

# JERARQUÍA E INTERACCIÓN DE FUENTES EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO\*

Humberto Zúñiga Schroder\*\*

*El presente artículo se centra en el análisis de las fuentes del derecho comunitario andino, así como en la jerarquía que debe primar entre ellas. El estudio resulta de la mayor importancia para entender qué tipo de reglas ha contribuido a crear y delimitar el ordenamiento jurídico subregional y para comprender principios como la aplicación directa del derecho comunitario andino, su preeminencia y, finalmente, el efecto directo de las normas andinas, los cuales caracterizan al citado esquema de integración sudamericano.*

## I. Sobre las fuentes del derecho comunitario andino

La relación de fuentes del ordenamiento jurídico andino puede desprenderse del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN), norma que señala:

---

*Revista de Economía y Derecho*, vol. 11, nro. 41 (verano de 2014). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

\* Algunos conceptos incluidos en el presente trabajo han sido abordados en el artículo titulado “*Scope of the ‘Liberalization Program’ in the Andean Community*”, publicado por el autor en el “*Global Journal of Comparative Law*” 2:2.

\*\* Doctor en Derecho (Ph.D.) por la Universidad de Edimburgo. Magíster en Derecho del Comercio Internacional y Europeo (LL.M.) por la Universidad de Ámsterdam. Bachiller en Derecho y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exfuncionario Internacional del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Actualmente se desempeña como Asesor de la Alta Dirección del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Es autor del libro *Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law* (Kluwer Law International, 2011), y de diversos artículos de derecho publicados en revistas especializadas.

“Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”.

Según el TJCAN en reiterada jurisprudencia, esta enumeración abarca dos tipos de fuentes: las denominadas “originarias”, “primarias” o “constitucionales”, las cuales forman las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Cartagena (AC) y en el Tratado del Tribunal de Justicia, con sus respectivos protocolos modificatorios; y, por otro lado, las fuentes del derecho “secundario”, compuestas por aquellas normas derivadas de la actuación de órganos creados por los tratados comunitarios; es decir: i) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) y de la Comisión de la Comunidad Andina; y, ii) las Resoluciones de la Secretaría General. Con ello, es posible encontrar “otras fuentes” del derecho comunitario andino, categoría que comprende: i) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina; y ii) las denominadas “fuentes auxiliares”, entre las cuales figuran: el derecho internacional público, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la costumbre. Cada una de estas fuentes será analizada al detalle a continuación:

## **1. Sobre la fuente “originaria”, “primaria” o “constitucional”**

En esta categoría de fuentes es posible encontrar a “los tratados constitutivos” del ordenamiento jurídico andino, así como sus enmiendas consignadas en protocolos modificatorios. Estas normas –señaladas taxativamente el artículo 1, literales a) y b) del Tratado de Creación del TJCAN– comprenden el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de

Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (junto con sus protocolos modificatorios), los cuales representan la “cúspide de la pirámide legal”<sup>1</sup> a partir de la cual se encuentran estructuradas las fuentes del derecho comunitario subregional.

El Acuerdo de Cartagena –suscrito originalmente por los Estados de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú el 26 de mayo de 1969– puede ser definido como el instrumento constitutivo de la integración andina, el cual “formula los objetivos o metas que persigue una comunidad y los principios que deben aplicar las instituciones”<sup>2</sup>. Siguiendo esta definición, es posible colegir dos tipos de normas que conforman dicho instrumento: disposiciones programáticas y de tipo institucional. Las primeras “encarnan los propósitos de las partes contratantes... y requieren en un momento dado de desarrollo a través de los mecanismos institucionales establecidos”, mientras que las segundas se encuentran referidas a “la estructura orgánica del Acuerdo”, estableciendo su organización interna y competencias de sus órganos<sup>3</sup>. En el primer grupo de normas se encuentran, a manera de ejemplo, los artículos 1 y 2 que precisan los objetivos generales del Acuerdo; el artículo 72, que establece el objeto del Programa de Liberación, y el artículo 81 sobre Arancel Externo Común, mientras que dentro del segundo grupo cabe citar el artículo 6, que enumera los órganos conformantes del Sistema Andino de Integración, y el artículo 12, que señala las competencias del Consejo Presidencial Andino, entre otras. Cabe destacar que la codificación vigente del Acuerdo de Cartagena se encuentra recogida en la Decisión 563.

