un estado de derecho en temas de propiedad intelectual, entonces acá si hay un conocimiento y dialogo mutuo jurisprudencial. Si hay si existe. Luego la idea es que esto se derrame a otros ámbitos y contagie a otros temas del derecho. En el caso del Perú solo en el caso de propiedad intelectual.

Gustavo García Brito, Presidente Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Gestión 2021-2022.

Nosotros cuando dialogamos con los colombianos dialogamos en el mismo nivel. Están siempre muy bien preparados, como el Dr. Eric Tremolada, que es un gran amigo de esta casa, son personas que ya se forman con el derecho comunitario. Con Bolivia siempre nos ha costado mucho, porque los Jueces del Tribunal Supremo de Bolivia, de ese entonces el 2014, les costaba entender esta lógica de que por más Tribunal Supremo que sea, cuando vayan a resolver una controversia andina, deben hacer la consulta prejudicial e inclusive si no lo hacían podían generarle responsabilidad internacional al Estado. Nos costó mucho conversar con ellos. Lo que nos funciona es que llevamos con nosotros a un miembro del Tribunal Supremo del Perú, que era su par, ya que le tenían desconfianza al TJCA, porque es supranacional y este sobre, nosotros les decíamos que no es que el TJACA este encima de ellos, es una relación de cooperación judicial. El TJCA nunca ha tenido, ni tiene, ni va tener esta aura de somos supranacionales y que estamos por encima, siempre el Tribunal ha tenido un mecanismo de colaboración y cooperación judicial, la interpretación prejudicial que es el corazón del sistema, es el mejor mecanismo que ha funcionado para que estos principios se consoliden y para que el derecho comunitario avance. La Interpretación perjudica es el mecanismo más importante desde el punto de vista del sistema de solución de controversias. No es otra cosa que un mecanismo de cooperación judicial. Cuando el juez tiene que resolver un

problema con la norma andina, hace la consulta, hace las preguntas y puede explicar y dar su entendimiento, el Tribunal acá hace un trabajo muy interesante de armonizar esa interpretación de la norma, mediante el ejercicio hermenéutico correspondiente y con esa interpretación pre jurídico luego el juez nacional resuelve la causa. Pero no ha sido fácil transmitir eso que los jueces asuman desde su judicatura que van a tener el auxilio la colaboración del Tribunal. Se ha logrado, pero es un ejercicio permanente que hay que seguir mejorándolo. Hay muchos cambios y hay que comenzar el trabajo siempre con los nuevos jueces en Bolivia. Con algunos nos ha ido muy bien. Desde el punto de vista del Tribunal siempre habrá la predisposición de mejorar cada vez más el dialogo judicial, tenemos muy buenas relaciones con todos los países. Este dialogo lo hacemos siempre y tenemos bastante apertura de los jueces nacionales. Y como todo en la vida, hay jueces que te escuchan con más atención y aprovechan y otros que tienen más resistencia. En la vida real más allá de las preferencias personales lo que deberían primar es que los jueces nacionales en el ejercicio público que ejercen y entendiendo que el Estado tiene compromisos internacionales, para sumir esos compromisos, se tiene que aplicar la norma andina, para que no se genera la responsabilidad internacional en contra del Estado. Que puede pasar por no pedir una interpretación prejudicial o por querer aplicar la norma nacional a ultranza, estén generando una situación en la que el Estado pueda ser demandado por incumplimiento. Ha pasado a la propia Colombia. Si ha habido sentencias del Consejo de Estado que han sido declaradas como de incumplimiento y las han tenido que anular porque sabían que eran contrarias a la norma andina.

Sergio Alberto Fernández. Docente y funcionario Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Jefe Unidad de Integración Regional.

Tengo la opinión de que el grado de conocimiento mutuo y diálogo jurisprudencial es muy bajo, de hecho, es bastante bajo el número de personas que conocen sobre integración, supranacionalidad, qué realmente es la CAN, aprobación de normativa comunitaria de aplicación directa, la existencia de un Tribunal Andino, etc., incluidos los órganos jurisdiccionales. La Universidad Andina Simón Bolívar cumple un rol estratégico al difundir el Derecho comunitario andino, su rol en la integración

latinoamericana y la cesión de soberanía, pero no es suficiente para un espectro de difusión amplio. Propuestas o recomendaciones de tesis podrían incluir “integración” en secundaria y en los programas de Derecho. Asimismo, incluir temas de cesión de soberanía y jurisprudencia andina en la escuela de jueces para magistrados bolivianos.

7. Análisis comparado de las entrevistas.

Las entrevistas a profundidad, realizadas a 13 destacadas personalidades y especialistas en doctrina y jurisprudencia sobre la garantía de cumplimiento uniforme del principio de primacía del derecho comunitario, de diferentes países de Europa y América Latina ha evidenciado que la el principio de primacía es la garantía de prevalencia y cumplimiento uniforme del derecho comunitario sobre el derecho interno en Bolivia y Ecuador.

Asimismo, se rescata la visión de dejar atrás la noción de jerarquía constitucional y remplazarla con la de aplicación normativa al momento de emplear el principio de primacía que desplaza las normas internas cuando hay contradicción entre normas de diferente fuente ordinamental.

También es sumamente importante considerar el criterio de que es fundamental conocer a fondo el derecho comunitario, darle una mayor divulgación y promoción de parte de los Estados miembros, las instancias judiciales y la propia academia, para que todos los jueces nacionales y abogados, los puedan aplicar cuando corresponda, ya que lo que no se conoce no se puede aplicar.

