

PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD ANDINA EN DECISIONES
JUDICIALES DE LOS PAÍSES MIEMBROS

*ROLE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE
ANDEAN COMMUNITY'S JURISPRUDENCE IN
THE JUDICIAL DECISIONS OF MEMBER STATES*

WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ*

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Jiménez, W. G., *Papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros*, 23
International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Pág:
87-118 (2013).

1692-8156(201307)13:23<87:PJTJCA>2.0.CO;2-Q

* Doctor en Ciencias Políticas (Universidad de Santiago de Compostela), Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Libre), Especialista en Desarrollo Regional (Universidad de los Andes), Abogado (Universidad Católica de Colombia) y Administrador Público (Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–). Profesor Titular Escuela Superior de Administración Pública y Universidad Libre, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: william.jimenez@esap.edu.co; wjimen@yahoo.com.mx. El artículo es producto del proyecto de investigación: *Globalización del Derecho. Impactos y consecuencias actuales en la relación Estado y Territorio*, del grupo de investigación Estado, Derecho y Territorio, Universidad Libre, Bogotá, Colombia. Auxiliares de investigación: Jinneth Paola Riano, María Alejandra Aristizábal, Luisa Fernanda Caro y Karen Liliana Gómez.

RESUMEN

El artículo es resultado de un proyecto de investigación sobre los impactos de la globalización del derecho. El objetivo es establecer el papel que ha venido asumiendo la jurisprudencia de tribunales de justicia internacional en decisiones judiciales de los países miembros, en especial, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA–, frente a algunas controversias en Colombia. Es un estudio descriptivo, con enfoque cualitativo, que emplea fuentes primarias y secundarias, mediante las técnicas de la revisión documental y el análisis de casos. Se concluye que la jurisprudencia de órganos de justicia internacional ha adquirido mucha relevancia dentro del derecho interno hasta convertirse en criterio prevalente de interpretación al realizar el control de constitucionalidad; por su lado, la jurisprudencia del TJCA forma parte del derecho derivado o comunitario de la CAN, el cual, aunque no forma parte del bloque de constitucionalidad, se hace obligatorio para el juez nacional al resolver un conflicto entre el derecho comunitario y la norma interna.

Palabras clave autor: tribunales internacionales, jurisprudencia, derecho interno, derecho comunitario, conflicto de normas, globalización del derecho.

Palabras clave descriptores: TCJA, Colombia, jueces nacionales, leyes nacionales, obligatoriedad.

ABSTRACT

The paper is result of a research project on the impacts of globalization of law. The aim is to establish the role that has been taking the jurisprudence of international courts in internal judicial decisions, in particular the Court of Justice of the Andean Community –TJCA–, compared to some controversy in Colombia. It is a descriptive study with qualitative approach, which uses primary and secondary sources, using the literature review and case analysis techniques. It is conclude that the jurisprudence of international justice agencies has become very important within the domestic law becoming prevalent criterion of interpretation to perform constitutional control; for its side, TJCA jurisprudence is part of community secondary legislation of the CAN, which although not part of the block of constitutionality, it is mandatory for the national court to resolve a conflict between community law and the internal law

Keywords author: *international courts, jurisprudence, domestic law, community law, conflict of laws, globalization of law.*

Keywords plus: *TCJA, Colombia, national courts, national laws, mandatory laws*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA JURISPRUDENCIA DE INSTANCIAS JUDICIALES INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO.- II. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y SU JURISPRUDENCIA.- A.- *Posición de la jurisprudencia constitucional nacional ante la obligatoriedad de la jurisprudencia del TJCA.* B.- *Revisión de algunos casos.* III.- CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En las diferentes aproximaciones sobre derecho y globalización, el común denominador es la consideración acerca del desafío que representa la globalización para el derecho, dado que el derecho moderno se ha desarrollado bajo el paradigma de Estado-nación. En efecto, la formación del Estado-nación desde el final de la Edad Media se realizó mediante un proceso de centralización política que implicaba, a su vez, la “*monopolización de la producción jurídica*”¹; hoy pareciera que asistimos a su desmonte².

Dado que el derecho propio del Estado es el derecho constitucional (lo cual no quiere decir que las demás ramas, incluido el derecho privado, no tengan que ver con este), se hace necesario señalar los cambios operados en su interior como consecuencia del proceso de mundialización. Al respecto, se han señalado varios aspectos tales como la crisis del constitucionalismo, al debilitarse los condicionamientos constitucionales del Estado moderno, las transformaciones del constitucionalismo en la globalización y por ello, las opciones entre un “*constitucionalismo débil*” u otro de carácter garantista o “*constitucionalismo fuerte*”, hasta la propuesta del desarrollo de un constitucionalismo mundial o cosmopolita, entre otros³. Buena parte de la discusión entre globalización y derecho no plantea la dicotomía entre el Estado vs. globalización, sino más bien la disputa entre la globalización y la existencia de un determinado modelo o tipo de Estado.

El derecho constitucional ha tenido un extraordinario desarrollo a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando surgió

1 E. Grün, *La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético*, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2,11-17, 14 (1998/1999).

2 “*El derecho, por regla general, ha sido positivista, local, formal y controlado por los Estados; su naturaleza, es convencional, histórica y mutable, siendo su objetivo primordial la regulación de las actividades humanas. En las últimas décadas estas caracterizaciones se han desdibujado*”. W. Cadena, *La nueva lexmercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, *Papel Político*, 13, 101-114, 104 (2001).

3 Ver por ejemplo, los trabajos de M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, *Opinio Juris*, 1-2 (2009); G. Maestro Buelga, *Globalización y constitución débil. Teoría y Realidad Constitucional*, 7, 137-152 (2001); I. Gutiérrez, *Globalización, Estado y derecho constitucional*, 19 *A Distancia*, 2, 17-21 (2002).

lo que se conoce como la constitucionalización del derecho o con algunas particularidades “*Estado constitucional*”, que se puede caracterizar de la siguiente manera, aunque a riesgo de simplificación:

- a) La aplicación directa de las normas constitucionales y la adopción de constituciones rígidas.
- b) La tutela o protección judicial de los derechos fundamentales.
- c) La creación de un órgano, Tribunal o Corte Constitucional para la guarda y preservación de los principios y derechos constitucionales.
- d) La irradiación del derecho constitucional a las demás ramas del Derecho.
- e) El pluralismo jurídico al aplicar criterios extrasistémicos de interpretación de los principios, valores y reglas constitucionales.
- f) El mayor protagonismo de los jueces y tribunales, pues sus fallos trascienden los ámbitos políticos y económicos, y revalorizan la jurisprudencia como fuente de Derecho⁴.