El Tratado de Creación del TJCAN (originalmente denominado “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”) fue suscrito el 28 de mayo de 1979, con la finalidad de regular el funcionamiento y las atribuciones de dicho órgano colegiado, el cual tiene por función principal garantizar la aplicación e interpretación uniforme del derecho andino en todos los Países Miembros. Cabe señalar que este tribunal inició sus funciones en el año 1984 como un organismo jurisdiccional autónomo e independiente, cuyas decisiones son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, sin necesidad de homologación alguna o exequátur<sup>4</sup>. Debe además destacarse que el citado dispositivo –cuya codificación vigente se encuentra recogida en la Decisión 472– cuenta con un Estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del 28 de junio de 2001, el cual regula al detalle el funcionamiento del Tribunal, así como el ejercicio de las acciones previstas en su Tratado de Creación.

## 2. Sobre la fuente “derivada” del derecho andino

Siguiendo lo señalado en el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCAN, dentro de este grupo podemos encontrar a las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y las Resoluciones de la Secretaría General.

Uno de los aspectos más interesantes de estas normas es que estas no son adoptadas de forma directa por los Países Miembros de la Comunidad Andina (CAN), sino por órganos creados en virtud del Acuerdo de Cartagena. Dichos dispositivos –de obligatorio cumplimiento, y sometidos jerárquicamente al derecho primario– regulan materias que, habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de cada uno de los Países Miembros, forman ahora parte de las atribuciones de dichos órganos<sup>5</sup>.

Para efectos de entender la naturaleza y alcance de las Decisiones y Resoluciones referidas, es necesario remitirnos en primer lugar al texto mismo del Acuerdo de Cartagena y de los reglamentos del CAMRE y de la Comisión, ello a efectos de dilucidar no solo las características y alcance de cada uno de estos instrumentos, sino también las atribuciones y competencias de los órganos emisores de las mismas. Comenzaremos en primer lugar con las Decisiones andinas.

### a) Decisiones andinas

Las Decisiones andinas son instrumentos jurídicos emitidos exclusivamente por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y por la Comisión, tal como lo señala el Acuerdo de Cartagena en sus artículos 17 y 21:

“Artículo 17.- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. Estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.”

“Artículo 21.- La Comisión de la Comunidad Andina está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros. Cada Gobierno acreditará un representante titular y un alterno.

La Comisión expresará su voluntad mediante Decisiones.”

Brevemente, el ente emisor de las mismas (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores), puede ser definido como el órgano de dirección política de la CAN, encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de la integración subregional andina y de formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina<sup>6</sup>. Dicho órgano se encuentra conformado por los ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro Países Miembros, en calidad de titulares, quienes gozan de plenipotencia permanente ante el Consejo para comprometer al Estado y tratar todos sus temas (artículo 2 de la Decisión 407 “Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores”). Nótese que el citado Consejo fue establecido el 12 de noviembre de 1979 mediante la firma de su Instrumento Constitutivo, el Acuerdo de Lima, e incorporado a la estructura institucional del Acuerdo de Cartagena a través del Protocolo de Trujillo de 1996, precisándose en este sus competencias, las cuales se encuentran resumidas en el artículo 16 de la Decisión 563, de la siguiente manera:

“Artículo 16.- Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:

- a) Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración;
- b) Formular, ejecutar y evaluar, en coordinación con la Comisión, la política general del proceso de la integración subregional andina;
- c) Dar cumplimiento a las Directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino y velar por la ejecución de aquellas que estén dirigidas a los otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración;
- d) Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación;
- e) Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia;
- f) Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo;

- g) Recomendar o adoptar las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia;
- h) Velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y del Tratado de Montevideo de 1980;
- i) Aprobar y modificar su propio reglamento;
- j) Aprobar el Reglamento de la Secretaría General y sus modificaciones, a propuesta de la Comisión; y,
- k) Conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común, en el ámbito de su competencia.”

Tomando en cuenta lo señalado en el dispositivo anterior, es posible inferir que las Decisiones emitidas por el CAMRE –las cuales son adoptadas a través de consenso– se encuentran focalizadas en el ámbito de la política exterior andina y en la política general del proceso de la integración subregional, tarea última que lleva a cabo en coordinación con la Comisión.

Cabe destacar que en este último caso, las Decisiones a ser emitidas por el Consejo en reunión ampliada se encuentran circunscritas a cuestiones de gran trascendencia jurídica (propuestas de modificación al Acuerdo de Cartagena), institucional (elección y remoción del Secretario General, así como la aprobación y modificación del Reglamento de la Secretaría General), y de seguimiento del proceso de integración, tal como se desprende del artículo 7 del Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobado por Decisión 407, y del artículo 20 de la Decisión 563<sup>7</sup>.