El Ecuador, ha sido mucho más activo que Bolivia, pero muy por debajo de Perú y Colombia, utilizando los mecanismos que proporciona el sistema, pero también han sido demandado en reiteradas oportunidades por incumplimiento de la normativa comunitaria, lo que demuestra que no siempre aplica el principio de primacía en su derecho interno.

Por su parte, Bolivia, tenía una tradición de larga ausencia en la aplicación del ordenamiento jurídico andino, debido a múltiples razones entre las cuales destacamos que sus autoridades no divulgaron suficientemente el derecho comunitario internamente entre los jueces nacionales, abogados litigantes y los actores privados, como se lo efectivizó recién a partir del año 2014, por lo que se evidencia ahora un incremento de la aplicación del derecho comunitario, a partir del programa de capacitación en derecho comunitario dirigida a jueces y académicos bolivianos, propiciado por el propio Tribunal de Justicia Andino en sus actividades de difusión del acervo comunitario en los países miembros.

Se nota también una ausencia de la academia en la difusión del derecho comunitario, puesto que, por ejemplo, en la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, la más grande e importante del país, no cuenta con una asignatura sobre derecho de la integración o derecho comunitario andino. Una lamentable situación que afecta a los nuevos profesionales del derecho que no podrán ofrecer una estrategia más a sus futuros clientes en relación a la utilización de los instrumentos que los actores privados y los ciudadanos tienen para defender sus derechos en el marco de la normativa comunitaria.

De la lectura general de las entrevistas podemos establecer asimismo que el principio de primacía ha sido aplicado preferentemente en los cuatro países andinos, pero con diferente énfasis, unos países conocen más el derecho comunitario por lo cual aplican más que los otros países miembros. Siendo la razón más importante para la no aplicación del principio de primacía del derecho comunitario la falta de conocimiento y utilización de los mecanismos y procedimientos que contiene el derecho comunitario. Ello nos conduce a establecer que se requieren intensificar los programas de formación y difusión de forma permanente, especialmente en Bolivia, que es el país con menos uso del sistema andino de integración, como pudimos apreciar en las diferentes gráficas sobre aplicación del derecho comunitario andino.

El principio de primacía es un requisito fundamental para que pueda operar la supranacionalidad y la aplicación preferente, caso contrario, estaríamos frente a un

sistema intergubernamental. Por otra parte, la primacía es el instrumento para poder resolver conflictos de colisión normativa entre derecho comunitario y el derecho interno de los países miembros.

Más que adecuadas y suficientes las cláusulas de apertura al derecho comunitario en las constituciones andinas, desde un punto de vista de la integración, el simple hecho de que en la constitución se establezca como un objetivo del Estado, la integración latinoamericana es una ganancia pero al mismo tiempo el Estado a través de sus instituciones públicas debería estar mucho más comprometidos con los procesos de integración en la gestión diaria de la integración, de lo que establecen tanto la constitución como los tratados de integración.

Hay lamentablemente sentencias donde tanto el derecho comunitario, a través del TJCA como el derecho interno de los Estados se equivocan puesto que de manera errónea e indebida han otorgado efecto directo, aplicación inmediata y la primacía a estas decisiones comunitarias que armonizan, cuando justamente las que armonizan están reconociendo las competencias del país miembro para que ellos mismos la apliquen y desarrollen.

La relación entre los jueces comunitarios y jueces nacionales es de colaboración en el caso de las Interpretaciones prejudiciales y de cumplimiento, en el caso de las acciones de incumplimiento y de las acciones de nulidad. El instrumento de interconexión entre ambos jueces es la interpretación prejudicial, que resulta siendo la piedra angular de la integración normativa y el picaporte para lograr los avances en la integración.

Al respecto, se considera que, para lograr una mayor interacción, ya se han dado los pasos adecuados vía jurisprudencia, donde ahora no solo pueden elevar una interpretación prejudicial los jueces, sino también los funcionarios administrativos y los árbitros, ampliando la legitimidad activa para el uso de estos instrumentos de defensa que proporciona el derecho comunitario.

Se observo que hay un desconocimiento de parte de los jueces internos y la mayoría de los particulares que ignoran que desde el ordenamiento comunitario

pueden surgirles derechos y obligaciones que deberían cumplir y exigir ante sus respectivos tribunales como sujetos beneficiarios del sistema.

Finalmente, algo que vale la pena destacar de las entrevistas realizadas es la falta de una precisa conceptualización de los temas, ya que no es lo mismo, por ejemplo, supremacía que primacía o cesión de soberanía y transferencia del ejercicio de competencias soberanas. Términos que son utilizados de forma desaprensiva para tratarse de expertos en doctrina y jurisprudencia del derecho comunitario.

CONCLUSIONES

Conforme a los objetivos de esta investigación y teniendo en cuenta los capítulos en los cuales se han ido presentado los hallazgos sobre los efectos en la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento interno de Bolivia y Ecuador, se han obtenido las siguientes conclusiones:

Se comprobó la hipótesis de investigación en el sentido que: El principio de primacía del derecho comunitario andino en Bolivia y Ecuador, se aplica preferentemente, a través de las garantías de interpretación prejudicial y acción de incumplimiento.

El principio de primacía deviene como una consecuencia de un constructo lógico desarrollado por la normativa y jurisprudencia andina de los principios de aplicabilidad inmediata y efecto directo. Con los que se estaría asegurando la posibilidad de hacer efectivo derechos y obligaciones tanto para los Estados miembros como para sus ciudadanos.