Este auge del derecho constitucional en Occidente, proviene de la desconfianza de los ciudadanos ante el legislador (por hacer leyes acomodadas e injustas) y ante el Ejecutivo (por su incapacidad para concretar los derechos), y la búsqueda de un mayor contenido material y ético de la democracia y el funcionamiento del Estado social de derecho.

Sin embargo, uno de los puntos centrales señalados por el reciente debate teórico, lo constituye la crisis o transformación de los principios rectores del constitucionalismo moderno, gracias a los procesos globalizadores. Como ya se había adelantado, durante casi 400 años el Estado nacional se fue configurando y fortaleciendo hasta convertirse en el ente monopolizador de los siguientes procesos: 1) el uso de la fuerza sobre una población

4 Ver entre otros: D. Flórez, Los límites constitucionales de la democracia, *Memorias del XI Congreso de Filosofía del Derecho*, Barranquilla (mimeo, 2010); M. Quinche, *Derecho constitucional colombiano*, (4^ª ed., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2010).

asentada en un territorio delimitado; 2) la producción normativa de carácter jurídico o vinculante (aunque se le reservó cierto lugar a la costumbre); 3) la representación del interés general al interior y la representación estatal al exterior como sujeto privilegiado del derecho internacional.

Una de las consecuencias de la globalización para el campo jurídico, lo constituye la llamada desterritorialización del derecho, la cual implica no solamente la desvinculación de la producción jurídica con un determinado territorio, sino también la separación de la jurisdicción o aplicación del derecho dentro de un lugar específico. De esta manera, hoy en día es corriente que normas provenientes del derecho internacional se impongan o prevalezcan dentro del derecho interno; asimismo, los órganos supraestatales creados por acuerdos internacionales, producen un tipo de derecho derivado pero que se hace obligatorio para los países signatarios. Este es el caso de la jurisprudencia de los tribunales jurisdiccionales internacionales cuando resuelven determinadas controversias.

El objetivo del presente trabajo es establecer el papel que cumple la jurisprudencia de tribunales internacionales de justicia dentro del derecho interno de los países que hacen parte del tratado, acuerdo o convención internacional; específicamente, se presenta el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA– en relación con Colombia. En primer lugar, se analiza el papel que ha ido asumiendo la jurisprudencia de ciertos órganos judiciales internacionales en las decisiones judiciales de los países miembros, hasta llegar a ser considerada parte del bloque de constitucionalidad; en segundo lugar, se estudia el papel específico que desempeña la jurisprudencia del TJCA, dentro del derecho interno de los Estados signatarios de la CAN, y se analizan algunos casos concretos en Colombia. Finalmente se proponen unas conclusiones.

I. LA JURISPRUDENCIA DE INSTANCIAS JUDICIALES INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO

Hasta ahora, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían aceptado que normas extraterritoriales como tratados de derechos humanos, tratados limítrofes o incluso disposiciones normativas de órganos internacionales tuvieran incidencia o vigencia en el derecho interno. Así, los tratados internacionales se incorporan al derecho interno luego de su ratificación, vía remisión expresa (algunos incluso hacen parte del bloque de constitucionalidad), y las regulaciones de organismos que resultan de algunos tratados y convenios internacionales regían en el derecho interno de manera directa, prevalente y autónoma. La novedad es que ahora la jurisprudencia y los fallos de los tribunales internacionales también deben ser acatados o atendidos por las autoridades de los países miembros o signatarios de un acuerdo de integración⁵.

En el caso del derecho constitucional, su evolución y la globalización del Derecho han llevado a ampliar el contenido de las normas que se consideran de rango constitucional, para dar cabida a ciertos tratados internacionales. Así, el principio de primacía constitucional se complementa con regulaciones que no necesariamente están en el texto constitucional, sino que se enriquece y amplía con otras normas que tienen el mismo estatus que las estipuladas en la Constitución Política. Esto es lo que se conoce como “*bloque de constitucionalidad*”, normas que tienen primacía sobre las demás y que son tenidas en cuenta por los tribunales al realizar el respectivo control de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad permite la integración de normas del derecho internacional con normas del derecho interno. Esta nueva consideración de los convenios y tratados sobre derechos humanos, como referente para el control consti-

5 En la literatura ya se pueden encontrar algunos trabajos como por ejemplo, T. Groppi, “¿*Bottom Up Globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las cortes constitucionales*”, *Diritti Comparati*, 1-5 (2010). <http://www.diritticomparati.it/2010/12/bottom-up-globalization-.html> (agosto, 2012).

tucional de las leyes nacionales, es lo que se ha dado en llamar el “*control convencional*”.

Ahora bien, la consagración de tratados y normas del derecho internacional como parte del bloque de constitucionalidad, trae implícitas y explícitas unas obligaciones para los Estados, respecto a tales compromisos adquiridos. Se habla entonces de obligaciones de “*hacer*” (proactivas, para que las normas se puedan aplicar y concretar al interior del Estado signatario) y obligaciones de “*no hacer*” (especialmente, no expedir normas contrarias o que estipulen requisitos adicionales). En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, ha establecido seis deberes de los Estados miembros, derivados de la aprobación de tratados internacionales sobre derechos humanos:

- 1) Interpretar los derechos constitucionales en armonía con lo establecido en pactos internacionales sobre DD.HH.
- 2) Ajustar la legislación interna a lo establecido en esos pactos.
- 3) Abstenerse de promulgar normas contrarias a estos tratados.
- 4) Evitar que por acción y omisión de los agentes estatales se desconozcan las obligaciones establecidas en los tratados.
- 5) Adoptar medias y políticas públicas encaminadas al logro efectivo de los derechos, así como reparar los daños.
- 6) Procurar vías ágiles, oportunas y efectivas de acceso a la justicia⁶.

Dentro del derecho constitucional colombiano, la misma Carta por expresa remisión de los artículos 53, 93, 94 y 214, establece las normas que integran el bloque de constitucionalidad: a) Los convenios de la OIT ratificados; b) Tratados sobre derechos humanos, ratificados; c) Los derechos innominados (otros derechos no mencionados pero que comparten las características de los derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, el mínimo vital y la seguridad personal ente otros); y d) El Dere-

6 M. Quinche, *Derecho constitucional colombiano*, 91-92 (4ª ed., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2010).

cho Internacional Humanitario –DIH–. El posterior desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y los estudios de la doctrina jurídica, permiten hablar de un bloque de constitucionalidad “*en sentido amplio*” y otro “*en sentido estricto*”.

