

AMPLIACIÓN DEL SISTEMA TRADICIONAL DE FUENTES DE LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES EN VIRTUD DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

PRORROGAÇÃO DO SISTEMA TRADICIONAL DE FONTES DOS DIREITOS ADMINISTRATIVOS NACIONAIS AO ABRIGO DO DIREITO DA COMUNIDADE ANDINA

*Libardo Rodríguez**

Resumen: Como consecuencia de fenómenos como la globalización de la economía y la internacionalización del derecho, el derecho administrativo se ha ido nutriendo de fuentes de derecho internacional. Así las cosas, la aparición del derecho comunitario ha generado diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, dentro de las cuales resalta la ampliación del sistema normativo y la creación de nuevas fuentes. En ese contexto, la forma como se produce la recepción del derecho comunitario andino en los derechos internos de los países miembros depende de la naturaleza de la norma. Así, el sistema dualista responde a los casos de recepción de normas primarias u originarias y a su vez, el sistema monista responde a los casos de recepción de normas secundarias o derivadas. Por otra parte, frente al rango normativo del derecho comunitario andino dentro de los derechos internos, su principal atributo es la primacía. Sin embargo, la aplicación de dicho atributo no excluye la aplicación del principio de jerarquía en la incorporación del derecho andino a los derechos internos. El presente estudio analiza cómo la aparición del derecho comunitario general ha afectado el sistema de fuentes propuesto por la visión tradicional del derecho administrativo.

Resumo: Como consequência de fenômenos como a globalização da

* Instituto Internacional de Derecho Administrativo, Colombia.

E-mail: libardorr@outlook.com

Recibido: 13/04/2018. Aceptado: 18/07/2018.

Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Administrativo, realizado en Quito (Ecuador), durante los días 4, 5 y 6 de junio de 2012.

economia e a internacionalização do direito, o direito administrativo foi nutrido de fontes do direito internacional. Assim, o surgimento do direito comunitário gerou várias consequências no direito administrativo, dentro as quais se destaca a extensão do sistema regulatório e a criação de novas fontes. Nesse contexto, a maneira como é produzido à recepção do direito comunitário andino nos direitos internos dos países membros depende da natureza da norma. Assim, o sistema dualista responde aos casos de recepção de normas primárias ou originais e, a sua vez, o sistema monista responde a casos de recebimento de padrões secundárias ou derivadas. Por outro lado, frente à faixa normativa do direito comunitário andino dentro dos direitos internos, seu principal atributo é a primazia. Porém, a aplicação do dito atributo não exclui a aplicação do princípio da hierarquia na incorporação do direito andino aos direitos internos. O presente estudo analisa como o surgimento do direito comunitário geral afeta o sistema de fontes proposto pela visão tradicional do direito administrativo.

Palabras clave: Derecho comunitario, Derecho administrativo, Fuentes, Primacia

Palavras-chave: Direito Comunitário, Direito Administrativo, Fontes, Primazia

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el derecho administrativo hace parte del derecho interno de cada Estado, es evidente que tiene relaciones tradicionalmente reconocidas con el derecho internacional. En efecto, la aplicación práctica de las convenciones y tratados internacionales en cada uno de los Estados que son parte de esos acuerdos, requiere con frecuencia de la expedición de normas internas que los desarrollen, tanto por parte del órgano legislativo como de las autoridades administrativas, las cuales constituyen en muchos casos fuente del derecho administrativo.

Sin embargo, podría afirmarse que esas relaciones entre el derecho administrativo y el derecho internacional tradicionalmente fueron limitadas por el concepto ortodoxo de soberanía y por la debilidad del carácter realmente vinculante de muchos tratados y convenciones, que se limitan a establecer principios orientadores en las respectivas materias y que carecen de instrumentos efectivos para garantizar la aplicación de las normas fijadas en ellos.

En la actualidad estas relaciones han adquirido mayor importancia teniendo en cuenta que los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización del derecho han aparejado como consecuencia que, al igual que en otras ramas del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutra de fuentes provenientes del derecho

internacional, como es el caso, entre otros, de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, de los tratados que regulan la utilización de bienes públicos como los de telecomunicaciones o del medio ambiente, de los tratados de libre comercio y de los tratados bilaterales de inversión, fortaleciéndose de esta manera las relaciones entre esas dos ramas del derecho¹.

Además, en las últimas décadas las relaciones entre los Estados han venido mostrando una evolución particularmente importante, especialmente con origen en los asuntos económicos, dando lugar a la aparición de las llamadas comunidades económicas. Estas comunidades, a su vez, han mostrado una tendencia más reciente hacia comunidades de carácter político, con una visión de las relaciones interestatales cada vez más sólidas, que permite vislumbrar una cierta tendencia hacia la consolidación de verdaderos supraestados.

La consolidación de estas comunidades económicas ha venido dando lugar a la aparición de una nueva rama del derecho, con rasgos y autonomía propios, conocida como “derecho comunitario”, diferente del derecho internacional tradicional, que tiende a ser reconocido como un subsistema jurídico, con un sistema de fuentes propio y con unas particulares relaciones con las diversas ramas del derecho tradicionalmente reconocidas, pero igualmente basado en la suscripción de tratados internacionales². Esta rama del derecho se configura de manera particular en cada una de las comunidades, dando lugar así a la aparición del derecho comunitario europeo³, del derecho comunitario andino⁴, de un derecho comunitario del MERCOSUR⁵, del derecho

1 Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Administrativo, realizado en Quito (Ecuador), durante los días 4, 5 y 6 de junio de 2012.

2 Sobre estos fenómenos, véase a GORDILLO, Agustín. “La creciente internacionalización del derecho”. En FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge (Ed.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 71 y ss; a GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1996, p. 15 y 16, y a LÓPEZ GUERRA, Luís; et al. *Derecho constitucional*. 7ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, vol. I, p. 113.

3 Véase a ISAAC, Guy. *Manual de derecho comunitario general*. Traducción de la 4ª ed. francesa. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 111: “el derecho comunitario es un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone de: a) fuentes propias, b) órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados y c) un sistema judicial de garantía de interpretación y aplicación uniforme”.

