

Aplicación del derecho andino en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela frente a la experiencia europea

Eric Tremolada*

Profesor / investigador
de la Facultad de Finanzas, Gobierno y
Relaciones Internacionales de la
Universidad Externado de Colombia,
correo electrónico:
eta1@uexternado.edu.co

LA PROBLEMÁTICA

Al partir de la condición soberana de cada Estado para adoptar e imponer sistemas normativos a sus sociedades, no es difícil comprender la coexistencia de ordenamientos propios y singulares, distintos entre sí, frente a los ordenamientos de la comunidad internacional globalizada, regional y subregional. Todos los ordenamientos internos y los internacionales, existen separadamente dada su originalidad, toda vez que se fundamentan en normas propias que no requieren de otras para su validez.

Por su parte, hay quienes cuestionan la autonomía enunciada, parten del supuesto de que la norma fundamental originaria pertenece a uno de los ordenamientos, al internacional o al estatal, y que se ha derivado de uno a otro. Determinar si el ordenamiento nacional derivó del internacional o si este último del interno, dependerá del intérprete que quiera afirmarse en la supremacía de uno de ellos.

Los dos párrafos precedentes, sólo han intentado explicar sucintamente el debate entre dualismo y el monismo, que por cierto, e interpretando las palabras del profesor Roza Acuña, es estéril. El reconoci-

* Fecha de entrega, 19 de agosto de 2005. Fecha de aceptación, 9 de septiembre de 2005.

miento pleno y la constatación histórica de diferentes ordenamientos estatales e internacionales con validez jurídica sólo para los sujetos de ese orden jurídico, hacen absolutamente innecesario el problema de supremacía que encierra en último el monismo¹.

A nuestro juicio, el debate debe centrarse en las permanentes relaciones de unos con otros, un ordenamiento jurídico invoca o recurre a las normas de otro para completar o determinar el contenido de sus propias normas. El proceso de invocación o referencia entre los ordenamientos puede hacerse del internacional al interno o viceversa, doble vía que se lleva a cabo por medio de dos modalidades, la remisión o reenvío receptivo o material, que busca determinar el contenido de la norma, y la remisión o reenvío no receptivo o formal que sólo busca determinar alguno o algunos de los elementos de la norma².

Si un ordenamiento al invocar al otro, adopta las normas de éste, entrando a ser parte de aquél, estaremos frente al reenvío receptivo. Un ejemplo claro en este sentido, de remisión del derecho interno

al derecho internacional, lo encontramos en el artículo 15f de la Constitución de Austria, que establece “*1. La federación y los Estados podrán concertar entre sí convenios sobre las materias de su respectivo ámbito de competencias (...)*”. Serán aplicables a esos convenios los principios del Derecho Internacional en materia de tratados(...)”³. Por el contrario, si la norma a la cual se remite el ordenamiento no hace parte del invocante sino tan solo se limita a precisar o interpretar sus normas, se tratará de un reenvío no receptivo, como cuando la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su sentencia en el asunto de la Barcelona Traction, señaló que el derecho internacional “*debe referirse a las reglas pertinentes del Derecho Interno, cada vez que se planteen cuestiones jurídicas relativas a los derechos de los Estados que conciernen al trato de las sociedades y a los accionistas y a propósito de las cuales el Derecho Internacional no ha fijado sus propias reglas*”⁴.

Ahora bien, la necesidad de referirse recíprocamente entre ordenamientos no sólo obedece a la necesidad de completar o determinar el contenido de sus normas, la diversidad y distinción entre ordena-

¹ Rozo Acuña, Eduardo. “Derecho interno y derecho internacional en las constituciones de América Latina”, en: Fundación Universitaria de Boyacá, II Seminario Internacional, Relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno, 1999, pp. 505 -508.

² Tommási Di Vignano, Alessandro e Solina, Mario. *Profili di diritto internazionale*, Torino, 1990, p. 12. y Mariño Menéndez, Fernando M. *Derecho internacional público*, Parte General, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 507.

³ Artículo 15f de la Constitución de Austria tomado de Mariño Menéndez, Fernando M. Op. cit., p. 506.