El bloque de constitucionalidad en sentido estricto o restringido, está formado por normas que tienen la misma fuerza vinculante de la Constitución y por ello tienen rango constitucional: i) El preámbulo; ii) El articulado de la Constitución; iii) Los tratados de límites territoriales; iv) Los tratados sobre derechos humanos no susceptibles de limitación en estados de excepción (*hábeas corpus*, amparo, debido proceso, entre otros); v) Los tratados que reconocen derechos intangibles. Por su parte, el bloque de constitucionalidad en sentido ampliado o lato, está compuesto por una serie de normas y doctrinas que sirven de parámetro de interpretación para el ejercicio del control jurisprudencial y aunque a veces no tengan rango constitucional, sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

El peso de la jurisprudencia de órganos judiciales internacionales empieza a aparecer con mayor frecuencia y con mayor injerencia en el ordenamiento interno de los países, hasta el punto de ser considerada por algunos de estos como parte del bloque de constitucionalidad en sentido ampliado. En sentencia del 29 de noviembre de 2006, la propia CIDH al fallar el caso *La Cantuta vs. Perú*, señaló expresamente que sus decisiones tienen efectos vinculantes e inmediatos y que forman parte del derecho interno peruano.

En Colombia, el reconocimiento de la importancia de las decisiones y la jurisprudencia de tribunales internacionales ha sido advertido y desarrollado por la propia jurisprudencia y doctrina de la Corte Constitucional, precisamente por el hecho de que al ejercer el control constitucional y al aplicar el bloque de constitucionalidad, se ha encontrado con la necesidad de integrar e interpretar las diferentes normas del derecho internacional. Para lograr este último cometido, no le ha quedado más que recurrir a la interpretación judicial de los tribunales y órganos judiciales

internacionales, en especial la Corte Interamericana de Derecho Humanos⁷. Sobre la jurisprudencia de este tribunal, se pueden encontrar dos tesis en Colombia:

- **Obligatoriedad:** los criterios jurisprudenciales son obligatorios para interpretar las normas sobre derechos humanos (por ejemplo, la Sentencia C-481 de 1998).
- **Criterio hermenéutico relevante:** es criterio prevalente de interpretación para el juez nacional al aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo, la Sentencia C-370 de 2006).

Una revisión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional permite adelantar que ha prevalecido la segunda tesis sobre la primera y que, por tanto, en Colombia, la jurisprudencia de la CIDH, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido ampliado.

En efecto, desde 2000 se han originado algunas sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se aplican los criterios interpretativos de la CIDH al realizar el control de constitucionalidad; por ejemplo, la Sentencia C-010 de 2000, la Sentencia C-370 de 2006 y las sentencias C-028 y C-355 de 2006, entre otras. En estos casos, la Corte argumentó la necesidad de recurrir a la doctrina de la Corte Interamericana. En la primera de las sentencias⁸, una demanda sobre una ley que según el actor violaba la libertad de expresión y la libertad de radio, la Corte argumentó lo siguiente:

“En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer

7 La importancia de la CIDH se explica por la expresa remisión que hace la Constitución de 1991 a tratados o convenios internacionales sobre DD.HH. o DIH, como ya se dijo al hablar del bloque *en sentido estricto*.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales". (Resaltado fuera del original)

Posteriormente, la Sentencia C-028 de 2006⁹, al resolver un asunto sobre derecho a la igualdad, estableció:

*“Así las cosas, la técnica del **bloque de constitucionalidad** parte de **concebir la Constitución como un texto abierto**, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador (...) En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, ‘que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales’ y que ‘tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados’. De tal suerte que **los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos**”.* (Resaltado fuera del original)

Finalmente, en la Sentencia C-355 de 2006¹⁰, al resolver demanda de inconstitucionalidad sobre la penalización del aborto, expresó:

*“Postura reiterada en numerosas ocasiones, que permite concluir, **que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación** de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, **cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad** (...) Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, **alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano**.*

9 Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006. M. P. Humberto A. Sierra Porto.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M. P. Jaime Araújo Rentería y M. P. Clara Inés Vargas.

Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente”. (Resaltado fuera del original)

Esta sentencia establece que únicamente es la jurisprudencia de la Corte Interamericana la que debe ser pauta para la interpretación de los derechos humanos del sistema interamericano, pero ello no significa que se convierta de manera directa, en parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto; por ello, su doctrina está ubicada dentro del bloque de constitucionalidad en sentido lato o ampliado. Las decisiones de los demás órganos de control judicial internacional son auxiliares en la interpretación y, por tanto, podrían, eventualmente, hacer parte del mencionado bloque.

Entonces, en Colombia, el bloque de constitucionalidad en sentido ampliado comprendería: i) Otros convenios y tratados públicos sobre derechos humanos y DIH; ii) La doctrina de órganos de justicia internacional sobre derechos humanos, especialmente de la CIDH; iii) Las leyes estatutarias; iv) Las leyes orgánicas.

II. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y SU JURISPRUDENCIA

El Acuerdo de Cartagena fue suscrito en 1969 por los países andinos a saber: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela en el marco de la cooperación y la colaboración geopolítica; su objetivo central, según reza el Artículo 1 es el siguiente:

“Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su

participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano”.

Nótese que el objetivo final es establecer un mercado común en el cual haya libre movilidad de personas, mercancías y capitales; para ello se determina la necesidad de armonizar las políticas económicas y sociales, intensificar la industrialización, liberalización del comercio, un arancel exterior común, el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial, la liberalización de los servicios, la financiación de programas y la integración física. Todo esto requiere la creación de organismos supranacionales de integración que tomen decisiones basadas en normas vinculantes, que las ejecuten y además resuelvan las controversias de interpretación y de administración de justicia.