4 Sobre el derecho comunitario europeo, véase, entre otros, a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MUÑOZ MACHADO, Santiago (Ed.). *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, y a MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

5 En relación con el derecho comunitario andino, véase a QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*. Valencia: Universidad de La Coruña y Tirant Lo Blanch, 2006; a TANGARIFE TORRES, Marcel. *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002, y a SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

comunitario del SICA⁶, del derecho comunitario de CARICOM⁷, etc., lógicamente con diferentes grados de desarrollo en cada uno de esos sistemas comunitarios⁸.

En ese contexto, debe señalarse que el reconocimiento de la existencia del derecho comunitario implica diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, como las siguientes: el desplazamiento en algunos casos de las autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones de las autoridades internas⁹.

Frente a esas diversas consecuencias, la doctrina ha resaltado que quizás la de mayor relevancia para el derecho administrativo es la que tiene que ver con la ampliación del sistema normativo y creación de nuevas fuentes¹⁰. En este sentido, se ha señalado que “el derecho nacional se ve limitado, desplazado y completado por las diversas normas directamente aplicables del derecho comunitario, que se le superponen, aunque sigue vigente y continúa vinculante allá donde éstas no inciden”, conclusión que se califica como “particularmente cierta en relación con el derecho administrativo, objeto preferente del derecho comunitario”¹¹.

En concordancia con lo anterior, en el presente estudio analizaremos la forma como la visión tradicional del derecho administrativo se ve afectada por la aparición del derecho comunitario en general, pero especialmente por el derecho comunitario andino, concretamente en relación con el sistema de fuentes, para lo cual estudiaremos, de una parte, la recepción del derecho comunitario andino en los ordenamientos

6 Sobre el derecho comunitario del MERCOSUR, véase ALTERINI, Atilio Anibal (Ed.). *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, 2 ts. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, y a DROMI, Roberto; EKMEKDIJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho comunitario*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

7 En relación con el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), véase a ÁLVAREZ, Gonzalo. “Sistema de Integración Centroamericana (SICA) Subsistema de Integración Económica Centroamericana (SIECA)”. En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 151 y ss.

8 Sobre la Comunidad del Caribe, véase a LÓPEZ BRAVO, Alfredo. “Comunidad del Caribe: CARICOM”. En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 169 y ss.

9 Una presentación general de los regímenes jurídicos de los diversos sistemas comunitarios, puede verse en DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 499 y ss.

10 Sobre estas influencias, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho y en particular frente al derecho comunitario”. En RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 19 y ss.

11 Véase a BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 47: “el principio de legalidad no sólo somete a los órganos del Estado al ordenamiento jurídico establecido por el propio Estado o al contenido en tratados internacionales ratificados y aprobados por sus órganos, sino también al ordenamiento establecido por los órganos supranacionales en los procesos de integración económica, y que tienen aplicación directa e inmediata en el ámbito interno”.

jurídicos internos (2) y, de otra, el rango normativo que dicho derecho comunitario tiene en los citados ordenamientos (3).

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS

Para comprender adecuadamente la forma como se produce la recepción del derecho comunitario andino en los derechos internos de los países miembros, debe señalarse que el análisis de las relaciones que existen entre las normas comunitarias y nacionales ha sido elaborado por la doctrina con base en las concepciones monista y dualista de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional¹².

De conformidad con la concepción dualista, el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional son sistemas que coexisten y son perfectamente independientes y separados, de tal manera que para que se aplique una norma internacional en el derecho interno es necesario un acto de incorporación al mismo. En cambio, la concepción monista supone que existe una unidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional, de forma tal que la norma internacional se aplica de manera inmediata en el derecho interno e incluso de forma prevalente¹³.

Frente a esas dos concepciones, como lo ha resaltado la doctrina, los diversos países miembros de la Unión Europea, desde los primeros tratados y aún en relación con los más recientes, debieron realizar modificaciones constitucionales a efectos de lograr que los tratados de constitución o sus modificaciones pudieran ser incorporados y tener eficacia dentro del orden interno, especialmente en cuanto a la transferencia de competencias normativas a los órganos comunitarios¹⁴. Lo anterior permitiría afirmar que la concepción aplicable fue la dualista en cuanto al derecho comunitario primario, esto es, a los tratados de constitución y sus modificaciones, en la medida en que se requirió de la expedición de actos internos para hacer eficaces dichos tratados. No obstante, debe señalarse que un sector de la doctrina actual ha

12 MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo, parte general*. Traducción de la 17ª ed. alemana, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 74.

13 En relación con estas dos concepciones y, en particular, sobre su aplicación a las relaciones entre el derecho comunitario europeo y el derecho interno, véase a ISAAC, Guy. Op. cit., p. 190 y ss.

14 Sobre este tema, puede verse a SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. "Los tratados como fuente del derecho en la Constitución". *Revista de Administración Pública*, 1979, n° 90, 1979, p. 9: "La aplicación mediata o inmediata de los tratados depende de si el sistema constitucional se ha acogido a la fórmula de la recepción automática o a la recepción especial. La primera supone la aceptación de la norma internacional en el derecho interno desde que deviene perfecta, mientras que la segunda consiste en exigir la previa transformación del tratado en norma interna *strictu sensu*, para lo que se recurre a las leyes de ejecución o de transformación: se aplica por haberse convertido en norma interna y no por su solo carácter de internacional".

entendido que como consecuencia de las diversas transformaciones constitucionales hechas por los Estados miembros, en el derecho comunitario europeo contemporáneo se aplica la concepción monista, tanto para los tratados de constitución de la Unión Europea y sus modificaciones (derecho primario) como para las normas expedidas por las autoridades comunitarias (derecho secundario)¹⁵.