⁴ CIJ. *Recueil*, 1970. Asunto de la *Barcelona Traction*, p. 37, Nf 50.

mientos jurídicos implica su interrelación y su permeabilidad. Todo pluralismo es interdependiente⁵. Interdependencia que se evidencia cuando recordamos que la norma internacional no es por sí misma ejecutable en el orden interno, no es suficiente la aprobación inicial de la misma, su eficacia queda condicionada a la realización de un acto interno adicional. Es decir, se aprueba mediante un acto interno inicial y luego para su eficacia interna se necesita otro. Duplicación legislativa que se conoce como la teoría de la transformación de las normas internacionales en disposiciones internas.

Pero los ordenamientos internos han superado este engorroso procedimiento que atenta sobre todo contra la oportuna eficacia de la norma internacional, con la práctica de la adopción, ampliamente avalada en la doctrina, hoy muchos estados optan por no poner obstáculos normativos internos para la aplicación inmediata de las disposiciones internacionales.

No obstante, el fenómeno de adaptación de las normas internas al derecho internacional, es una operación mucho más compleja que la transformación o que la recepción, toda vez que implica precisar la forma como la norma internacional se armoniza con las características y exigencias del ordenamiento interno. El efecto normativo que produce la norma internacional que se busca

adoptar, determina la norma interna para la adaptación, por ello, si al adaptar la norma internacional se afecta la constitución será necesario emanar, modificar u abrogar un acto legislativo constitucional, si afecta una materia reservada a la ley, se deberá recurrir a una ley y así respectivamente. En otras palabras, el derecho internacional requiere o impone producción, variación o cambios normativos internos para que el ordenamiento interno se adapte al internacional.

Imposición de la que será beneficiario el derecho comunitario, toda vez que como fruto del derecho internacional pacticio es derecho internacional. Sin embargo, conviene aclarar que la Organización internacional creada por el derecho internacional pacticio, se rige por el derecho internacional cuando actúa como sujeto del ordenamiento internacional y por el derecho comunitario cuando sus órganos desarrollan sus competencias dirigidas a sus sujetos, es decir, sus estados miembros y particulares.

De ahí la necesidad de analizar la aplicación del derecho comunitario andino en los ordenamientos estatales de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela, identificando las problemáticas que se suscitan en esta materia a partir de las disposiciones que rigen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, contrastándolas con la experiencia europea. Cabe

⁵ Rozo Acuña, Eduardo. Op. cit., p. 509.

anotar que este ensayo no se referirá al caso de Colombia, toda vez que por su relevancia para el país está siendo objeto de un estudio más profundo.

BOLIVIA:

La Constitución de Bolivia del 2 de febrero de 1967, modificada por Ley de 01 de abril de 1994, no tiene mención alguna respecto de los esquemas de integración, sin embargo, regula las facultades del presidente de la república para negociar y suscribir tratados internacionales y el trámite que le corresponde en esta materia al Congreso. *“Artículo 59.- Son atribuciones del Poder Legislativo: 12.- Aprobar los tratados, concordatos y convenios Internacionales. Artículo 96.- Son atribuciones del Presidente de la República: 2.- Negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso”*⁶.

Las normas constitucionales citadas, básicamente brindan el marco jurídico necesario para adquirir compromisos internacionales, no obstante, éstos estarían expresamente limitados en materia de cesión de competencias soberanas en obediencia de las siguientes previsiones también constitucionales: *“Artículo 2.- La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*

La independencia y coordinación de estos poderes es la base del Gobierno. Las funciones del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano... Artículo 30.- Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente les están acordadas por ella”.

Es decir, la observancia del concepto de soberanía clásico en la Constitución Política de Bolivia, no permitiría que este país haga parte del proceso andino o cualquier otro esquema de integración, y no deja de ser curioso que hasta la fecha no haya generado problemas de recepción y aplicación de las normas comunitarias, en especial, a lo referido al acatamiento de decisiones tanto del Consejo de Ministro de Relaciones Exteriores como de la Comisión, la observancia de las resoluciones de la Secretaría General y el respeto a los fallos del Tribunal.

A nuestro juicio, el haber acatado la estructura institucional y el haber participado en la adopción y aplicación de la normativa supranacional, no sólo no garantiza la armonía del los ordenamientos comunitario e interno, sino que, por el contrario, se traduce en una amenaza permanente a la participación boliviana dentro del esquema de integración, más ahora que se transita hacia un mercado común. Bolivia debe

⁶ Constitución Política de Bolivia.