Más tarde, en 1996 (Trujillo, Perú) con el impulso de los procesos de integración regional y subregional, los países miembros decidieron profundizar la integración y para ello dieron un paso adelante y crearon la Comunidad Andina de Naciones –CAN– y los órganos que la integran, con una base cercana a la experiencia de la Unión Europea; estos órganos son los siguientes: 1) El Consejo Presidencial Andino; 2) El Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores; 3) La Comisión de la Comunidad Andina, integrada por los ministros de Comercio Exterior; 4) La Secretaría General de la Comunidad Andina; 5) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA– 6) El Parlamento Andino; 7) Los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral; 8) La Corporación Andina de Fomento; y 9) El Fondo Latinoamericano de Reservas; entre los más importantes.

Los artículos 40, 41 y 47 del Acuerdo de Cartagena establecen que el TJCA es el órgano de jurisdicción de la CAN y que se rige por el tratado de su creación y sus protocolos modificatorios; asimismo, la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se sujetará a las normas que determina este mismo tratado. El acuerdo, modificado también en 1996 (Cochabamba,

Bolivia) define cuál es *el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*, compuesto por dos grandes sistemas:

a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos modificatorios, el Tratado de Creación del TJCA, sus protocolos modificatorios y los demás convenios y tratados, forman el *derecho originario andino*, el cual es derecho internacional público por excelencia.

b) Las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión Andina, las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de complementación industrial y las sentencias y pronunciamientos del TJCA, componen el *derecho derivado andino*, que se constituye propiamente en derecho de integración o derecho comunitario.

Ahora bien, las características del derecho comunitario andino, generan consecuencias directas para el derecho interno y señalan muestras claras de extraterritorialidad del derecho; estas características son:

- *Presunción de validez*: basta con que la norma sea expedida por la autoridad competente, en uso de sus funciones.
- *Prevalencia o primacía* (a veces llamada de *efecto directo*): en caso de contradicción con el derecho interno, se aplica la norma comunitaria; esta última desplaza aunque no deroga la norma interna.
- *Aplicación directa*: obliga a su observancia por parte de la autoridad administrativa o judicial, que no pueden alegar inaplicación *so* pretexto de la existencia de una norma interna contraria; además, cualquier persona puede solicitar a las autoridades de cada país su aplicación.
- *Autonomía*: las normas comunitarias no necesitan un procedimiento adicional de ratificación, incorporación o declaración al derecho interno; este 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, de origen internacional, de estos países¹¹.

11 Estas características han sido señaladas tanto por la doctrina jurídica, como por la

También en relación con Tratado de Creación del TJCA, en las secciones primera, segunda y cuarta, se hace referencia a las acciones de nulidad, de incumplimiento y del recurso de omisión, las cuales pueden ser interpuestas ante el TJCA; la sección quinta se dedica a la función de arbitramento que tiene el TJCA en controversias contractuales, de convenios o acuerdos; la sección sexta se refiere a la jurisdicción en materia laboral de todos los órganos que componen la CAN.

De especial importancia está lo regulado en la sección tercera del Tratado, en la cual se establece la función de la *interpretación prejudicial* del TJCA; el objetivo es asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario en todos los países miembros; para ello se establece lo siguiente:

“Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso (...) En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”. (Resaltado fuera del original).

De lo anterior se desprenden dos consecuencias: en primer lugar, la interpretación del TJCA se hace obligatoria para el juez nacional cuando la decisión que debe tomar carece de recurso, *contrario sensu*, la interpretación es discrecional¹²; en segundo lugar, el TJCA debe limitarse a interpretar solo las disposiciones de la Comunidad Andina, por ello no puede interpretar el derecho interno y los hechos concretos a no ser que resulte indispensable para la interpretación solicitada. Finalmente, el Artículo 35 del

jurisprudencia del TJCA y los altos tribunales colombianos en diversos pronunciamientos.
12 Esta obligación se aplica también a los tribunales de arbitramento en las decisiones sometidas a su consideración, en aquellas que estén involucradas disposiciones del derecho comunitario.

Tratado establece que el juez nacional: “*Deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal*”.

A. Posición de la jurisprudencia constitucional nacional ante la obligatoriedad de la jurisprudencia del TJCA

Mediante Sentencia C-231 de 1997¹³, la jurisdicción constitucional colombiana ejerció control de constitucionalidad en el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (que creó la CAN), el cual había sido ratificado y adoptado al derecho interno mediante la Ley 323 de 1996, declarado exequible o ajustado a la Constitución colombiana en su totalidad. Señaló el alto tribunal en su momento:

“Dado que el acuerdo ha significado la transferencia de competencias soberanas por parte de los Estados a las autoridades supranacionales, un amplio número de decisiones comunitarias se aplican directamente en los países signatarios y otras surten efectos internos luego de agotado su proceso de incorporación. (...) En este sentido corresponderá al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, conforme a las disposiciones del tratado que lo constituyó, declarar la nulidad de las decisiones de la comunidad que violen el ordenamiento jurídico de la comunidad, dentro del cual deberán entenderse incorporados los expresados principios superiores (...) La denegación de justicia por parte del Tribunal o la probada ineficacia de sus mecanismos judiciales para enervar las decisiones o actos de la comunidad que violen los derechos humanos u otro principio jurídico superior, podría eventualmente llevar a la Jurisdicción Constitucional, en una situación extrema, a ordenar su inaplicación interna, siempre que previamente se hubiere procurado obtener del Tribunal Andino la interpretación de la norma sobre cuya aplicación se centra la controversia”. (Resaltado fuera del original)

Si bien se reconoce una cesión de competencias soberanas a la Comunidad Andina, para la Corte Constitucional colombiana es claro que en caso de que el TJCA no cumpla con su deber de salvaguardar los derechos humanos y los principios superiores, corresponderá a la misma Corte Constitucional declarar la

13 Corte Constitucional, Sentencia C-231 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

inaplicación interna de la cuestionada norma comunitaria (esto se realizaría mediante una acción pública de inconstitucionalidad, en virtud de que el derecho andino comunitario, por la mencionada cesión de soberanía, tendría un rango equivalente a la ley interna colombiana). Este es un caso extremo, pues se confía que el TJCA realizará el control de legalidad del ordenamiento jurídico andino o comunitario en cumplimiento de sus funciones. En todo caso, incluso en este evento, se requiere haber solicitado previamente la interpretación prejudicial del TJCA; su solicitud se torna entonces obligatoria.