En el caso específico del derecho comunitario andino frente a los derechos internos de los países miembros, para comprender la aplicación del sistema monista o dualista, en primer lugar es necesario establecer las diferencias que existen entre las normas andinas primarias u originarias y las secundarias o derivadas¹⁶. Las normas primarias hacen referencia a aquellas en las cuales los Estados miembros han manifestado directamente su voluntad de sometimiento, como lo son el Acuerdo de Cartagena, mediante el cual se creó el Pacto o Grupo Andino (que después se transformó en la Comunidad Andina de Naciones), y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, junto con sus protocolos adicionales y modificatorios (2.1). En cambio, las normas secundarias o derivadas hacen referencia a aquellas proferidas por las distintas autoridades que tienen competencia normativa en la Comunidad Andina de Naciones, como son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General de la Comunidad Andina (2.2).

2.1. La recepción de las normas primarias u originarias del derecho comunitario andino

En el derecho colombiano, el preámbulo y el artículo 227 de la Constitución Política de 1991 promueven la integración de la comunidad latinoamericana y la creación de organismos supranacionales con dicha finalidad. Concretamente, respecto de la normatividad andina primaria, a la luz de los artículos 150-16, 224 y 241-10 de la Constitución, tiene aplicación la concepción dualista, en la medida en que esta normatividad primaria sólo puede llegar a ser parte del ordenamiento jurídico interno si se cumple el procedimiento de incorporación, del cual hace parte esencial la ley de aprobación, que debe ser analizada en su constitucionalidad de forma obligatoria por la Corte Constitucional. Como prueba de esta afirmación, en vigencia de la Constitución Política de 1991 se han expedido las siguientes leyes de incorporación

¹⁵ Véase a BREWER-CARÍAS, Allan R. *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1998, p. 23 y ss.

¹⁶ Al respecto, véase a MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. Op. cit., p. 332-ss; ISAAC, Guy. Op. cit., p. 192-ss, y a MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”. En *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 509 y ss.

al ordenamiento jurídico interno de normatividad andina primaria: la Ley 323 de 1996, mediante la cual se aprobó el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo de Cartagena¹⁷, y la Ley 457 de 1998, que aprobó el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁸.

En el derecho ecuatoriano, el artículo 416-11 de la Constitución Política de 2008 señala, como principio de las relaciones internacionales del Ecuador, que el Estado “impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina”. Además, los artículos 419-6 y 419-7 de la misma Constitución disponen que requiere de aprobación previa de la Asamblea Nacional la ratificación o denuncia de los tratados o convenios internacionales que comprometan al país en acuerdos de integración y los que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. Es decir, la Constitución prevé que para que los tratados internacionales tengan eficacia interna, es necesario un acto de la Asamblea Nacional, lo cual equivale a aceptar la aplicación de la concepción dualista para el derecho andino primario.

A su vez, en el Perú, respecto de las organizaciones comunitarias, el artículo 44 de la Constitución Política señala que “es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana”. Concretamente, respecto de la integración de la normatividad andina primaria al derecho interno peruano, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, según el cual “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, se aplica la concepción monista, ya que, como lo ha dicho la doctrina, por regla general “las normas convencionales internacionales, una vez que han entrado en vigor internacionalmente, se incorporan automáticamente al derecho interno sin requerir ningún acto posterior interno de conversión o incorporación al ordenamiento jurídico interno”¹⁹.

Finalmente, respecto de Bolivia, debe señalarse que es el único país de la Comunidad Andina de Naciones en cuya Constitución no se encontraba mención alguna a principios o normas relacionados con la integración económica o el derecho comunitario²⁰. Sin embargo, dicha situación cambió con la Constitución Política de 2009, en la cual pueden observarse diversas normas relacionados con la integración latinoamericana, como el artículo 265 que promueve la integración y

17 En relación con la distinción entre derecho comunitario andino primario y secundario, véase a SÁCHICA, Luis Carlos. Op. cit., p. 129 y ss.

18 Véase Corte Constitucional, sentencia C-231 de 1997.

19 Véase Corte Constitucional, sentencia C-227 de 1999.

20 ORDÓÑEZ, Jorge Danós, “Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano”. En *Fuentes del derecho administrativo, Memorias del IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2010, p. 623 y 624.

el artículo 410-II sobre el rango normativo de los tratados de derecho comunitario andino en el derecho interno. Igualmente, a partir de otras normas constitucionales, puede concluirse que respecto de la normatividad andina primaria tiene lugar la aplicación de la concepción dualista, pues el artículo 158-I-14 señala que es función del Congreso ratificar los tratados internacionales, los artículos 257-II-3 y 257-II-4 disponen que requieren aprobación mediante referendo popular los tratados internacionales que impliquen “integración económica estructural” o “cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración”, y el artículo 410-II establece que el bloque de constitucionalidad está integrado por las normas del derecho comunitario ratificadas por el país, lo cual evidencia claramente la necesidad de procedimientos especiales de incorporación del derecho comunitario primario al derecho interno boliviano.

2.2. La recepción de las normas secundarias o derivadas del derecho comunitario

A diferencia de lo que ocurre con la normatividad andina primaria, la normatividad andina secundaria goza de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros. Es decir, que una vez expedida por el órgano andino competente, es de obligatorio cumplimiento para los países miembros, sin necesidad de que se expida un acto de incorporación, aplicándose así la concepción monista respecto de esta clase de normas. Esta conclusión se desprende del artículo 3º del Protocolo de Cochabamba, según el cual, “las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros”.

La misma conclusión ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aunque con una redacción imprecisa que parecería indicar que la solución es igual para el derecho primario y el derecho derivado, en los siguientes términos:

las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, cualquiera que sea su forma (Tratados, Protocolos, Acuerdos, Convenios o Resoluciones) son, por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los Órganos del Acuerdo y los particulares²¹.