⁷ *Ibidem*.

reconsiderar, a través de una reforma constitucional, su arcaico concepto de soberanía, levantando la prohibición expresa en materia de cesión de competencias, para que la supranacionalidad encuentre un soporte constitucional permanente.

Hemos señalado que la Constitución de Bolivia de 1967, modificada en 1994, no sólo no tiene mención respecto de los esquemas de integración, sino que además expresamente prohíbe la delegación de competencias soberanas fundamentadas en un concepto de soberanía clásica⁸.

Así, y de conformidad con los numerales 12 y 2 de los artículos constitucionales 59f y 96f respectivamente citados, en materia de recepción Bolivia tiene un régimen especial que hace depender la eficacia interna de las obligaciones internacionales de un acto normativo interno.

Sin embargo, en lo que respecta al derecho internacional general de carácter consuetudinario, no necesita actos de recepción especial. Es decir, como en el caso colombiano, 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.

Esto se desprende de la lectura del artículo 35f de la Constitución que señala que no necesariamente todas las declaraciones, derechos y garantías, deben estar ex-

presamente establecidos en la ley fundamental para ser aplicados en el orden interno, «*las declaraciones Derechos y Garantías que proclama esta Constitución no serán entendidas como negación de otros Derechos y Garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*». No obstante, la propia Constitución en su artículo 228f es rotunda en afirmar su prevalencia sobre normas contrarias, lo que en últimas se reflejaría en posibles acciones de inconstitucionalidad, que echarían al piso sus compromisos en los que cedió competencias soberanas, que como vimos al citar los artículos 2f y 30f lo prohíben expresamente.

ECUADOR

En el caso ecuatoriano, por el contrario, encontramos que la Asamblea Constituyente incluyó dos previsiones constitucionales que privilegian las relaciones con el ordenamiento comunitario, nos referimos a los artículos 4f y 163f de la Constitución Política aprobada el 5 de junio de 1998, que establece que “*Artículo 4.- El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional: 5. Propugna la integración, de manera especial, la andina y la latinoamericana*”. Estamos, por tanto, frente a una norma constitucional que reconoce expresamente el objetivo integrador andino, lo que facilitará los efectos vinculantes de ese

⁸ Véase: Constitución Política de Bolivia, artículos 2f y 30f.

ordenamiento en el derecho interno, además de contemplar un mecanismo de recepción automática del derecho pacticio: “Artículo 163.- 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”.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia del Ecuador reconoce implícitamente la preeminencia, aplicación directa y efecto inmediato del derecho comunitario: “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 Modificatorio), 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 Modificatorio 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, mas no cuando se controvierta alguna de tales normas... Por tan-

to, 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 Modificatorio, al haber interpretado erróneamente dichas disposiciones”⁹.

Sin embargo, para efectos de aplicación en el territorio ecuatoriano del derecho comunitario, la exigencia de publicación en el Registro Oficial prevista en el citado artículo 163 de su Constitución, causa demoras que pueden generar incumplimiento de la norma andina derivada por lo que a nuestro juicio debería eliminarse. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha expresado que esta publicación es un procedimiento innecesario¹⁰.

Por el contrario, en Ecuador se cuenta con un régimen de recepción automático, que incorpora en forma inmediata el derecho internacional exigiendo tan solo el acto material de su publicación oficial¹¹.

PERÚ:

La Constitución Política del Perú de 1993, estipula que “Artículo 55f. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, previsión que es más

⁹ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, Sentencia del 5 de octubre de 1999.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 07-AI-99.

¹¹ Véase: Constitución Política de Ecuador, artículo 163f.

que suficiente para aseverar que el derecho primario comunitario es ley vigente de obligatorio cumplimiento en el Perú, a la que los administradores de justicia están expresamente sometidos en virtud de la también previsión constitucional que establece sus garantías “Artículo 146f... *El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley*”. Sin embargo, los jueces y tribunales peruanos no practican la consulta prejudicial prevista en los artículos 28 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena¹².

Pero esta Constitución del Perú, proyectada por un Congreso Constituyente Democrático de bolsillo, luego del autogolpe de Fujimori a las instituciones en 1992 y legitimada posteriormente por referéndum, es insuficiente para el reconocimiento del principio de supranacionalidad toda vez que en caso de conflicto entre los dos ordenamientos primará el interno tal como se puede observar en las siguientes previsiones constitucionales: “Artículo 51f. *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las nor-*

mas de inferior jerarquía, y así sucesivamente... Artículo 138f... En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”¹³. Las razones las podemos encontrar en la necesidad del régimen de escapar en materia de derechos humanos al control jurisdiccional interno y al control internacional¹⁴.