Otra sentencia relevante es la C-227 de 1999¹⁴, mediante la cual se hizo el control de constitucionalidad al Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que había sido incorporado a la legislación interna mediante la Ley 457 de 1998 (establece obligatoriedad de atender la interpretación prejudicial del TJCA en los casos en que haya disputa entre derecho interno y comunitario). De manera similar al anterior pronunciamiento, la Corte declara la exequibilidad del texto completo, pero realiza las siguientes precisiones:

“La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario en los países miembros, obliga a articular un sistema que permita unificar su interpretación. El principio de igualdad demanda que la aplicación de las normas que componen este ordenamiento se realice de manera homogénea. De lo contrario, la atomización de interpretaciones podría conducir a situaciones de inequidad, lo cual minaría el esfuerzo de integración. Dado que la interpretación uniforme sólo abarca el contenido y alcance de las normas de la comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales. En últimas se revela en esta materia, relacionada con la aplicación del derecho comunitario, un rasgo inherente a la formación y puesta en obra de un ordenamiento jurídico supranacional, que apela al concurso de los órganos judiciales nacionales con el objeto de aplicar sus normas a las controversias que se sometan a su consideración. Justamente, los medios procesales de unificación de la interpretación, apuntan a armonizar los campos de actuación de los diferentes órganos judiciales, lo que se realiza concediendo al Tribunal preeminencia en lo que

14 Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 1999. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

atañe a la determinación del contenido y alcance del derecho comunitario”.
(Resaltado fuera del original)

Como se había señalado anteriormente, la necesidad de una interpretación uniforme de las normas del derecho comunitario se convierte en un imperativo para su aplicación en condiciones de justicia, igualdad y equidad; sobre todo, cuando estas normas tienen carácter prevalente y de aplicación directa y van a ser ejecutadas en diferentes países cuyas controversias conocerán diversos jueces. Entonces, el órgano encargado de asegurar una interpretación homogénea del ordenamiento jurídico comunitario no será otro que el TJCA.

Finalmente, la Sentencia C-988 de 2004¹⁵, que resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 822 de 2003 sobre registro de plaguicidas, estableció que el derecho comunitario andino *no* forma parte del bloque de constitucionalidad y por tanto, no es referente para realizar el control de constitucionalidad o convencionalidad; lo anterior, porque el actor señalaba entre las normas violadas por la ley, la Decisión 436 de la CAN. Sostuvo la Corte en este caso:

“Ahora bien, específicamente sobre las normas comunitarias, la Corte ha considerado que la regla general es que ni los tratados de integración económica ni el derecho comunitario integran el bloque de constitucionalidad, como quiera que su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento (...) Con todo, de manera excepcionalísima, la Corte ha admitido que algunas normas comunitarias pueden integrarse al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando se trate de una norma comunitaria que de manera explícita y directa reconozca y desarrolle derechos humanos”. (Resaltado fuera del original).

La razón por la cual el derecho comunitario andino no hace parte del bloque de constitucionalidad, es porque es un derecho derivado de tratados cuyo objeto no es la regulación de los

15 Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004. M. P. Humberto Sierra Porto.

derechos humanos, sino establecer condiciones para impulsar la integración económica, comercial, aduanera, industrial y financiera, es decir, la integración de un mercado común, como se había señalado¹⁶.

Esto significa que aun con las características señaladas del derecho comunitario (aplicación directa, prevalencia, autonomía y presunción de validez), este es un derecho de una entidad o rango inferior al derecho constitucional, salvo expresa alusión o regulación de derechos humanos; en caso de una disputa de este derecho con los derechos fundamentales, normas o principios fundamentales de la Constitución, deberá ser inaplicado dentro del Estado, según pronunciamiento de la propia Corte Constitucional. En los demás casos, es decir, cuando exista controversia entre el derecho interno y el derecho andino, prevalecerá este último. Sin embargo, en cualquiera de los dos eventos, se requiere de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, por lo que debe entenderse su importancia cardinal.

B. Revisión de algunos casos

A continuación se presentan algunas controversias ventiladas ante el Consejo de Estado colombiano, máximo tribunal de la jurisdicción administrativa en el país. La mayoría de casos se refieren a procesos iniciados en el ejercicio de acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, en las cuales los demandantes impugnan normas del derecho interno al considerar que contravienen normas comunitarias. Es importante señalar

16 Vale la pena citar otro apartado de la sentencia, muy interesante:

“El argumento de la demanda, según el cual la Decisión Andina 436 hace parte del bloque de constitucionalidad, por cuanto establece regulaciones que protegen la salud y la vida, en la medida en que evitan riesgos sanitarios derivados del mal registro de agroquímicos o plaguicidas, no es de recibo. Y es que si se aceptara ese criterio, casi todos los tratados quedarían incorporados al bloque de constitucionalidad, pues todos ellos buscan favorecer, en una medida u otra, el bienestar de los pueblos, por lo que podría argumentarse que son normas de derechos humanos. Así, un tratado de cooperación turística quedaría integrado al bloque de constitucionalidad por cuanto favorece el derecho a la recreación. Pero de esa manera se pierde la especificidad de la noción de “tratados de derechos humanos”, que la Carta quiso privilegiar frente a los otros compromisos internacionales de Colombia puesto que la Constitución dio un trato especial a esos tratados”. (Resaltado fuera del original)

que en estos casos, para tomar la decisión, el Consejo de Estado solicitó y tuvo en cuenta el concepto prejudicial del TJCA y se esperaba que se tuvieran en cuenta los principios de aplicación directa, prevalencia y autonomía de las normas de la CAN.

1. Sáchica contra la Nación-Presidencia de la República¹⁷

La pretensión del actor es que se declare la nulidad del Decreto 698 de 14 de marzo de 1997, “*por el cual se reglamenta el artículo 107 de la Decisión 344 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena*”. Según el actor, el decreto demandado fue expedido por el Gobierno nacional con extralimitación de las facultades constitucionales y legales invocadas, por cuanto al constituir el acto acusado un supuesto decreto reglamentario, claramente está regulando el establecimiento y el ejercicio de derechos en materia de propiedad industrial, establecidos en el derecho comunitario.

Según el demandante, la norma acusada desconoce el contenido de los artículos 143 y 144 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, pues el legislador andino delega excepcionalmente a los legisladores nacionales competentes la facultad de regular asuntos específicos y limitados de propiedad industrial que, para el caso colombiano y según el numeral 24 del Artículo 150 de la Constitución Política, se encuentra en cabeza del Congreso y no del Presidente de la República.