El presupuesto del principio de primacía es la colisión normativa entre una norma comunitaria andina y una norma de derecho interno. En la jurisprudencia del TJCA se indica entonces que para estos casos se requiere que prevalezca el Derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados, por lo que esto garantiza su eficacia y obligatoriedad de la norma comunitaria.

El principio de la primacía tiene prevalencia natural y es necesaria para alcanzar los fines cooperativos de la integración andina a través de la aplicación preferente del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico interno en Bolivia y Ecuador, con lo que se garantiza la interpretación y cumplimiento uniforme de la normativa comunitaria, evitando incurrir en responsabilidad estatal.

Del análisis comparativo se llegó a determinar que efectivamente existe un fuerte fundamento constitucional de los procesos de integración donde han conseguido implementar en sus constituciones cláusulas de integración muy avanzadas que

dan apertura y legitimidad al proceso de integración andino que, permiten recepcionar y aplicar el derecho comunitario en los sistemas jurídicos internos tanto de Bolivia como del Ecuador, que son inclusive los más avanzados de toda América Latina.

Bolivia tiene una de las cláusulas más innovadoras y avanzadas del mundo, en cuanto se refiere a la aceptación de la integración supranacional, mediante referéndum vinculante, donde el soberano participa directamente en la definición de participación del Estado en un organismo supranacional. Ecuador, por su parte, cuenta también con todo un sistema de incorporación del derecho comunitario al ordenamiento jurídico interno muy detallado y completo, que es uno de los mejores en América Latina.

Hay evidencia de una reducida pero clara y contundente jurisprudencia de la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento interno de los Estados en Bolivia y Ecuador, en el ejercicio de competencias que fueron transferidas por los Estados a través de tratados y en la creación de normas comunitarias por los órganos supranacionales de la Comunidad Andina de Naciones.

Hay una necesidad de re conceptualización de antiguos conceptos para poder comprender más adecuadamente los fenómenos jurídicos que nos ocupan, a la luz de los nuevos contextos internacionales fuertemente influidos por la globalización, la regionalización y los cambios acelerados del sistema jurídico internacional. Tal es el caso, por ejemplo, del concepto de supranacionalidad, soberanía o cesión/delegación/transferencia de competencias a organismos supranacionales.

La diferenciación entre jerarquía y aplicación es fundamental para evitar el conflicto de la relación entre el derecho comunitario y el derecho interno, para los cual es importante conceptualizar que son dos ordenamientos jurídicos diferentes y autónomos que a pesar de ello tienden a cooperar para su correcta aplicación en los Estados miembros.

Existe una mejorada participación democrática de los ciudadanos andinos en las temáticas de la integración, como son las elecciones directas de los parlamentarios

para el Parlamento Andino y la aprobación mediante referéndum aprobatorio de tratados de integración que transfieren el ejercicio de competencias soberanas a un organismo supranacional.

En ambos países está muy arraigado el principio de supremacía constitucional que colisiona permanentemente con el derecho comunitario, en ese sentido para una adecuada convivencia, se debe tomar en cuenta la función del principio de colaboración judicial entre ambos ordenamientos jurídicos.

Se observó la necesidad de que los Estados apoyen decididamente la labor que lleva adelante el Tribunal de Justicia Andino, como órgano jurisdiccional obligatoria y exclusivo, respetando y acatando sus fallos, para que se pueda garantizar la seguridad jurídica, la validez, eficacia y uniformidad de la normativa comunitaria sobre el ordenamiento jurídico interno tanto de Bolivia como del Ecuador.

El fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional, en el caso Toyosa en Bolivia del 2017, es un pésimo antecedente de incumplimiento, al no aplicar el principio de primacía que había sido requerido en dos oportunidades al Tribunal de Justicia Andino, a través de la piedra angular del sistema, el mecanismo de la interpretación prejudicial, rompiendo una larga tradición en la interpretación y aplicación preferente del derecho comunitario, con lo que se podría incurrir en responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho internacional.

Se puede afirmar que la presente investigación, evidencia con la jurisprudencia analizada la importancia de los mecanismos de interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento para la efectiva vigencia del derecho comunitario y comprobamos fehacientemente que son las herramientas que materializan el cumplimiento eficaz del principio de primacía del derecho comunitario andino.

Se establece que es necesario un mayor conocimiento y difusión de la normativa comunitaria en estos dos países para que pueda ser mejor aplicado el principio de primacía. La forma como se aplica este principio depende del tipo de norma que se trate. En virtud a que hay normas armonizadoras y normas unificadoras que es necesario comprenderlas con mayor profundidad para ver sus verdaderos alcances y límites.

Finalmente, decir que se evidencio que la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento son los principales mecanismos de garantía para la aplicación y cumplimiento uniforme del principio de primacía tanto en Bolivia como en el Ecuador. La misma que ha sido comprobada en la vasta jurisprudencia seleccionada, comparada y analizada sistemáticamente en esta investigación y que se describe y analiza en los capítulos desarrollados en la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ALVARADO, Paola. Zombis Vs. Frankenstein: *Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. *Revista Estudios Constitucionales*, 2016, Vol.14, N°1. pp. 15-60 ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>

AGUILAR CALAHORRO, Augusto. La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los estados: Una reflexión sobre la constitucionalización de Europa. *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2013. pp.6-70. Disponible en: https://unikore.it/media/k2/attachments/Augusto_Aguilar_Calahorro_numerato.pdf

ALBA, Oscar. *El Debate Contemporáneo del Derecho Internacional*. Tercera edición. Cochabamba: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI). Kipus, 2014, pp.59-72.