21 Véase a CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. “Fundamentos constitucionales del derecho comunitario andino”. En *Testimonio Comunitario*. Disponible en: <<http://www.tribunalandino.org.ec>>

Así mismo, las jurisprudencias de los países miembros también han reconocido la eficacia directa e inmediata de las normas andinas secundarias. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado lo siguiente:

La sujeción del Estado colombiano a los órganos supranacionales implica, necesariamente, que sus disposiciones sean aplicables directamente en el ordenamiento interno, tal como lo dispone el artículo 3° del Tratado. Sobre el particular, en la sentencia C-231/97 la Corte acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia: [...] En aquella ocasión la Corte Suprema de Justicia determinó la inconstitucionalidad de esa disposición legal (incisos 2° y 3° del artículo 2° de la ley 8 de 1973) con base en los siguientes argumentos: “...el tratado establece mecanismos en virtud de los cuales los signatarios quedan sujetos a las normas que dicten los órganos constitutivos de la institución internacional así creada. Tales reglas expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto ; sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámites nacionales (...) Es así como providencias de los órganos del acuerdo son eficaces respecto de las naciones a cuyo cumplimiento se destinan. Desde este punto de vista las disposiciones regionales, en el seno de los Estados que han de aplicarlas, se confunden a menudo, por sus resultados, con las prescripciones del derecho interno, del cual se diferencian por su origen: mientras las primeras derivan de un ente supranacional las últimas proceden de las autoridades internas. Pero versan sobre parecidas materias. La adquisición de poderes reguladores por los organismos comunitarios, en el derecho de integración económica, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes le hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional. Sean cuales fueren las denominaciones apropiadas, en la integración económica de varios países constituye nota relevante y diferencial que éstos pierden potestades legislativas que ejercían con exclusividad por medio de disposiciones de derecho interno sobre materias determinadas y que las ganen a su favor los organismos regionales²².

De la misma manera, el Tribunal Constitucional peruano²³ y la entonces Corte Suprema de Justicia ecuatoriana (denominada Corte

22 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-227 de 1999.

23 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-227 de 1999.

Nacional de Justicia en la Constitución de 2008)²⁴ han reconocido que la normatividad andina secundaria, una vez es adoptada y se cumplen todas las formalidades para que tenga eficacia, goza de plenos efectos en los respectivos ordenamientos jurídicos internos.

De lo anterior, puede concluirse que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho andino primario, respecto del cual no existe una posición uniforme de los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones, la aplicación del derecho andino derivado sí ha sido aceptada bajo la figura del monismo y, en consecuencia, con aplicación del principio de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros.

3. EL RANGO NORMATIVO DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS

Una vez precisados los mecanismos de incorporación tanto del derecho andino primario como secundario, corresponde ahora analizar el rango normativo con el cual se produce la incorporación del derecho comunitario dentro del ordenamiento jurídico interno de los países miembros.

Para el efecto, en primer lugar, debe hacerse notar que dicho análisis se fundamenta principalmente en el concepto de primacía, que es una de las características más importantes que se atribuye al derecho comunitario, que también es identificada por la jurisprudencia y la doctrina como prevalencia o preeminencia del derecho comunitario, con base en el principio de distribución de competencias²⁵ (3.1). Sin embargo, la aplicación de ese atributo no excluye, como parecería deducirse de algunas posiciones jurisprudenciales y doctrinales, la aplicación del criterio jerárquico o de la categoría normativa con la cual se incorporan las normas comunitarias a los ordenamientos jurídicos internos (3.2).

3.1. La primacía del derecho comunitario sobre los derechos internos

Este atributo de la primacía del derecho comunitario ha sido construido por la jurisprudencia comunitaria europea desde las sentencias Van Gend and Loos de 5 de febrero de 1963 y Costa/ENEL de 15 de junio de 1964. En esta última sentencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas manifestó:

24 Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional del Perú, resolución de 18 de mayo de 2005, expediente 0044-2004-AI/TC, quien fundamentó una decisión en la aplicación de la Decisión 351 de la CAN sobre derechos de autor y derechos conexos.

25 Puede verse Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, sentencia de 5 de octubre de 1999, citada por TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. *El derecho andino en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p.81.

Considerando que...el Tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que se impone a sus respectivas jurisdicciones [...] Considerando que... surgido de una fuente autónoma, el Derecho nacido del tratado no podría, en función de su naturaleza específica original, vérsese oponer judicialmente un texto interno cualquiera que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se pusiera en causa la base jurídica de la misma Comunidad [...] Considerando que...al establecer una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad jurídica, de capacidad, con facultad de representación internacional, y más, en concreto, con poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad estos han limitado, aunque en ámbitos restringidos sus derechos soberanos y creado así un corpus normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. [...] Considerando que esta integración de disposiciones que provienen de fuente comunitaria en el Derecho de cada país miembro y, de modo más general, los términos y el espíritu del Tratado tienen como corolario la imposibilidad en que están los Estados de hacer prevalecer en contra de un orden jurídico aceptado por ellos, sobre la base de la reciprocidad, una medida ulterior unilateral que no puede, en consecuencia serle opuesta²⁶.

En concordancia con lo anterior, la doctrina europea ha expresado que el principio de primacía “consiste en la preferente aplicación del derecho comunitario (originario y derivado) sobre el derecho interno en caso de conflicto de normas de uno y otro origen”²⁷ y que, por lo mismo, la norma comunitaria goza “de prioridad aplicativa sobre cualquier otra norma nacional que, en consecuencia, resulta desplazada por ella”²⁸. Como consecuencia práctica de este principio, ha dicho la doctrina que respecto del derecho comunitario “no es aplicable el principio de *lex posterior*, ni tampoco el de la ordenación jerárquica por rango de la legislación interna, ya que la primacía determina la aplicación preferente del derecho comunitario frente a cualquier texto interno, anterior o posterior a la norma europea, y con independencia de la «clase que sea»

26 Sobre los principios de ordenación de las relaciones internormativas, y la diferencia entre jerarquía, primacía o prevalencia y distribución de competencias, véase a MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Derecho administrativo y sistema de fuentes*. Madrid: Iustel, 2009, p. 82 y ss, y a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Arcés, 2000, p. 176 y ss.

27 El texto de la sentencia puede ser consultado en MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. El ordenamiento jurídico*. Madrid: Iustel, 2006, p. 477.

28 GARRIDO FALLA, Fernando *Tratado de derecho administrativo*, 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 357.

la norma interna”²⁹.