Se señala además que *el derecho comunitario andino* surgió como resultado del traslado de competencias destinadas a integrar los intereses económicos de los países miembros, y por lo anterior que la capacidad de regulación de los Estados miembros del grupo andino sobre materias reservadas al derecho comunitario es muy restringida y estrictamente excepcional. El decreto acusado modifica una norma andina y le adiciona una nueva causal de coexistencia a los registros marcarios. Varía de esa forma la intención del legislador andino.

17 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 27 de enero de 2000, radicación (4360). C. P. Santiago Urueta Ayola.

El Consejo de Estado luego de cerrada la etapa de alegatos de conclusión y una vez recibido el concepto del Ministerio Público, suspendió el proceso y solicitó el concepto prejudicial al TJCA. En su interpretación, el TJCA aclara el significado de las normas comunitarias, en especial, la Decisión 344 sobre derechos marcarios dentro del ámbito de los países miembros; respecto a la competencia reglamentaria de las legislaciones internas, señaló la siguiente consideración: “*La facultad que permite el fortalecimiento por las legislaciones nacionales de los derechos de propiedad industrial, sólo es posible de ejercerse siempre que con ello no se restrinja el régimen común en sus propósitos, ni se recorte la protección de los derechos, que dicho régimen consagra*”¹⁸. Una vez recibido el concepto prejudicial, el Consejo de Estado entró a decidir de fondo el asunto.

Para el alto tribunal administrativo colombiano, la referencia a la legislación interna a que aluden las normas comunitarias comprende en sentido amplio la producción jurídica del Congreso de la República (cuando hay vacíos legislativos), así como la del Presidente de la República (cuando se trata de la expedición de medidas necesarias para el cumplimiento de las normas comunitarias). De este modo, el Presidente de la República está facultado para reglamentar las decisiones comunitarias, incorporadas al derecho interno, en ejercicio de su potestad reglamentaria: las decisiones comunitarias se asimilan a leyes en el orden interno y según el Artículo 143 de la Decisión 344 y el Artículo 5° del Tratado que crea el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, imponen a los países miembros la obligación de fortalecer y adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que forman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena (obligaciones de *hacer*).

De otro lado, el Consejo de Estado considera que el decreto no constituye legislación complementaria o subsidiaria, ni contradice la norma andina, sino que es desarrollo natural de la potestad reglamentaria, en cuanto señala las consecuencias

18 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación prejudicial 28-IP-99.

del no uso de las marcas frente a la importación de bienes o productos que se identifican con signos similares o idénticos. Por consiguiente, *se deniegan* las pretensiones de la demanda.

2. ACEGRASAS S.A. contra DIAN¹⁹

Se decide la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos expedidos por la DIAN, en los cuales no se reconoció debidamente el pago en exceso y la corrección que el accionante había realizado en una declaración de importación. ACEGRASAS importó 800 toneladas de aceite de girasol refinado a razón de USD\$832 por tonelada, de las cuales 650 corresponden a la Declaración de Importación número 1203301052127-4 de que tratan los actos acusados (folio 7).

Para obtener el levante tuvo que cancelar los tributos aduaneros el 4 de abril de 1995, fecha cuando la DIAN no había expedido los actos correspondientes para establecer los precios oficiales y gravámenes arancelarios de los productos sujetos al Sistema de Aranceles variables para el período del primero al 15 de abril de 1995, por lo que liquidó los tributos con base en disposiciones vigentes a 31 de marzo de 1995, y canceló la suma de COP\$ 121 685 213.

La actora solicitó con fechas 11 y 30 de mayo de 1995 una liquidación oficial de corrección y devolución de los tributos, con el argumento de que si bien no había norma de derecho interno aplicable cuando se produjo el pago, sí estaban vigentes la Decisión 371 de 1994 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y la Resolución 360 de 1995 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, con base en las cuales el arancel era de 0%. La DIAN revocó parcialmente la Resolución 055, en el sentido de reconocer un pago en exceso de 6.16%, que equivale a COP\$ 28 653 704 porque, a su juicio, la norma a aplicar es el Decreto 205 de 27 de enero de 1995 que preveía un arancel de 20%.

19 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 1 de agosto de 2002, radicación (6983). C. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

El Consejo de Estado solicitó la interpretación prejudicial al TJCA para determinar si se requería un acto interno para que entrara a regir la Decisión 371 que la acogiera. El concepto prejudicial emitido recuerda la preeminencia o primacía, así como la aplicación directa del derecho comunitario, esto es, que no se requiere de norma interna alguna para entrar en vigencia en el territorio de los países miembros de la Comunidad, lo que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico que en estos se aplica. Por lo anterior, para el TJCA resulta innecesario, impertinente y contraproducente cualquier actuación de Derecho Interno de índole legislativa, ejecutiva –tal el Decreto 547 de 1995– o judicial, que se interponga entre la norma comunitaria y la norma nacional.

Con estos elementos, el Consejo de Estado señala que la Decisión 371 establece las reglas para determinar los precios piso y techo, con el fin de hacer el cálculo de los derechos variables adicionales y rebajas arancelarias para los productos marcadores y vinculados. De lo anterior resulta que, como el precio CIF²⁰ de la referencia (USD\$ 803) es superior al precio techo (USD\$ 479), corresponde una rebaja de 20% según la *Tabla aduanera del aceite crudo de soya y productos vinculados*; a este descuento se le resta el arancel normal de importación que es de 20%, lo que arroja un resultado de cero (0%), que es el gravamen total *ad valorem*.

La decisión final favoreció a ACEGRASAS luego de solicitar la corrección de la declaración de importación que le fue negada; se decretó la nulidad de los actos acusados y, a título de restablecimiento del derecho, se dispuso que lo pagado en exceso es la suma de COP\$ 121 685 213. Además, se reconocieron intereses corrientes e intereses de mora, y se negó la pretensión de indexación solicitada.

20 El CIF (*Cost, Insurance and Freight*) “costo, seguro y flete”, es el precio de la mercancía o producto, asignado en el puerto de entrada al país de destino; por su parte, el FOB (*Free On Board*) “libre a bordo”, es el precio de la mercancía asignado en el puerto de salida. Por lo anterior, el precio FOB, usualmente es menor que el CIF.

3. Pfizer contra INVIMA²¹

En este caso se trató de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra algunos actos administrativos. Los motivos que justificaron los alegatos se basaron en el amparo de los derechos de propiedad industrial de la actora, especialmente los previstos en los artículos 78 y 79 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fueron desconocidos por el INVIMA (Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos), al conceder registros sanitarios a otra empresa, pues aparece demostrado que Pfizer suministró de forma oportuna los estudios clínicos tendientes a demostrar la eficiencia y seguridad del ingrediente activo Sildenafil citrato, lo que dio lugar a un derecho mediante la autorización de comercializar el producto Viagra.