ANDALUZ, Horacio. *Aplicación judicial de la Constitución*. Santa Cruz: Plural, 2011, p.39. ISBN 978-99954-39-80-4.

ANDALUZ, Horacio. La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución Boliviana del 2009. *Vniversitas*, 2010, N° 120. pp. 17-60. ISSN: 0041-9060. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14446/11647>

ÁVILA, Ramiro. Las garantías: herramientas imprescindibles para el para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008. En: ÁVILA, Ramiro; GRIJALVA, Agustín y MARTÍNEZ Rubén. *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: V&M Gráficas. 2008. p.43 ISBN: 978-9978-92-651-2. Disponible en: http://agustingrijalva.com/wp-content/uploads/2016/06/2_Desafios_Constitucionales.pdf

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. Los derechos fundamentales de la unión en busca de un nuevo equilibrio. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, N°104. pp. 243-268. ISSN-L: 0211-5743. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/download/39676/22371>

BALDIVIESO JINÉS, Marco A. Supremacía constitucional y primacía comunitaria ¿Convivencia o incompatibilidad? Análisis Jurisprudencial y estudio de caso. *Revista Jurídica Derecho*. 2015, Vol. 2, N° 3. pp. 41-48. ISSN: 2413-2810. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v2n3/v2n3_a05.pdf

BIDART CAMPOS, German. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Atenea 1991, p.357.

BOGDANDY, Armin, MORALES, Mariela y FERRER, Eduardo. *La Justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un lus constitutionale commune en América Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas IIJ-UNAM, 2010, p.289. ISBN: 9786070219214

BREWER, Allan; CASTRO, Jorge y CUADRA, Gabriela. *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003. ISBN: 978-9972-42-616-2, p.115.

BROTÓNS, Antonio y et, al. *Derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p.47. ISBN: 978-84-9876-984-5. Disponible en: <https://www.derechopenalenlared.com/libros/derecho-internacional.pdf>

BUENO, Patricio. *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*. Sucre: Tribunal Andino de Justicia y Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, pp.113-118.

BULMER, Elliot. *¿Qué es una constitución? Principios y conceptos*. IDEA Internacional. Suecia. 2021, p.5. ISBN: 978-91-7671-384-6.

BUSTOS, Rafael. *Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red*. En: SAIZ, Alejandro; MORALES, Mariela y UGARTEMENDIA, Juan Ignacio (coord). *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*. IVAP. 2011. pp. 149-173. ISBN-13: 978-8477773733

CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Octava Edición. Madrid: Editorial Tecno, 2019. pp. 85-157. ISBN: 9788430978250.

CHAHÍN, Guillermo. *Comercio Exterior: teoría y práctica*. Colombia: Ediciones Librería Profesional, 1987, pp. 7-19. ISBN: 9586350371, 9789586350372.

CHAHÍN, Guillermo. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Comunitario Andino*. En: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Testimonio Comunitario –Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*. Quito: pp. 2-87. 2004 Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf

CHURCHILL, citado por Plazas, Mauricio. *Derecho Tributario Comunitario. La organización tributaria en el Sistema Andino de Integración*. Bogota: Legis,2001, p.65. ISBN 9586532771.

CLAES, Mónica. *Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las 'cláusulas europeas' en las constituciones nacionales: evolución y tipología*. En: CARTABIA, Martha; et al. *Constitución europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005. pp. 123-190. ISBN: 84-8456-319-7.

DEL RINCÓN, Delio. *Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales*. Madrid: Dykinson, 1995. ISBN: 848155104.

DROMI, José Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho Comunitario-Sistemas de integración Régimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. Vol. 1, pp.67-163. ISBN 950-9385-34-4.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 1996, pp.67-163. ISBN: 950-14-0917-1.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. *Ius et Praxis*. 2004. Vol. 7, N° 2, p.25. ISSN 0718-0012. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200027

FERREIRA, Sara. Ley 401 y su análisis en relación a la constitucionalidad y derecho comunitario. *Revista virtual del Instituto de Estudios Internacionales IDEI*, 2014, Año 4, N°76, pp.55-60

FERREYRA, Leandro. Aspectos constitucionales y culturales del derecho comunitario. *Lecciones y Ensayos*. 2009. N°87. pp. 235-266. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/87/lecciones-y-ensayos-87-paginas-235-266.pdf>

FIGUEROA, Alejandro. Los principios de supremacía y operatividad en el derecho comunitario como fundamentos de la integración. *Revista Chilena de Derecho*. 1998, N°26. pp. 389-394. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650038.pdf>

FIGUEROA, Aimée. *Tópicos fiscales contemporáneos*. México: Universidad de Guadalajara, 2004, pp. 170-178. ISBN: 968-5876-02-9.

GALINDO, Marcelo. *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826 - 1967*. La Paz: Los Amigos del Libro, 1991, pp. 170-178.

GALO MANTILLA, Pico. Relaciones entre el Derecho Nacional y el Comunitario. *Revista Jurídica*, 1995, N°9. Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1996/09/12_Relaciones_entre_Derecho_Nacional_y_Comunitario.pdf

GARRÓN, Rodrigo. *Derecho Comunitario: Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea*. La Paz: Producciones CIMA, 2004, pp. 20-55.