Este principio de la primacía igualmente tiene aplicación en las relaciones entre el derecho comunitario andino y los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones. Al respecto, debe hacerse notar que el artículo 4º del Protocolo de Cochabamba, modificatorio del artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, establece que “los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, disposición de la cual ha derivado la jurisprudencia andina la prevalencia del derecho comunitario, tanto primario como derivado.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia ha señalado que la primacía que se reconoce al ordenamiento jurídico andino, tanto primario como secundario,

conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo de modo que cuando se trate de aplicar normas legales a actuaciones jurídicas contempladas en el derecho de integración, deberá acudir al ordenamiento comunitario con preferencia sobre el derecho interno.

Sobre este particular el artículo 5 [del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, modificado por el artículo 4º del Protocolo de Cochabamba] impone a los Países Miembros dos obligaciones básicas: una de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del Ordenamiento jurídico comunitario; y la otra, obligación de no hacer, a fin de que no se adopten medidas que contraríen u obstaculicen el derecho comunitario.

Por la obligación de no hacer, los Países adquieren el compromiso de no adoptar actitudes o expedir actos - sean legislativos, judiciales, ejecutivos administrativos o de cualquier otra naturaleza - que puedan contradecir u obstaculizar la aplicación del Régimen Jurídico Andino. Estas obligaciones se refieren tanto al respeto del derecho primario como del derivado, ... que debe acatarse por todos los órganos de los Países Signatarios del Acuerdo de Cartagena³⁰.

Específicamente en relación con los vínculos entre el derecho comunitario andino y el ordenamiento jurídico colombiano, la aplicación del mencionado principio de primacía ha sido reconocida por la Corte Constitucional colombiana, quien, aunque utilizando la denominación de “prevalencia” en vez de la de “primacía”, ha expresado lo siguiente:

29 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 160.

30 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit., p. 115.

el concepto de supranacionalidad -dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena- implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. [...] En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga)-dentro del efecto conocido como *preemption*-a la norma nacional³¹.

Ahora bien, según lo tiene entendido la doctrina, la aplicación del principio de primacía se basa en el criterio de distribución de competencias, en tanto que con la conformación de las comunidades los países miembros ceden parte de sus competencias normativas a los órganos comunitarios³².

Con fundamento en esa idea de cesión de competencias, en relación con el efecto concreto que genera la primacía del derecho comunitario, la jurisprudencia andina ha señalado que las normas internas no son propiamente derogadas por las normas comunitarias, sino que son desplazadas y, en caso de ser contrarias, resultan inaplicables, en los siguientes términos:

En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en el caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. ... No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de

31 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 30 de octubre de 1996, Proceso 1-AI-96, de la Junta Directiva del Acuerdo de Cartagena contra la República de Ecuador, en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 234, 21 de noviembre de 1996, en la cual se hace referencia a múltiple jurisprudencia del Tribunal que sostiene la aplicación directa y la preeminencia del derecho comunitario andino.

32 Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996.

crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas.

En definitiva, frente a la norma comunitaria, los Estados Miembros “no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los Países Miembros están comprendidos (sic) ‘a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación, como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte, del Tratado de 26 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal’” (Sentencia dictada en el expediente N° 2-IP-88. Gaceta Oficial N° 33, del 26 de junio de 1988)³³.

Esta conclusión es perfectamente aplicable en el derecho colombiano, pues en virtud de la suscripción de los tratados de constitución de la Comunidad Andina, y con base en el artículo 150-16 de la Constitución Política, la regulación de determinadas materias ha pasado a ser competencia de las autoridades comunitarias y ha dejado de ser competencia de las autoridades internas, por lo cual, respecto de esas materias, las normas comunitarias se aplican de manera preferente respecto de las normas internas, por ser las originadas en el órgano competente³⁴.

Idéntica conclusión puede predicarse del derecho ecuatoriano a partir de los artículos 419-6 y 419-7 de la Constitución Política, que autorizan la cesión a organismos internacionales o supranacionales de competencias propias del orden jurídico interno, dentro del marco de un acuerdo de integración. De la misma manera, en el derecho boliviano el artículo 257-II-4 permite hacer dicha cesión de competencias dentro del marco de procesos de integración. Por su parte, en el derecho peruano, a pesar de que no exista una previsión constitucional expresa a ese

33 Véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 160 y 161, y a MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit., p. 476 y ss.

34 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 21 de agosto de 2002, Proceso 34-AI-01, Caso VIAGRA, de la Secretaría General contra la República de Ecuador, en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 835, 25 de septiembre de 2002. Sobre el mismo punto, la doctrina ha expresado: “Una vez en vigor, el derecho comunitario tiene primacía sobre el derecho interno y, en el caso de los Tratados y reglamentos, un efecto directo...Las normas de derecho comunitario, cada una según su propia eficacia, desplazan a cualquier norma de derecho interno, ya sean éstas de rango legal o reglamentario, emanadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas o, en su caso, por otros entes menores, incluso si se trata de una norma posterior a la comunitaria con la que pueda entrar en conflicto”, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 158.

respecto, el hecho de hacer parte de la Comunidad Andina de Naciones y de incorporarse directamente a su ordenamiento las normas andinas, también permite aplicar la conclusión expuesta.

3.2. La jerarquía de las normas comunitarias dentro del derecho interno al cual son incorporadas

En primer lugar, debe destacarse que la doctrina ha centrado el análisis de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno básicamente sobre la base de la distribución de competencias y la consecuente primacía del derecho comunitario en los temas cedidos a la organización comunitaria en virtud de esa distribución, sin detenerse en mayor medida sobre el principio de jerarquía. Sin embargo, excepcionalmente se encuentran algunas reflexiones sobre la dificultad que genera, desde el punto de vista jerárquico, la incorporación del derecho comunitario. Así, por ejemplo, ha dicho la doctrina:

La jerarquía, en efecto, podría reconocerse, en todo caso, a unas normas concretas: los tratados. Pero no es fácil aplicar por extensión a los reglamentos y directivas comunitarias la misma condición y reconocerles el mismo rango que a los tratados o, al menos, un rango superior a las leyes³⁵.