Aunque el artículo 44f de la Constitución vigente promueve la integración, particularmente la latinoamericana, es evidente que estamos frente a un retroceso constitucional en materia de recepción y aplicación de acuerdos internacionales. Basta recordar que su derogada Constitución Política de 1979, en caso de conflicto entre tratado y ley primaba el primero, daba jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos y privilegiaba a los tratados de integración latinoamericana sobre los demás tratados multilaterales¹⁵.

Por lo expuesto, la validez y el carácter vinculante del derecho comunitario derivado podría llegar a quedar en entredicho ante la ausencia de fundamento constitu-

¹² Nuestro estudio no encontró evidencia de trámites prejudiciales, no obstante, no nos atreveríamos a ser enfáticos en este sentido. Hasta 1996, Manuel Sánchez-Palacios Paiva, Vocal de la Corte Suprema de Justicia del Perú, aseguraba que “... los jueces y los tribunales peruanos no han hecho uso de la consulta prejudicial...”, véase: *La integración del derecho y los tribunales comunitarios*; Memorias del Seminario Internacional; Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo: julio-agosto de 1996, pp. 309 y ss.

¹³ Constitución Política del Perú de 1993.

¹⁴ El profesor Eduardo Rozo, al analizar las diferencias de los capítulos sobre tratados en las dos últimas constituciones del Perú, evidencia esta realidad. Véase: Rozo Acuña, Eduardo. Op. cit., pp. 568 - 572.

¹⁵ Véase Constitución Política del Perú de 1979, artículos, 101f, 105f y 106f.

cional, no obstante, el Perú como también lo ha hecho Ecuador y Bolivia, se han sometido a la jurisdicción de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia activa y pasivamente y no cabe duda que reconocen las características del ordenamiento jurídico comunitario.

En el caso de Perú, por las razones que esgrimimos, encontramos un régimen de recepción mixto, si bien todo tratado en vigor forma parte de su ordenamiento interno, al recepcionarlo necesita de acto normativo específico si versan sobre derechos humanos, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras. También necesitarán acto *ad hoc* 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 ejecución¹⁶. Así, este régimen de recepción privilegia, según la materia, el derecho internacional convencional y, por el contrario, omite mención de derecho internacional general.

Lo anterior, en principio, no afecta la integración andina que como dijimos es promovida en el artículo 44f, sin embargo, esto sólo es en materia de recepción, pues cuando se trata de aplicación la Constitución prevalece, por tanto, en el evento de que se de una contradicción entre ésta y una norma legal como lo sería el dere-

cho comunitario, los jueces preferirán la primera¹⁷.

VENEZUELA

Contrariamente a lo analizado, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, reconoce la competencia de los organismos supranacionales para adoptar ordenamientos jurídicos propios, con sus características de preeminencia, aplicación directa y efectos inmediatos: *“La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el*

¹⁶ Véase Constitución Política del Perú de 1993, artículos 55f y 56f.

¹⁷ Véase Constitución Política del Perú de 1993, artículos 51f y 138f.

*marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna*¹⁸.

No obstante, el reconocimiento de la competencia de los organismos supranacionales para adoptar ordenamientos jurídicos propios, con sus características de preeminencia, aplicación directa y efectos inmediatos, previsto en el artículo 153f de la Constitución de Venezuela de 1999, puede verse empañado si el presidente, la Asamblea o un porcentaje de electores deciden someterlo a referendo de conformidad con el segundo inciso del artículo 73f: *“Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral”*.

Así, este régimen de recepción especial no sólo al incorporar el derecho internacional necesitaría un acto normativo interno específico sino que podría en las circunstancias descritas sujetar, además, esa recepción a una consulta popular. Sin embargo, en cuanto a la aplicación de lo

ya recepcionado no habría discusión.

En materia de derechos humanos, de conformidad con el artículo 23f de la Constitución, la aplicación directa del derecho convencional está garantizada, prevalece sobre el ordenamiento interno y es elevada a nivel de jerarquía constitucional.

LA EXPERIENCIA EUROPEA EN MATERIA DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

En el caso de los miembros de la Unión Europea, la posibilidad de traspasar prerrogativas soberanas a organizaciones internacionales fueron, en unos casos, previsiones constitucionales previas y en los otros se hicieron las adaptaciones al tiempo de su ingreso.