GIAMMATTEI, Jorge. *Guía concertada de la Integración Centroamericana*. Managua: Unión, 1999, p.9. ISBN: 99924-811-0-2

GUACHALLA, Luis Fernando. *Misión en el Paraguay*. UMSA La Paz.1931, p. 288

GUY, Isaac. *Manual de derecho comunitario general*. Quinta Edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, pp.69 -119. ISBN: 978843441649.

HAAS, Ernst. *The Uniting of Europe; Political, Social, and Economic Forces 1950-1957*. Stanford: University of Notre Dame Press, 1958, p.23.

HERNANI, Windsor. Importancia del derecho comunitario. *Universidad Católica Boliviana, Revista N° 10*, pp.107-109.

HERRERA, Juan Camilo. Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta de Jamaica. *Colombia Internacional*. 2016, N° 86. pp. 165-192. ISSN 0121-5612 ISSN: 1900-600 Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/812/81244236007/html/>

IGLESIAS, Manuel. *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo*, Segunda Edición. Madrid: Colex, 1995, pp.38-71.

INSIGNARES, Silvana. El Derecho Comunitario Andino ¿Obstáculo en la Integración? *Revista de Derecho*. 2007, No. 27. pp. 295-307. ISSN: 0121-8697. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102712.pdf>

INSIGNARES, Silvana. Integración latinoamericana: su construcción jurídico-política. Tesis doctoral. Valencia-España. 2013, pp.36-48

JARAMILLO, Grace. Las relaciones internacionales en América Latina: una amalgama de nuevos enfoques y nuevos actores. En: JARAMILLO, Grace (comp). *Relaciones Internacionales: los Nuevos Horizontes*. Quito: FLACSO Ecuador. 2009. pp. 11-26. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/52350.pdf>

JARAMILLO, Grace. *Las relaciones internacionales en el proyecto de constitución*. En: Análisis Nueva Constitución Quito: Ildis-La Tendencia. 2008. pp.265-280.

KAUNE, Walter. *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*. Testimonio Comunitario. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Graficas Señal. 2014. pp. 27-74

KAUNE, Walter. *Temas sobre Integración y Derecho Comunitario*. Sucre: Universidad Andina Simón Bolívar. 2012. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/432/1/CA-O1-Kaune.pdf>

KEGEL, Patricia. Las Constituciones Nacionales y los Procesos de Integración Económica Regional. En: Fundación Konrad Adenauer Stiftung. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p.298.

KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1965, pp.244-388.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. IV edición. México: Editorial Porrúa, 2007, p.66

KUMM, Mattias. *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. Ruling the world? Constitutionalism*. Cambridge: Dunoff & Trachtman Eds, 2009, p. 272.

LONGARIC, Karen. *Aspectos jurídicos en los procesos de integración y el derecho comunitario*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés-UMSA, 2017. pp.10-119. Disponible en: <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/20148/Longarit.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Novena edición. Madrid: Tecnos, 2017, p.117. ISBN 978-84-309-6972-2.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 2016, vol. 10, N° 37. pp. 129-154. ISSN: 1870-2147. Disponible en: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/download/13/8>

MARTÍNEZ, Andrés. La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación de los tratados internacionales: La primera legislatura, 2009-2013. *Revista de la Facultad de Derecho*. 2013. Vol. 29, N°2, p.115 Disponible en: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5dc77d5c522330fdfe50e0f31ccd15b0.pdf>.

MARTÍNEZ, Rubén. La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: TREMOLADA, Eric (Edit.) *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*. Bogotá: Departamento de publicaciones de Universidad del Externado de Colombia. 2008. pp. 84-92.

MONNET, Jean. *Memorias*. Siglo XXI Editores. Madrid-España. 1985, p.22. ISBN 978-84-323-0530-6.

MONROY CABRA, Marco. El Derecho Internacional como Fuente del Derecho Constitucional. *ACDI*. 2008, Año 1, N°1. pp. 107-138. ISSN: 2027-1131. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25154.pdf>

MONTAÑO, César. Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008. En: ANDRADE, Santiago; GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia. *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional. 2009, pp.20-55. ISBN: 978-9978-19-231-3

MONTAÑO, César. *Problemas constitucionales de las integraciones supranacionales. Análisis del caso andino*. Tesis doctoral. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012, pp.116-162. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3063/1/TD024-DD-Monta%C3%B1o-Problemas.pdf>

MONTES, María A. *Efectos reglamentarios y jurisprudenciales del derecho comunitario andino sobre el derecho administrativo colombiano*. Tesis de Maestría. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, 2012, p.20.

MONTOYA CÉSPEDES, Martín. *Tensiones constitucionales provocadas por la supremacía del derecho internacional comunitario andino en Colombia: jerarquía y autolimitación de competencias*. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad de Los andes, Facultad de Derecho, 2009, p.244. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/11142/u402125.pdf?sequence=1>

NEGRO, Sandra. *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: EUROS EDITORES, 2010, p.46. ISBN: 978-9974-676-52-7.

NUMAN, Janne y NOLLKAEMPER, André. *Nuevas perspectivas sobre la división entre derecho nacional e internacional*. Oxford: Oxford University, 2007, pp.21-102. ISBN-13: 9780199231942.