Estos estudios habían requerido considerables inversiones técnicas, científicas y económicas, razón por la cual, la información respectiva debía ser reservada; por tanto, el INVIMA debía respetar esta reserva en todo momento, con el fin de que no fuera usada por terceros para la aprobación de otros productos con el mismo ingrediente activo.

El INVIMA, en su contestación a la demanda, adujo la excepción de “*falta de competencia*”, ya que es al TJCA a quien correspondía resolver, como órgano instituido para el efecto; por esta razón, a la jurisdicción contenciosa administrativa no le correspondía declarar el incumplimiento presunto por parte del INVIMA de los artículos 78 y 79 de la Decisión 344 de 1993.

Se solicitó la interpretación prejudicial al TJCA y en esta se limitó a señalar las normas que componen el derecho comunitario, la competencia del Tribunal y las características del derecho andino:

“Tercero: La supremacía del Derecho Comunitario significa que sus normas prevalecen sobre las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas.

21 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 4 de agosto de 2005, radicación (11001-03-24-000-1999-06015-01). C. P. Rafael Ostau de Lafont.

Esto se traduce, en la práctica, que el hecho de pertenecer al Acuerdo de Integración Subregional le impone a los Países Miembros dos obligaciones fundamentales: una la de adoptar medidas que aseguren el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en su ámbito territorial; y la otra la prohibición de adoptar medidas, desarrollar conductas o ejecutar actos, sean de naturaleza legislativa, administrativa o judicial, que contraríen, impidan u obstaculicen la ejecución o aplicación del ordenamiento comunitario". (Resaltado fuera del original)²².

Para el Consejo de Estado, según el Decreto 677 de 1995, después de que el primer solicitante obtiene la aprobación de un producto y este queda incluido en el Manual de Normas Farmacológicas, cualquier tercero podría obtener el registro sanitario de otro producto basado en el mismo ingrediente activo, sin tener que solicitar autorización alguna al titular del primer registro.

Esto se debe, como lo advierte el INVIMA, a que la información del medicamento publicada por el innovador, tanto en los vademécum, como en la literatura médica y congresos, levanta la supuesta reserva. Por tanto, los estudios y recomendaciones de la Comisión, la resolución que otorga el registro sanitario y las normas farmacológicas, son de carácter público, razón por la cual lo único que tiene reserva son los datos técnicos de fabricación o el proceso tecnológico que tiene que ver con la formulación del producto. Otro argumento es que como el decreto no es contrario al derecho comunitario²³, puesto que no busca atribuir derechos sobre el compuesto químico objeto del registro, entonces, decide negar las pretensiones del accionante.

22 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación prejudicial 105-IP-2004. La afirmación subrayada debe ser tomada de manera relativa, no absoluta, pues en primer lugar, el derecho comunitario andino se impone sobre el ordenamiento nacional solo en el campo de las competencias soberanas transferidas (esto es, en el marco de los acuerdos comerciales tendientes a la construcción de un mercado común andino); en segundo lugar, una disposición comunitaria no puede ir en contra de los derechos y principios fundamentales del Estado colombiano, como ha sostenido la propia Corte Constitucional. En tal caso, no podría aplicarse en el territorio nacional tal normativa, so demanda de inconstitucionalidad.

23 Solo surge de la capacidad del Estado para ejercer su función y responsabilidad de velar por la preservación y mejoramiento de la salud humana, de suerte que en su otorgamiento prima el interés colectivo en la protección de la salud pública y, además, está enmarcado en la finalidad que, al respecto se ha impuesto la Comunidad Andina, sobre procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión.

4. Tangarife contra ICA²⁴

Se resuelve acción de nulidad contra la Resolución 770 de 2003 del Instituto Colombiano Agropecuario –ICA– que, según el actor, establece exigencias, reglamentaciones y requisitos adicionales que exceden lo establecido en el derecho comunitario, en específico, la Decisión 436 sobre expedición de licencias para plaguicidas agrícolas. También se sostiene que viola normas constitucionales.

En este proceso se solicita la interpretación prejudicial del TJCA, el cual luego de recordar los principios de autonomía, prevalencia y aplicación directa, establece que para el caso concreto es inadmisibles el tratamiento modificadorio, por vía de derecho interno, de materias específicamente disciplinadas por el orden jurídico de la Comunidad. Debido a esto no se puede admitir que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre tales aspectos, por lo cual el TJCA considera que la Resolución 770 del ICA debe adecuar su contenido a la Decisión 436, y en este sentido no puede exigir requisitos adicionales a los establecidos por esta.

El Consejo de Estado en su decisión recuerda las tesis del TJCA, hace precisiones sobre el derecho andino y realiza una distinción entre el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y el ordenamiento jurídico interno como dos órdenes diferentes: la relación entre ambos, *con excepción de la Constitución Política*, está dada por los principios atrás comentados, de suerte que i) El principio de efecto directo no significa que el derecho comunitario se convierta en derecho interno, sino que prima sobre este en caso de ser contrario; y ii) Ni que haya bloque de constitucionalidad, luego tampoco hay bloque de legalidad; son dos bloques, de los cuales uno prima sobre el otro en la regulación de cada materia específica.

24 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 28 de abril de 2011, radicación 11001-03-24-000-2003-00532-01. C. P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

Se hace mención especial a la figura del llamado “*complemento indispensable*”, desarrollado por el derecho comunitario, que se puede sintetizar en lo siguiente: “*No es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas*”. Esto permite ratificar que la potestad de regular del legislador nacional, por medio de normas internas y en el ámbito de su competencia, los asuntos expresamente establecidos en la normativa comunitaria aplicable al caso, no podrá ser ejercida de modo tal que signifique la introducción de restricciones adicionales al ejercicio de los derechos y facultades consagrados por la norma comunitaria.

Aclara que el enjuiciamiento de una disposición o norma interna, a la luz del ordenamiento jurídico comunitario andino, no se da en términos de legalidad sino de convencionalidad, en el sentido de examinar si se cumple o no con una específica obligación como país miembro; por ello, no hay lugar a un juicio de legalidad de la norma de derecho interno frente a la de derecho comunitario andino pues, de acuerdo con la Corte Constitucional, el derecho comunitario no es parte del bloque de constitucionalidad. En cambio, donde procede el juicio de legalidad de esa misma disposición es al interior o a la luz de sus normas superiores en el ordenamiento interno, y, por ende, de validez; luego, aquí sí le es dado al juez, una vez verificada la ilegalidad, declarar su nulidad.