Gran Bretaña, que no posee constitución escrita, en 1972, a través de la *European Community Act*, prevé en sus artículos 2f y 3f, que las resoluciones de los órganos competentes de las comunidades europeas son aplicables directamente, sin necesidad de ningún acto de transposición¹⁹.

La Constitución italiana, permite, en su artículo 11f, que en paridad de condiciones con otros estados, el país limite su soberanía a favor de un ordenamiento que garantice la paz y la justicia entre las nacio-

¹⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 153f.

¹⁹ Ruda, José María. “La aplicación y la primacía del derecho que emana de las organizaciones internacionales en el fuero interno”, en: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Homenaje al profesor Manuel Díez-Velasco, Tecnos, p. 628.

nes a la vez que favorece las organizaciones internacionales dirigidas a tal propósito²⁰.

Por su parte, la Constitución griega de 1975, estipuló previamente a su ingreso a las comunidades europeas, la atribución de competencias a los órganos de las organizaciones internacionales²¹, y de una forma análoga, más precisa, la Constitución holandesa especificó que en virtud o cumplimiento de un tratado pueden conferirse poderes legislativos, ejecutivos y judiciales a estas organizaciones²².

En el caso español, mediante una ley orgánica se puede autorizar la celebración de tratados que atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución²³.

Pero es Portugal quien goza de una previsión constitucional en este sentido más clara, al estipular que las normas emanadas de órganos competentes de organizaciones internacionales en los que hace parte, regirán directamente en su ordenamiento interno, cuando expresamente lo establezca el tratado constitutivo²⁴.

Las reticencias de algunos estados miembros de las comunidades europeas y las dificultades que inicialmente plantea-

ron sus tribunales constitucionales, frente a los efectos inmediatos de un derecho comunitario que en su conjunto, sería jerárquicamente superior a los ordenamientos internos, fueron superadas gracias a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se inicia con las citadas sentencias *Van Gend & Loos*, de 1963, y *Costa/ENEL*, de 1964²⁵.

Pero es hasta la sentencia *Simmenthal*²⁶, de 1978, que el Tribunal establece con carácter general, incorporando, precisando y reforzando decisiones anteriores, el marco del principio de primacía. 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 contenida en esta sentencia, 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 aquélla.

²⁰ Italy Constitution, adopted on 22 December 1947.

²¹ Greece Constitution, Article 28.2 .

²² Netherlands Constitution, adopted on 17th February 1983, Article 92.

²³ Constitución española, artículo 93.

²⁴ Constitución de la República Portuguesa, artículo 8f, numeral 3.

²⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, STJCE de 5.2.1963, asunto Van Gend & Loos y STJCE de 15.7.1964, asunto Costa /ENEL

²⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, STJCE de 9.3.1978, asunto Simmenthal.

Sin duda la cuestión más problemática y que más reticencias ha causado y que sería superada definitivamente con la adopción del Tratado Constitucional, es la afirmación de la primacía del derecho comunitario sobre las constituciones de los estados en materia de derechos fundamentales por carecer los tratados fundacionales de tal contenido. Tres sentencias más del mismo Tribunal empezaron a resolver lo relativo a la primacía incondicionada del derecho comunitario y a las normas constitucionales de los estados miembros. Nos referimos a las sentencias *Stauder*²⁷, de 1969, *Internationale Handelsgesellschaft*²⁸, de 1970, y *Nold*²⁹, de 1974, con las que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas construyó su doctrina, inicialmente señalando que los derechos fundamentales forman parte del derecho comunitario en tanto que son principios generales del derecho, posteriormente dijo, que para la identificación de esos principios generales se acude a las tradiciones constitucionales comunes, para terminar completando su construcción y señalar que los derechos fundamentales forman parte del derecho comunitario, como principio general de derecho que se extrae de las tradiciones constitucionales comunes y de los tratados en los que son parte o han colaborado

como el Convenio Europeo de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950. Esta construcción jurisprudencial se incluyó literalmente en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, pero al hacer parte del Título I del mismo, donde el Tribunal no tiene competencia, hace inocuo su contenido normativo que sólo será efectivo en el momento de la adopción definitiva de la Constitución Europea, siempre que este Tratado supere su accidentado proceso de ratificación por los 25 miembros.