Frente a esa dificultad, la doctrina se ha limitado a considerar que el principio de la jerarquía no es el que explica de manera clara las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos internos, sino que es el principio de la competencia o, mejor, la cesión de competencias constitucionales internas a los órganos comunitarios, el que mejor explica la primacía y eficacia directa que tiene el derecho comunitario. Así, se ha explicado que “la relación que existe entre el derecho comunitario y el derecho interno es una relación de competencia, no de jerarquía”³⁶, por lo cual el análisis del rango normativo con el cual se incorporan las normas comunitarias en el derecho interno no ha sido un problema que llame particularmente la atención a la doctrina.

Sin embargo, no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde la perspectiva de la aplicación práctica de las normas comunitarias al interior de cada uno de los Estados miembros, es evidente que el rango o jerarquía de dichas normas plantea problemas que no han sido suficientemente analizados. Así, según lo tiene entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el hecho de que

35 Véase, aunque en relación con el derecho español, pero con reflexiones perfectamente aplicables al derecho colombiano, a OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 85 y ss.

36 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit., p. 536.

las normas comunitarias, tanto originarias como derivadas, se apliquen de forma preferente sobre las normas internas, no significa que dichas normas comunitarias tengan un rango superior a las normas internas y, mucho menos, que tengan un rango constitucional. Al respecto, ha dicho la Corte:

Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional destacado en la citada sentencia No. C-231 de 1997, 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.

Así pues, vistas las cosas a partir del artículo 93, el derecho comunitario andino no conforma el bloque de constitucionalidad y, por ende, tampoco comparte la supremacía de la Carta Fundamental frente a la ley. Empero, cabría considerar la hipótesis de que la incorporación del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad tuviera una base constitucional diferente del artículo 93. En este sentido, es de mérito anotar que para esta Corte, “la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta” y, en verdad, las distintas normas superiores relativas a la supranacionalidad y a la integración, si bien constituyen el fundamento constitucional de estos fenómenos, no disponen ni entrañan la prevalencia de los respectivos tratados en el orden interno, pues “Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta”.

Sirven los anteriores argumentos al propósito de demostrar que no existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria³⁷.

Con fundamento en lo anterior, desde un punto de vista formal, es claro que los tratados de derecho comunitario primario se ubican dentro de la regla general de los tratados internacionales en el derecho colombiano, en el sentido de que una vez incorporados tienen

³⁷ *Ibíd.*, p. 536.

formalmente categoría de ley de la república, precisamente por haber sido adoptados en el ordenamiento interno mediante una norma con esa categoría normativa, lo cual implica que jerárquicamente son leyes de la república.

Debe hacerse notar que si bien la Corte Constitucional colombiana ha expresado que las normas comunitarias no hacen parte de “un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”, a la luz del principio de primacía explicado atrás dicha expresión debe ser entendida simplemente desde una perspectiva jerárquica, pues los tratados de derecho comunitario primario gozan de primacía frente a la ley común en virtud de lo señalado en los mismos tratados primarios y habida cuenta de la cesión de competencias normativas hecha por el Estado a autoridades comunitarias con ocasión de la suscripción de los tratados.

Adicionalmente, debe resaltarse que a pesar de que la Corte Constitucional colombiana en ocasiones utilice el concepto de “prevalencia” como sinónimo de norma con rango constitucional, específicamente al analizar el artículo 93 de la Constitución Política, según lo explicado a propósito de los tratados internacionales tradicionales, ello no quiere decir que cuando utiliza ese concepto de “prevalencia” como sinónimo del principio de primacía del derecho comunitario, las normas de dicho derecho puedan ser entendidas como normas con categoría constitucional. En ese sentido, aparecen dos acepciones del concepto de “prevalencia” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: la “prevalencia” consagrada en el artículo 93 de la Constitución Política, que significa que los tratados internacionales de derechos humanos mencionados en dicha norma no son solamente superiores a la ley sino que tienen categoría de norma constitucional, y la “prevalencia” del derecho comunitario, que debe ser entendida como primacía o preeminencia del mismo, en los términos explicados, que no conlleva reconocimiento de categoría constitucional.

En el derecho ecuatoriano ocurre algo semejante, pues los artículos 161-3 y 161-4 constitucionales simplemente señalan que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno mediante una ley del Congreso Nacional, lo cual equivale a decir que se incorporan con la categoría de ley, sin que ello suponga desconocer el principio de primacía aplicable a las normas comunitarias.

En el derecho peruano la situación es similar. En efecto, como lo tiene claro la doctrina, del artículo 200 de la Constitución Política se desprende que, salvo los tratados de derechos humanos, los demás tratados internacionales se incorporan con categoría inferior a la Constitución, es decir, dentro de la segunda categoría normativa de la pirámide jurídica, con una jerarquía igual a la de las leyes y las normas con rango de ley³⁸. De esta forma, debe entenderse que las normas

38 Corte Constitucional, sentencia C-256 de 1998. En sentido similar, véase Corte

comunitarias andinas primarias se incorporan al ordenamiento jurídico interno peruano con categoría de ley, por supuesto, sin que ello signifique desconocer la primacía que las caracteriza en caso de conflicto con las leyes ordinarias internas y con otras disposiciones de derecho interno.

Finalmente, en el derecho boliviano la situación es particular. Así, de acuerdo con el artículo 410-II, las normas de derecho comunitario ratificadas por el país forman parte del bloque de constitucionalidad. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre en los demás países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, las normas del derecho andino primario (que son las que deben ser objeto del procedimiento de ratificación, pues las del derecho derivado se incorporan automáticamente) se incorporan al ordenamiento jurídico interno boliviano con rango constitucional.

En lo que tiene que ver con el derecho andino derivado, es importante hacer notar que no todas sus normas tienen la misma categoría, aún al interior del mismo ordenamiento jurídico andino, es decir, que el reconocimiento de un derecho andino implica la aplicación de un principio de jerarquía normativa al interior del mismo. En efecto, de acuerdo con el ámbito de competencias de cada uno de los órganos andinos que tienen competencias normativas, sus normas pueden tener un rango diferente así: las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina tienen un rango superior, en la medida en que dichos órganos tienen las competencias normativas generales en la estructura comunitaria, mientras que las Resoluciones de la Secretaría General tienen un rango inferior, en tanto que las atribuciones normativas de este órgano se limitan a la reglamentación para la ejecución administrativa de la normatividad andina expedida por el Consejo y la Comisión mencionados³⁹.