Respecto a las áreas en concreto en las cuales el CAMRE ha expedido Decisiones, es posible citar, a manera de ejemplo, los siguientes instrumentos emitidos en el marco de la denominada política exterior de la CAN:

- Decisión 761: “Otorgamiento de estatus de Observador de la Comunidad Andina al Reino de España”.
- Decisión 476: “Seguimiento de la Política Exterior Común”.
- Decisión 475: “Directiva N° 1 sobre la Política Exterior Común” (modificada en virtud a la Decisión 499).
- Decisión 458: “Lineamientos de la Política Exterior Común”.

Por otro lado, en lo concerniente a la política general del proceso de integración subregional, cabe destacar las siguientes Decisiones, cuya referencia es efectuada también de manera ejemplificativa:

- Decisión 732: “Participación de la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Estados Parte del MERCOSUR, en los órganos, mecanismos y medidas de la Comunidad Andina, en su condición de Países Miembros Asociados de la Comunidad Andina”.
- Decisión 598: “Relaciones comerciales con terceros países”.
- Decisión 425: “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”.

Finalmente, en lo concerniente a las Decisiones emitidas por la Comisión de la Comunidad Andina, se observa que el órgano emisor de las mismas (la Comisión) nace con el Acuerdo de Cartagena mismo, como órgano máximo del AC, prerrogativa que fue luego asumida por el Consejo Presidencial Andino. Nótese que de la lectura de los artículos 6 a 12 del Acuerdo suscrito en 1969, es posible inferir que dicho órgano fue concebido para ejercer “funciones políticas, normativas, cuasi normativas, administrativas, de organización, de control y presupuestarias”<sup>8</sup>, así como en materia de política exterior, las cuales fueron posteriormente precisadas a raíz del Protocolo de Trujillo de 1996.

En la actualidad, es posible apreciar que las Decisiones de la Comisión están más que todo circunscritas al ámbito del comercio y las inversiones (tarea que lleva a cabo en coordinación con el CAMRE “cuando corresponda”), pudiendo ser adoptadas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros. Además, cabe destacar que la Comisión puede reunirse en formación simple (es decir, con los representantes plenipotenciarios de cada País Miembro), así como en formación ampliada (conjuntamente con los ministros o secretarios de Estado del área respectiva), para tratar asuntos de carácter sectorial. Ello se desprende de lo señalado en los artículos 6 y 11 del Reglamento de la Comisión, aprobado por Decisión 471.

Tomando en cuenta lo expuesto, se observa que la Comisión ha adoptado diversas Decisiones en materia de competencia comercial, pudiendo ser enumeradas las siguientes, de manera ilustrativa:

- Decisión 771: “Política Arancelaria de la Comunidad Andina”.
- Decisión 770: “Facilitación del Comercio en materia aduanera en la Comunidad Andina”.
- Decisión 456: “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en

importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina”.

- Decisión 416: “Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías”.
- Decisión 322: “Relaciones comerciales con países de ALADI, Centroamérica y el Caribe”.

A su vez, es posible también apreciar las siguientes Decisiones (también a manera de ejemplo) adoptadas por la Comisión en materia de inversiones:

- Decisión 295: “Inclusión de la Corporación Financiera Holandesa (FMO) en la Nómina de Entidades con Opción al Tratamiento de Capital Neutro para sus Inversiones”.
- Decisión 292: “Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas”.
- Decisión 291: “Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”.

Para finalizar; debe precisarse que las Decisiones andinas son normas jurídicas, tal como lo señala expresamente el artículo 12 de la Decisión 407. Si bien esta atribución únicamente es mencionada de manera expresa para el caso de las Decisiones emitidas por el CAMRE, entendemos – en la misma línea que Quindimil – que dicha característica es también extensible para aquellas Decisiones emitidas por la Comisión (aun cuando su reglamento guarde silencio al respecto), ello en virtud al tratamiento conjunto que de ambas hace el TJCAN en sus artículos 2 y 3<sup>9</sup>.

## b) Resoluciones de la Secretaría General

Las Resoluciones de la Secretaría General constituyen la otra fuente derivada del derecho andino, reconocida en el Tratado de Creación del TJCAN. Dichos instrumentos tienen por función “velar por la aplicación del Acuerdo [de Cartagena] y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones”<sup>10</sup>, y pueden ser emitidas –tal como lo señala Quindimil– “bien como consecuencia de un acto de delegación de la Comisión de su facultad normativa, o bien como consecuencia del ejercicio de sus propias competencias, derivadas directamente de los preceptos del AC”<sup>11</sup>.