De las características reconocidas por el Tribunal (aplicación directa e inmediata) emerge otro rasgo distintivo del derecho comunitario europeo que facilita su aplicación. Los tribunales nacionales son también los órganos jurisdiccionales de derecho común para la aplicación del orden jurídico comunitario. Ello significa que, sin perjuicio de la competencia propia en los conflictos entre los órganos comunitarios, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) es el Tribunal de Alzada para todos los jueces nacionales y ejerce el control final, unificando la jurisprudencia interpretativa de las normas comunitarias por medio de distintos recursos y acciones.

²⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJCE de 12.11.1969, asunto *Stauder*.

²⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJCE de 17.12.1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*.

²⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJCE de 14.5.1974, asunto *Nold*.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Nuestro no muy optimista estudio de la aplicación del derecho internacional en los ordenamientos estatales de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela, contrasta con el sometimiento de todos a la jurisdicción de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia, tanto en vía de legitimación activa y pasiva, por lo que no cabe duda que reconocen las características del ordenamiento jurídico comunitario, aunque esto no signifique necesariamente el cumplimiento de las resoluciones y sentencias. Además, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con apego a los más autorizados criterios doctrinarios, ha destacado que la existencia misma del derecho comunitario andino depende de la presencia de la aplicabilidad directa y preeminencia, aplicabilidad que rige en todo el territorio que integra la Comunidad Andina y lleva consigo la connotación de efecto directo, y preeminencia que hace referencia a la supremacía de las normas comunitarias de derecho originario y de derecho derivado, sobre las normas jurídicas de derecho interno. Así, el 24 de marzo de 1997, en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela, por contravenciones a las

resoluciones 397 y 398 de la Junta, a los artículos 41, 42, 43 y 46 del Acuerdo de Cartagena, al artículo 5° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y artículo 13f de la Decisión 328 de la Comisión sobre Sanidad Agropecuaria Andina, expresó *“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”*³⁰. Cabe señalar, que en la Comunidad Andina de Naciones la aplicabilidad directa del derecho comunitario deriva de las propias normas positivas de carácter constitutivo u originario³¹, por ello la constante y reiterada doctrina jurisprudencial de su Tribunal. Este breve ejercicio comparado, pone en evidencia que la tendencia europea de respeto y aceptación del derecho internacional en los ordenamientos internos con sus respectivas implicaciones en materia de soberanía, es compartida parcialmente por los países andinos, y que sus insuficiencias constitucionales, hasta ahora, no han obstaculizado en forma significativa la integración subregional andina. Los cinco estados reconocen y aceptan la supranacionalidad y sus características de preeminencia, aplicación directa y efectos

³⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 03-AI-96.

³¹ Véase: Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, artículos 2f, 3f y 4f, y su Protocolo Modificador de Cochabamba. Hoy codificados por la Decisión 472 de la Comisión, como artículos 2f y 3f del Tratado de Creación del Tribunal.

inmediatos, y el Tribunal de esta comunidad, como el de las comunidades europeas, ha desarrollado una constante y reiterada doctrina jurisprudencial.

Sin embargo, la problemática que se da en materia de aplicación no se reduce a la discusión jurídica, el quehacer comunitario necesita el concurso de ciertas herramientas que permitan concretarlo, nos referimos a tres formas de acción: una planificación que indique la orientación y dosificación de medios para el cumplimiento racional y eficiente de los propósitos pactados; un ejercicio fiscalizador de las normativas comunitarias que compete tanto a sus órganos como a los estados miembros; y una actividad de fomento que mediante estímulos honoríficos, psicológicos, jurídicos y/o económicos orienta la iniciativa privada, otorgando prestaciones o imponiendo obstáculos a determinadas actividades con el propósito de perseguir los objetivos de la integración de una manera indirecta, sin necesidad de coacción³².

Tres herramientas que necesitan una real decisión política por parte de los gobiernos de los estados miembros y que no han sido desarrolladas a lo largo del proceso de integración andino, por ello, pese a contar con un verdadero ordenamiento jurídico sobre la base de obligaciones recíprocas, adaptando y adoptando el modelo

de la Unión Europea con sus respectivos mecanismos para operativizarlo, flaquea fundamentalmente por su escasa fiscalización y casi nula actividad de fomento.