Teniendo en cuenta esa distinción de rangos de la normatividad andina dentro de la misma estructura normativa interna de la Comunidad, es lógico pensar que la posición jurídica en la cual se incorporan al derecho interno, desde el punto de vista formal, varía según la clase de norma andina secundaria de que se trate. Lo anterior significa que, contrariamente a lo expresado por la doctrina citada atrás, las relaciones entre las normas comunitarias y los ordenamientos jurídicos internos, concretamente la incorporación al derecho interno, no puede basarse simplemente en los principios de primacía y competencia, sino que en su incorporación es también importante el análisis del principio de jerarquía.

Ahora bien, lo expresado no significa que deba desconocerse la primacía en el sentido de que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas internas sin importar la posición jerárquica en que se incorporen, pero sí es necesario que exista una asimilación a los rangos

Constitucional, sentencia C-155 de 2007.

39 ORDÓÑEZ, Jorge Danós. Op. cit., p. 627 y ss.

normativos internos. Lo anterior es especialmente importante para conocer las competencias y la forma en que se habrá de dar ejecución interna a la normatividad comunitaria, así como para conocer la eficacia concreta que cada norma comunitaria habrá de tener. Al respecto, debe precisarse que, a la luz del principio de primacía, lo afirmado podría traducirse en que es posible que una norma comunitaria de inferior categoría resulte desconociendo una ley interna sin que ello haga ilegal la norma comunitaria, salvo que la misma desconozca la distribución de competencias fijada en el derecho andino originario o que desconozca una norma andina de superior jerarquía, casos en los cuales será el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina quien se encargue de asegurar la aplicación del principio de legalidad.

De manera concordante con lo anterior, puede decirse que la primacía del derecho comunitario no se traduce en una “primacía en la validez, sino solo una primacía en la ejecución”, de tal manera que “la disposición jurídica [interna] incompatible con una regulación comunitaria no es, por lo tanto, nula, sino únicamente inaplicable al caso particular”⁴⁰. En ese orden de ideas, no existiendo una primacía absoluta de parte del derecho comunitario, no cabe duda de que el principio de la jerarquía resulta relevante para entender la forma como las normas comunitarias se incorporan al ordenamiento jurídico interno.

Así las cosas y con los límites enunciados, debe entenderse que las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina se incorporan a los derechos internos de los países miembros con categoría de ley, como lo ha reconocido expresamente para el caso colombiano el Consejo de Estado respecto de las decisiones de la Comisión⁴¹.

Respecto de las demás normas andinas secundarias, no conocemos pronunciamientos jurisprudenciales de las cortes de los países miembros en cuanto a la posición en la cual se incorporan. En particular, respecto de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en la medida en que las mismas tienen idéntico rango normativo que las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina al interior del ordenamiento jurídico andino⁴², debe entenderse

40 Sobre las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y sus jerarquías, véase a QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, cit., p. 174 y ss.

41 MAURER, Hartmut. Op.cit., p. 129.

42 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de febrero de 1991, expediente 836: “las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena son actos de categoría legal en nuestro régimen interno, sometidos, por lo mismo, al régimen propio de las leyes en todo aquello que no sea incompatible con la normatividad superior del derecho comunitario andino”. En igual sentido, véanse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 5 de junio de 1992, expediente 2009 y sentencia de 6 de agosto de 1998, expediente 3409. De manera concordante con lo expuesto en el texto, en estas providencias el Consejo de Estado colombiano aceptó que las mencionadas Decisiones se incorporan con categoría de ley y, por lo mismo, son susceptibles de ser aplicadas y desarrolladas en el derecho interno colombiano por el presidente de la república mediante decretos reglamentarios, como lo son las demás leyes ordinarias en Colombia.

que al ser incorporadas a los derechos internos de los países miembros, desde el punto de vista formal su posición será también la de una ley, como ocurre con las Decisiones de la Comisión.

Además, en relación con las Resoluciones de la Secretaría General, si bien tampoco se conocen pronunciamientos expresos de las jurisprudencias internas sobre la posición formal en la cual se incorporan a los respectivos ordenamientos jurídicos, teniendo en cuenta que dentro del ordenamiento comunitario andino gozan de una categoría inferior al de las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores⁴³, en su incorporación en los derechos internos el rango normativo que tendrán será igualmente inferior al de la ley, pues si dichas Decisiones se incorporan con rango de ley, las Resoluciones deben ingresar en una posición inferior, similar a la de las decisiones administrativas internas, para conservar la coherencia del sistema interno con el ordenamiento jurídico andino.

Sin embargo, debe reiterarse que el rango normativo con el cual ingresan las normas andinas, primarias y secundarias, no se limita al carácter de ley o de acto administrativo, pues no puede perderse de vista que el ordenamiento jurídico andino goza de primacía sobre la normatividad interna preexistente o que con posterioridad se expida y que regule las mismas materias, habida consideración de la cesión de competencias hecha por los países miembros a los órganos de la Comunidad Andina de Naciones para la regulación de esas materias.

CONCLUSIONES

Como resultado de los análisis y comentarios realizados en las páginas anteriores, podemos expresar las siguientes conclusiones:

En la actualidad, como consecuencia de fenómenos como la globalización de la economía y la internacionalización del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutre de fuentes de derecho internacional. Dentro de ese contexto, la consolidación de las organizaciones comunitarias y la aparición del derecho comunitario ha generado diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, entre otras: el desplazamiento en algunos casos de autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones de las autoridades

43 Véase a QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, cit., p. 189: “Además, debe tenerse en cuenta que tanto el TTJ [Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina] como el propio TJCA [Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina] colocan a ambas Decisiones en una situación de igualdad jurídica o de equivalencia normativa dentro del ordenamiento jurídico andino, en un rango inferior al AC [Acuerdo de Cartagena] y al TTJ y superior a las Resoluciones de la SG [Secretaría General]”.

internas. Esta última consecuencia es la más relevante para el derecho administrativo sustancial y tiene que ver, fundamentalmente, con la forma como se incorpora la normatividad andina a los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros y el rango normativo con el cual se produce esa incorporación.