Finalmente, la decisión no encuentra demostrada la violación del preámbulo y de los artículos 2, 9, 11, 49, 79 y 80 de la Constitución Política, ni la oposición a las normas comunitarias, por lo cual el Consejo de Estado niega las pretensiones del accionante. Además, recuerda “*que existen mecanismos administrativos y jurisdiccionales distintos de la acción de nulidad para hacer que esas disposiciones se ajusten a la normatividad comunitaria*”, como el requerimiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina al Gobierno nacional del respectivo país miembro, así como la acción de incumplimiento y el recurso de cumplimiento, que está al alcance incluso de los particulares.

III. CONCLUSIONES

Con la aparición del llamado bloque de constitucionalidad, algunos tratados sobre derechos humanos han adquirido rango constitucional y, por tanto, no solo tienen primacía sobre la norma nacional de inferior jerarquía, sino que además sirven de referente para la producción y control constitucional de esas normas.

Para que las diferentes autoridades judiciales y administrativas nacionales de cada país apliquen de manera uniforme y en condiciones de igualdad y seguridad jurídica esos tratados y convenios internacionales, ha sido necesario contar con una interpretación única o autorizada sobre esos tratados internacionales; esta función es asumida por la jurisprudencia de órganos internacionales de justicia.

Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia de algunos órganos judiciales internacionales también forma parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, es obligatorio para un juez nacional atender la interpretación de los tratados de derecho internacional cuando resuelve controversias en que esté implicada una norma de derecho internacional. En Colombia, por mención explícita de la Corte Constitucional, debe tomarse en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el caso de de otros órganos, la jurisprudencia se puede tener en cuenta según el caso.

El derecho comunitario andino constituye un orden jurídico diferente al orden jurídico interno de cada país signatario; está formado por un derecho originario o primario y por un derecho derivado o secundario como se dijo. Este derecho comunitario es el resultado de la cesión de competencias soberanas de cada Estado y por tanto adquiere algunas características o principios frente al derecho interno de cada país: prevalencia o primacía, aplicación directa, autonomía y presunción de validez. Sin embargo, hay que hacer algunas precisiones: i) El derecho comunitario andino como desarrollo de un tratado cuya finalidad

es establecer un mercado común, no forma parte del bloque de constitucionalidad; ii) El control o ajuste de la norma nacional con la comunitaria se hace vía control de convencionalidad y no por la vía del control de legalidad o de constitucionalidad como aclaró el Consejo de Estado; iii) El derecho comunitario no puede ir en contra de la Constitución Política y los derechos y principios fundamentales allí consagrados, según lo ha establecido por la propia Corte Constitucional; en tal caso el derecho comunitario no se aplicaría dentro del territorio colombiano. En un caso extremo, existe la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad contra una norma comunitaria, de manera subsidiaria o residual al control de la TJCA.

La interpretación prejudicial del TJCA es obligatoria para los jueces nacionales al decidir asuntos que involucren el derecho comunitario andino; por ello, deben solicitar tal interpretación en el caso de que su decisión no tenga recurso alguno. Esto está establecido en los tratados y protocolos firmados por Colombia. Cuando exista controversia entre el derecho interno y el derecho andino, prevalecerá este último, salvo si la norma nacional es de rango constitucional. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, se requiere solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, por lo que debe entenderse su importancia cardinal.

Los casos analizados demuestran que el Consejo de Estado colombiano ha aplicado el derecho comunitario y solicitado el concepto prejudicial del TJCA al resolver estos asuntos. Se nota también una reiteración de la jurisprudencia de la TJCA, la cual se limita en la mayoría de sus conceptos a señalar las características y elementos generales del derecho comunitario andino sin entrar en una mayor valoración del caso en concreto, una limitante que está en su tratado de creación. Finalmente hay que decir que el juez nacional tiene suficiente discrecionalidad para determinar la adecuación o no del derecho interno frente al derecho comunitario.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Flórez, D., Los límites constitucionales de la democracia, *Memorias del XI Congreso de Filosofía del Derecho*, Barranquilla (mimeo, 2010).
- Quinche, M., *Derecho constitucional colombiano* (4ª ed., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2010).

ARTÍCULOS DE REVISTAS

- Cadena, W., *La nueva lexmercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, *Papel Político*, 13, 101-114, 104 (2001). <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/5.La.nueva.lex.pdf> (agosto 2012).
- Groppi, T., *¿Bottom Up Globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las cortes constitucionales*, *Diritti Comparati*, 1-5 (2010). <http://www.diritti-comparati.it/2010/12/bottom-up-globalization-.html> (agosto 2012).
- Grün, E., *La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético*, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2, 11-17 (1998/1999).
- Gutiérrez, I., *Globalización, Estado y derecho constitucional*, 19 *A Distancia*, 2, 17-21 (2002).
- Maestro Buelga, G., *Globalización y constitución débil. Teoría y realidad constitucional*, 7, 137-152 (2001). <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/7/est/est5.pdf>
- Tushnet, M., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, *Opinio Juris*, 1-2 (2009). <http://opiniojuris.org/2009/06/11/the-inevitable-globalization-of-constitutional-law/>

SENTENCIAS Y PRONUNCIAMIENTOS DE ALTOS TRIBUNALES

- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 27 de enero de 2000, radicación (4360) (C. P. Santiago Urueta Ayola).
- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 1 de agosto de 2002, radicación (6983) (C. P. Gabriel Eduardo Mendoza).
- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 4 de agosto de 2005 radicación (11001-03-24-000-1999-06015-01) (C. P. Rafael Ostau de Lafont).
- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 28 de abril de 2011, radicación 11001-03-24-000-2003-00532-01(C. P. Rafael Ostau de Lafont).
- Corte Constitucional. Sentencia C-231 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 1999 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

- Corte Constitucional. Sentencia C-988 de 2004 (M. P. Humberto Sierra Porto).
- Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006 (M. P. Humberto A. Sierra Porto).
- Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006 (M. P. Jaime Araújo Rentería y M. P. Clara Inés Vargas).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 28-IP-1999.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 105-IP-2004.