OLLERO, Andrés. *La aplicación del derecho comunitario como cuestión infra constitucional en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2009, pp.331-383. Disponible en: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/download/955/1323/>

ORDÓÑEZ REYNA, Aylín B. *Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, p.11. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/32102/abor1de1.pdf>

OSTRIA, Alberto. *Una obra y un destino. La política internacional de Bolivia después de la Guerra del Chaco*. Buenos Aires: Bs.As. Ayacucho, 1946. pp. 18-355.

PADILLA Moreno, David. *La responsabilidad del estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino*. Revista FORO Nr. 9. Primer semestre 2008. p.84

PALLARES, Jorge. *Derecho Internacional Público*. Segunda edición. Bogotá: Leyer Editores, 2004, p.74. ISBN: 978-958-690-629-6.

PAUST, Jordan. *Basic Forms of International Law and Monist, Dualist and Realist Perspectives*. En: NOVAKOVIC, Marko. *Basic Concepts of Public International Law: Monism and Dualism*. U of Houston Law Center. 2013, No. 2013-A-11 (Belgrade, Ed. Faculty of Law, University of Belgrade), pp.15-60. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2293188>

PÉREZ TREMPES, Pablo. *El concepto de integración supranacional en la constitución*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, N°13. pp. 103-127. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1051166.pdf>

PEROTTI, Alejandro. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria - Estudio sobre los Estados del Mercosur*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2004, p.111. ISBN: 9974-7868-1-9. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11149> .

PESCATORE, Pierre. Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, pp. 348-349, citado por Fabián Novak Talavera, *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*, en AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 76.

PICO MANTILLA, Galo. Características y Significado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en el proceso de integración andino. *Revista Jurídica Online*, 2001, p.49.

PICO MANTILLA, Galo. *Derecho Andino*, Segunda Edición. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1992, p. 89. ISBN 9978-82-011-6.

PINO ESTRADA, Manuel. El sistema jurídico en la Comunidad Andina de Naciones. *Revista Intellector*. 2006, Vol. 2, N°4. pp. 1-14. ISSN: 1807-1260. Disponible en: <https://biblat.unam.mx/hevila/Intellector/2006/vol2-3/no4/5.pdf>

PLAZAS, Mauricio. *Derecho Tributario Comunitario*. La armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración. Bogotá: Legis, 2001. ISBN: 9586532771.

PONCE DE LEÓN, Eugenia. *Temas de derecho comunitario ambiental andino*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001, p.87. ISBN: 9586165000, 9789586165006.

QUINDIMIL, Jorge. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2006, pp.255-335. ISBN: 978-8484567509.

RADZIMINZKY, Alejandro. Sociedades multinacionales y proceso de integración económicos. *Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones*, 1988. Num.121-126, año 21, p.100.

RAINER, Arnold. Conflictos entre ordenamiento normativo y su solución. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. 2004. N°1. pp. 97-114. ISSN 1697-7890. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098439.pdf>

ROA, Emmanuel. *Tratados Internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado de México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001. pp- 175- 207. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/10.pdf>

RODRIGUEZ, Irene. Funcionalismo, neofuncionalismo y relaciones internacionales. Derecho. Vol. 5. No.1. España. 1996, pp.300-302.

SAAVEDRA, Agustín. *Política exterior de Bolivia*. La Paz: Los Amigos del Libro, 2005, p.36.

SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Quito: Impreseñal, 1991, pp.10-15.

SAINZ, María Paz y al et, *Introducción al derecho de la Unión Europea*. Segunda Edición. Madrid: Eurolex 1999, p.112.

SALAZAR, Roberto. *El derecho comunitario andino: de la teoría jurídica a la realidad actuante del derecho*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1998. pp 247-296. Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1994/02/09_El_Derecho_Comunitario_Andino.pdf

SALGADO, Carlos Oswaldo. *El ABC del Derecho para la integración*. Cuenca: Edislat, 2010, p.77. ISBN 978-9942-03-243-0.

SALTOS, María Giaconda. *Derecho e integración*. Quito: CEP-Corporation de estudios y publicaciones, 2008, pp.79-122. ISBN: 9978867570, 9789978867570.

SÁNCHEZ, Víctor. *La Integración y la Constitución Política del Estado de Bolivia*. s/f: Biblioteca digital andina. Universidad Andina Simón Bolívar, 2011,31-66. <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/BO-INT-0003.pdf>.

SCHUMAN, Robert. *Discurso de 9 de mayo 1950*. [Recuperado 20 de junio 2012] Disponible en: <https://www.robert-schuman.eu/es/doc/questions-d-europe/ge-204-es.pdf>

SCOTTI, Luciana. *La integración regional y el Derecho de la Integración - El caso del MERCOSUR: luces y sombras: en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Diario Jurídico El Dial*, 2006, N°18, p.24 Disponible en: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/197/188>

SOLOMON, M. *La teoría de las relaciones internacionales en los albores del Siglo XXI; Dialogo y dicidencia*.2002, p.29. Recuperado de www.reei.org.

SOBRINO, José Manuel. *El derecho de integración. Marco conceptual y experiencia en la Unión Europea*. Lima: Secretaria General de la Comunidad Andina, 2001, p.30.

SOLARES, Alberto. *Integración. Teoría y Procesos. Bolivia y la Integración*. Instituto Boliviano de Comercio Exterior: La Paz. 2010. pp. 83-98. ISBN: 3845481048, ISBN: 9783845481043.

SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Séptima reimpresión. México: Fondo Económico Social. 2000, 13-199.