La recepción de las normas primarias u originarias del derecho comunitario andino, en la mayoría de los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones, implica una expresión del dualismo jurídico en la medida en que se suele requerir un acto de incorporación al derecho interno. Así, la Constitución de Ecuador exige un acto del poder legislativo, la Constitución de Colombia exige la intervención tanto del poder legislativo como del poder judicial y la Constitución de Bolivia exige un referendo popular aprobatorio. En cambio, en el caso de Perú se aplica la concepción monista en tanto que los tratados, una vez suscritos y en vigor, forman parte del derecho interno sin necesidad de acto alguno de incorporación.

1. En la actualidad, como consecuencia de fenómenos como la globalización de la economía y la internacionalización del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutre de fuentes de derecho internacional. Dentro de ese contexto, la consolidación de las organizaciones comunitarias y la aparición del derecho comunitario ha generado diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, entre otras: el desplazamiento en algunos casos de autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones de las autoridades internas. Esta última consecuencia es la más relevante para el derecho administrativo sustancial y tiene que ver, fundamentalmente, con la forma como se incorpora la normatividad andina a los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros y el rango normativo con el cual se produce esa incorporación.

2. La recepción de las normas primarias u originarias del derecho comunitario andino, en la mayoría de los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones, implica una expresión del dualismo jurídico en la medida en que se suele requerir un acto de incorporación al derecho interno. Así, la Constitución de Ecuador exige un acto del poder legislativo, la Constitución de Colombia exige la intervención tanto del poder legislativo como del poder judicial y la Constitución de Bolivia exige un referendo popular aprobatorio. En cambio, en el caso de Perú se aplica la concepción monista en tanto que los tratados, una vez suscritos y en vigor, forman parte del derecho interno sin necesidad de acto alguno de incorporación.

3. En cambio, las normas secundarias o derivadas del derecho comunitario andino, según se desprende de diversas normas andinas

primarias y de su interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, gozan de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros, es decir, que una vez expedidas por el órgano andino competente, son de obligatorio cumplimiento para los países miembros, sin necesidad de que se expida un acto de incorporación, aplicándose así la concepción monista, conclusión que ha sido aceptada expresamente por las jurisprudencias de algunos de los países miembros

4. En cuanto al rango normativo del derecho comunitario andino dentro de los derechos internos, su principal atributo es la supremacía, prevalencia o preeminencia del derecho comunitario, tanto originario como derivado, sobre el derecho interno en el sentido de que la norma comunitaria goza de prioridad en su aplicación respecto de cualquier norma nacional. Este atributo se desprende de lo dispuesto en los tratados que forman parte del derecho primario y de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y se basa en la aplicación del principio de separación de competencias en tanto que con la conformación de las comunidades los países miembros ceden parte de sus competencias normativas a los órganos comunitarios, cesión que es autorizada por las diversas Constituciones de los países miembros.

5. Sin embargo, la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario no excluye la utilización del principio de jerarquía respecto de las normas del derecho andino una vez incorporadas en los derechos internos, pues en algunos casos es necesario determinar el grado con el cual se incorporan las normas comunitarias al ordenamiento jurídico interno. Al respecto, sin desconocer el atributo de la primacía, las normas de derecho primario en Colombia, Ecuador y Perú se incorporan con grado de ley, mientras que en Bolivia lo hacen con categoría constitucional. A su vez, en relación con las normas de derecho secundario o derivado, como no todas tienen la misma categoría al interior del ordenamiento jurídico andino, su incorporación en el derecho interno, también sin desconocer su primacía ni su eficacia directa, se producirá en algunos casos con categoría de ley, como las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina y, en otros con categoría de disposiciones administrativas, como las Resoluciones de la Secretaría General, recordando siempre que para el derecho andino derivado no es necesario un acto formal de incorporación de algún órgano interno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atilio Anibal (Ed.). *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, 2 ts. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

ÁLVAREZ, Gonzalo. “Sistema de Integración Centroamericana (SICA)

Subsistema de Integración Económica Centroamericana (SIECA)". En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 151

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. "Fundamentos constitucionales del derecho comunitario andino". En *Testimonio Comunitario*. Disponible en: <<http://www.tribunalandino.org.ec>>

DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

DROMI, Roberto; EKMEKDIJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho comunitario*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MUÑOZ MACHADO, Santiago (Ed.). *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

GARRIDO FALLA, Fernando *Tratado de derecho administrativo*, 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1996.

GORDILLO, Agustín. "La creciente internacionalización del derecho". En FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Ed.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

ISAAC, Guy. *Manual de derecho comunitario general*. Traducción de la 4ª ed. francesa. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

LÓPEZ BRAVO, Alfredo. "Comunidad del Caribe: CARICOM". En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 169.

LÓPEZ GUERRA, Luís; et al. *Derecho constitucional*. 7ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, vol. I.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo, parte general*. Traducción

de la 17ª ed. alemana, Madrid: Marcial Pons, 2011.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”. En *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 509.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Derecho administrativo y sistema de fuentes*. Madrid: Iustel, 2009, p. 82

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. El ordenamiento jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

ORDÓÑEZ, Jorge Danós, “Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano”. En *Fuentes del derecho administrativo, Memorias del IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2010.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Sl: Ariel, 1987.

QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*. Valencia: Universidad de La Coruña y Tirant Lo Blanch, 2006.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho y en particular frente al derecho comunitario”. En RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Arcés, 2000.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. “Los tratados como fuente del derecho en la Constitución”. *Revista de Administración Pública*, 1979, n° 90, 1979.

TANGARIFE TORRES, Marcel. *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002.

TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. *El derecho andino en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Libardo Rodríguez Rodríguez es Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado y Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.