Por lo anterior, no debe extrañarnos que la inmensa mayoría de jueces nacionales, desconozcan la preeminencia y la aplicación directa de las normas comunitarias, salvo en los contados casos en que se trata de los administradores de justicia que componen tribunales superiores.

Pero el desconocimiento anterior es de doble vía, no sólo se reduce al quehacer de los jueces internos, la mayoría de los particulares ignoran que desde el ordenamiento internacional pueden surgir derechos y obligaciones que deberían cumplir y exigir, tal como sucede en el ordenamiento interno. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado *“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos ‘generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales’, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”*³³.

³² Dormí, Roberto y otros. *Derecho comunitario, sistemas de integración. Régimen del MERCOSUR*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, pp. 116 – 121.

³³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 03-AI-96.

Así, la aplicación del derecho comunitario andino, no sólo es incierta por las insuficiencias constitucionales de sus países miembros, sino por un tímido accionar político en materia de fiscalización y fomento que contribuiría con dicha aplicación. Si los particulares, como beneficiarios de la integración vía recursos y acciones demandarán constante y permanentemente la aplicación del derecho comunitario ante sus jueces nacionales,

encontraríamos el punto de no retorno que alcanzó la Unión Europea. De ahí el propósito de este escrito que no es otro que contribuir, desde la academia, con el fomento de la integración en un año que iba a ser clave para la Comunidad Andina de Naciones, el primero de enero se haría efectiva la libre circulación de personas, el 20 de mayo entró en vigencia el arancel externo común y el 31 de diciembre se debe haber establecido un mercado común³⁴.

BIBLIOGRAFÍA:

Acuerdo de Cartagena

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 20 de diciembre de 1999.

Constitución Española de 1978 con su modificación de 1992.

Constitución Política de Bolivia de 1967, con su modificación del 1 de abril de 1994 y reformas del 2002 y 2004.

Constitución Política de Ecuador, 5 de junio de 1998.

Constitución Política del Perú de 1993, con las reformas introducidas hasta el 2005.

Constitución Política del Perú, 12 de julio de 1979.

Constitution of the Republic of Portugal, adopted on 2nd April 1976

Corte Internacional de Justicia:

CIJ / ICJ. Reports, 1970, Barcelona Traction.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil:

Sentencia del 5 de octubre de 1999.

Decisión 472 de la Comisión Andina de Plenipotenciarios.

Dormí, Roberto y otro. *Derecho comunitario, sistemas de integración régimen del MERCOSUR*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995.

Greece Constitution, adopted on 9th July 1975

Italy Constitution, adopted on 22th December 1947

“La integración del derecho y los tribunales comunitarios”; Memorias del Seminario Internacional; Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo: julio-agosto de 1996.

Mariño Menéndez, Fernando M. *Derecho internacional público*, Parte general, Madrid, Trotta, 1995.

Netherlands Constitution, adopted on 17th February 1983.

Rozo Acuña, Eduardo. “Derecho interno y derecho internacional en las constituciones de América Latina”, en: Fundación Universitaria de Boyacá, II Seminario Internacional,

³⁴ Tremolada, Eric. “Integración andina: visado ecuatoriano un obstáculo para el mercado común”, *El Nuevo Siglo*, 9 de julio de 2005.

Relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno, 1999.

Ruda, José María. “La aplicación y la primacía del derecho que emana de las organizaciones internacionales en el fuero interno”, en: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Homenaje al profesor Manuel Díez-Velasco, Madrid, Tecnos.

Tommási Di Vignano, Alessandro e Solina, Mario. *Profili di diritto internazionale*, Torino, 1990.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena con su Protocolo Modificadorio de Cochabamba.

Tremolada, Eric. “Integración andina: visado ecuatoriano un obstáculo para el mercado común”, *El Nuevo Siglo*, Bogotá, 9 de julio de 2005.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

Sentencia 03-AI-96

Sentencia 07-AI-99

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

Sentencia TJCE del 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos

Sentencia TJCE del 15 de julio de 1964, asunto Costa / ENEL

Sentencia TJCE del 12 de noviembre de 1969, asunto Stauder.

Sentencia TJCE del 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft.

Sentencia TJCE del 14 de mayo de 1974, asunto Nold

Sentencia TJCE del 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal.

Tremolada, Eric.

"Aplicación del derecho andino en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela frente a la experiencia europea", en *Oasis* 2005-06, núm. 11, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales. Universidad Externado de Colombia, pp. 151-166.