TANGERIFE, Marcel. *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*. Medellín: Becker & Mckenzie, 2002, pp.110-155. ISBN: 9789588075655.

TORRES, Nila; ESCOBAR, Concepción y CASTRO, Fanny. *Instituciones de derecho comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.11. ISBN: 9788484566069.

TREDINNICK, Felipe. *Curso de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*. La Paz: Los Amigos del Libro, 2002, p.5.

TREDINNICK, Felipe. *Derecho Internacional Contemporáneo*. Cuarta Edición. La Paz: La Paz, BO, 2006. pp. 1-18.

TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Jerarquía constitucional y Aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derecho e integración. *Revista Vniversitas*, 2014. N° 128. pp. 84-88. ISSN: 0041-9060. doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jcap

TREMOLADA, Eric. Aplicación del derecho andino en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela frente a la experiencia europea. *Revista OASIS*, 2005, N°11, pp.15-22. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/2398/2038>

TREMOLADA, Eric. *El Derecho Andino en Colombia*. Bogotá: Serie Pre Textos N°31. Universidad del Externado, 2006, pp.17-50. ISBN-13: 9789587101775.

TREMOLADA, Eric. El Derecho andino: una sistematización jurídica para la supervivencia de la Comunidad Andina de Naciones. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. s/f. N° 57. pp. 35-75. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24668.pdf>

TREMOLADA, Eric. Los organismos supranacionales en la Constitución Colombiana: ¿una garantía para el derecho andino? En: TREMOLADA, Eric. *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008, p.33. ISBN: 9789587103281,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. *Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional Plurinacional 2012-2015*. Tomos I, II, III, IV. Sucre: Imprenta Tupac Katari. 2015

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Testimonio Comunitario, *Doctrina, Legislación, Jurisprudencia* (versión digital), editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf

TRIEPEL, Heinrich (1925): Les rapports entre le droit interne et le droit international, (Paris, Recueil des Cours 1923, Académie de Droit International), citado por ACOSTA ALVARADO, Paola. Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Revista Estudios Constitucionales, 2016, Vol.14, N°1, p.124. ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>

TRUJILLO, Julio Cesar. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 1994, p.94. ISBN: 978-9978-19-262-7.

ULATE, Enrique. *Integración Regional y Derecho Agrario Comunitario Europeo y Centroamericano: Fuentes constitucionales y evolución jurisprudencial*. Granada: Seminario sobre "La Consulta Prejudicial. 2006, p.52. Disponible en: https://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=pres_10780_1_12102006.pdf

URIBE, Fernando. *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, pp.51-55.

VANOSI, Jorge y DALLA, Alberto. *Régimen constitucional de los tratados*. Segunda Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p.112. ISBN: 950-20-1291-7.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*, Sexta edición. Madrid: Aguilar, 1976. (Traducción Antonio Truyol y Serra), pp.97-98

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*. 2011, N°9. pp. 5-19. ISSN: 1988-5091.

VICIANO PASTOR, Roberto. Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales Valencia. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerio*, 2010, N° 67/68. pp. 91-99. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3903143.pdf>

VON BOGDANDY, Armin. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*. 2008. Vol. 6 N°3. pp.397-413. DOI: [dx.doi.org/10.1093/icon/mon015](https://doi.org/10.1093/icon/mon015)

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review (online)*, 2002, Vol. 65, N°3, pp. 317-359

JURISPRUDENCIA

PRONUNCIAMIENTOS TRIBUNAL DE JUSTICIA COMUNIDAD ANDINA

- Comisión del Acuerdo de Cartagena, 29 de mayo al 5 de junio 1980.
- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena. Proceso No. 01-N-86, 10 de junio 1987.
- Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 02-N-86, de 10 de junio 1987, 25 de mayo 1988.
- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 01-IP-87, 3 de diciembre 1987.
- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena. Asunto No. 1-IP-88, 3 de diciembre 1988
- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 2-IP-88, 25 de mayo 1988
- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena, 1989
- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena, Proceso No. 2-IP-90, 11 de octubre 1990
- Sentencia Tribunal de Justicia Acuerdo de Cartagena. Gaceta Oficial, de 20 de septiembre 1990
- Sentencia Tribunal de Justicia Comunidad Andina. Proceso No. 05-IP.95, 27 de marzo 1995.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 10-IP.95.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 01-AI.96.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.96.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 03-AI.96, 24 de marzo 1997.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.97.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 03-AI.97.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 02-AI.98.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 07-AI.98.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 08-AI.98.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 10-AI.98.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 30-IP.98.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 07-AN.99.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 43-AI-2000, 7 de junio 2004.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 1-AI-2001.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 26-AI.2001.

- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 87-IP.2002, 13.11. 2002.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 116-AI.2003, 21 de abril 2004.
- Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso 117-AI-2003,10 de enero 2005
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Dictamen No. 06-2006, 13 de julio 2006.
- Sentencia Tribunal de Justicia Andino, Proceso No. 03-AI-2006
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso No. 02-AN- 2007.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 11-IP-2010
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 67-IP-2014
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 573-IP-2016
- Sentencia Tribunal de Justicia Comunidad Andina. Proceso 452-IP-2017
- Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso No. 003-013-DTI-CC.
- Sentencia Tribunal de Justicia Andino. Proceso: 02-IP-2019

LA JURISPRUDENCIA BOLIVIANA

- Sentencia Corte Suprema de Justicia Nr. 036/01, de 30 de mayo 2001
- Sentencia Tribunal Constitucional Nr. 0031/2006, de 10 de mayo 2006
- Sentencia Constitucional Plurinacional. No.1250/2012
- Sentencia Constitucional Plurinacional No. 0769/2013-L, de 1 de agosto 2013.
- Sentencia Constitucional Plurinacional No. Nr. 844/2014, de 8 de mayo 2014
- Sentencia Constitucional Plurinacional No. 0024/2017, de 21 de julio 2017.
- Sentencia Constitucional Plurinacional No. 0646/2017-S2, 19 de junio 2017.

LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

- El Procurador General del Estado en absolución de consulta del Ministerio de Industrias sobre aspectos relacionados con la aplicación de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena (Oficio N° 20401 de 6 de octubre 1992).
- Decreto Supremo 1257, Caso Registro Oficial 304, de 28 de marzo 1977.
- Fallo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 3 de junio 1985.

- Sentencia Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, No.15, de 13 de mayo 1999.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, del 5 de octubre 1999.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, CASO No. 0008-2002-CI.
- Corte Constitucional Dictamen N° 025-10DTI-C Caso N° 0028-10-TI Quito. D.M. 22 de julio 2010.
- Corte Constitucional Dictamen N° 028-10- DTI-C Caso N° 0024-10-TI Quito. D.M. 19 agosto 2010.
- Corte Constitucional Dictamen N°. 027-10-DTI-CC Caso No 0004-10-TI Quito, D.M. 29 de julio 2012

PRONUNCIAMIENTOS TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE de 5.2.1963, as. Van Gend & Loos, 26/62.
- STJCE de 15.7.1964, as. Flaminio Costa v. E.N.E.L., 6/64.
- STJCE 26.2.1976, as. Comisión/Italia, 52/75.
- STJCE de 9.3.1978, as. Simmenthal, 106/77.
- STJCE de 19.11.1991, as. Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República italiana, C-6/90 y C-9/90.
- STJCE de 13.3.1992, as. Industrie Handelsonderneming Vreugdenhil BV v. Comisión, C-282/90.

INSTRUMENTOS ANDINOS CITADOS

TRATADOS

- Acuerdo de Cartagena, Acuerdo de Integración Subregional Andino, suscrito el 26 de mayo 1969. Decisión No. 1 de 1969.
- Tratado Constitutivo de creación del Parlamento Andino, 25 de octubre 1979
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TCTJAC) de 1979.
- Protocolo de Quito de 1987
- Acta emitida en la I Reunión de Plenipotenciarios para la Elaboración del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992.
- Protocolo de Trujillo, 10 de marzo 1996.
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA), 28 de mayo 1996.

-Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, Sucre, Bolivia, 23 de abril 1997

CONSTITUCIONES

- Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia 2009
- Constitución de la Republica del Ecuador 2008
- Constitución Política de Colombia 1991
- Constitución de la Republica del Perú 1993
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949
- Constitución de España 1993

NORMATIVA

- La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Ecuador, 22 octubre 2009.
- La ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional del 6 de julio 2010.
- Ley 401 de Celebración de Tratados Internacionales de Bolivia, del 18 de septiembre de 2013.
- Decreto Supremo No. 2476, Reglamenta Ley No. 401 Celebración de Tratados, 15 agosto 2015.
- Código de Procedimiento Civil de Bolivia
- Código de Procedimiento Civil de Ecuador

INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNO EN BOLIVIA Y ECUADOR

- Corte Suprema de Justicia de Bolivia
- Tribunal Constitucional de Bolivia
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia
- Corte Constitucional del Ecuador
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

OTRA DOCUMENTACIÓN CITADA

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales, 23 de mayo de 1969.

- Decreto supremo No. 8985, del 6 de noviembre de 1969.
- Ley 1997 de 1999 que aprueba y ratifica el tratado de constitución del Parlamento Andino y del protocolo adicional al Tratado constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes.
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (ETJCA)
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- Tribunal Constitucional Alemán.

PÁGINAS WEBS

- Comunidad Andina (CAN): www.comunidadandina.org
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA: www.tribunalandino.org.ec
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUUE): http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID): www.iadb.org
- Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL): www.iadb.org/intal

ANEXOS

ANEXO 1 GUÍA DE PREGUNTAS

1. ¿Qué opina usted sobre la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados? APLICACIÓN PREFERENTE
2. ¿Cómo se debe interpretar la primacía del derecho comunitario frente a la supremacía de las constituciones? PRIMACIA VERSUS SUPREMACIA
3. ¿En su opinión, cree que son suficientes y adecuadas las cláusulas constitucionales sobre integración en la actual constitución? CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES
4. ¿Porque razón cree usted, que no hay mayor jurisprudencia sobre primacía en el ordenamiento jurídico interno de los Estados? JURISPRUDENCIA SOBRE PRIMACÍA
5. ¿Qué opina Usted sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Andino, específicamente sobre la aplicación preferente del principio de primacía del derecho comunitario? JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO
6. ¿Qué efectos positivos o negativos nos puede señalar Usted de la aplicación preferente del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados? EFECTOS POSITIVOS O NEGATIVOS.
7. ¿Cree Usted, que hay conocimiento mutuo y dialogo jurisprudencial entre estos dos ordenamientos jurídicos encargados de aplicar el derecho comunitario? HAY CONOCIMIENTO MUTUO Y DIALOGO JURISPRUDENCIAL.