Brevemente, en lo concerniente al ente emisor de las mismas, se observa que la Secretaría General “es el órgano ejecutivo de la Comu-

nidad Andina encargado, dentro del ámbito de sus competencias, de administrar el proceso de la integración subregional andina, de resolver los asuntos sometidos a su consideración, de velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y con capacidad para presentar iniciativas y propuestas de Decisión” (artículo 1 de la Decisión 409 “Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina”). Dicho órgano comunitario actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión<sup>12</sup>, y está a cargo de un Secretario General, el cual cuenta para el cumplimiento de sus funciones, con el apoyo de Directores Generales (en la práctica, en número de tres) y del personal técnico y administrativo que sea necesario<sup>13</sup>. Fue constituido en virtud de las reformas llevadas a cabo por el Protocolo de Trujillo, como órgano sucesorio de la denominada “Junta del Acuerdo de Cartagena”.

Respecto a la naturaleza de las citadas Resoluciones, el TJCAN señaló, en el marco del Proceso 3-AI-96<sup>14</sup>, que estas constituyen “actos administrativos” emitidos por la Secretaría General dentro del marco de sus atribuciones. Esta categorización resulta interesante para efectos de dilucidar la relación jerárquica existente entre estas y las Decisiones andinas, la cual es explicada por Castro en los siguientes términos: “... cuando una Resolución de la Secretaría General ejecuta o desarrolla normas contenidas en una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, esa Resolución está sometida jerárquicamente a lo que establezca la Decisión respectiva. Sin embargo, cuando la Resolución ejecuta o desarrolla normas que vienen directamente de disposiciones de Derecho comunitario primario o constitucional, entonces tal Resolución no está sometida a las normas de Decisiones, sino tan solo al propio Derecho primario”<sup>15</sup>. Esta opinión encuentra sustento en la Sentencia emitida en el marco del Proceso 3-AI-98, en la cual el TJCAN reconoció esta división bipartita<sup>16</sup>.

A la fecha, la Secretaría General ha expedido más de 1600 Resoluciones, que van desde pronunciamientos en recursos de reconsideración (por ejemplo, la Resolución 1351: “Recurso de reconsideración a la Resolución 1324 sobre Actualización de la Nómina de Bienes no Producidos en la Subregión y de la Nómina de Producción Exclusiva del Perú”), a criterios vinculantes de clasificación arancelaria (Resoluciones 1398, 1408 y 1499, entre otras), pasando por los denominados precios de referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios para los Productos Agrícolas (e.g. las Resoluciones 1493, 1498 y 1502),

entre otros. Particular mención en este ámbito merece la Decisión 425 “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”, la cual regula los siguientes procedimientos de competencia de dicho órgano, que culminan con la expedición de resolución: procedimientos que tengan por objeto determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicados por Países Miembros al comercio intrasubregional de mercancías; procedimientos que tengan por objeto determinar la posible existencia de prácticas de *dumping* o subsidios o prácticas restrictivas de la libre competencia; y procedimientos con el fin de autorizar, modificar o suspender medidas de salvaguardia aplicadas por Países Miembros, entre otros.

### **3. Sobre las “otras fuentes” del derecho comunitario andino**

#### **a) Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina**

Los convenios de complementación industrial, referidos en el literal e) del artículo 1 del Tratado de Creación del TJCAN, pueden ser definidos como Acuerdos celebrados entre dos o más Países Miembros, con el objeto de promover la especialización industrial (artículo 62 del Acuerdo de Cartagena), teniendo éstos carácter temporal. A la fecha, únicamente ha sido celebrado un acuerdo bajo este marco, denominado “Convenio de Complementación en el Sector Automotor” suscrito por Colombia, Ecuador y Venezuela, el 13 de septiembre de 1993, el cual aún se encuentra vigente. Cabe destacar que la obligatoriedad de dicho Convenio fue puesta de manifiesto por el Tribunal en el marco del Proceso 5-AI-98, sobre la base que el mismo fue adoptado a través de Resolución, publicada en la Gaceta Oficial<sup>17</sup>.

Del la lectura del literal e) del dispositivo bajo análisis, es posible apreciar que éste comprende también a “*otros [convenios o acuerdos] que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina*”. Esta disposición permitiría incluir, tal como lo destaca Castro, a aquellos tratados constitutivos de instituciones que forman parte del Sistema Andino de Integración, tales como la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano

de Reservas, entre otros<sup>18</sup>. Nótese sin embargo que, dada la expresa omisión a dichas normas en el artículo 1 bajo comentario, entendemos –siguiendo a Quindimil– que éstas no se encontrarían sujetas al control judicial previsto en el Tratado de Creación del TJCAN y su Estatuto, situación que en modo alguno tergiversaría su carácter de normas conformantes del ordenamiento jurídico andino<sup>19</sup>.

## b) Sobre las “fuentes auxiliares” del derecho comunitario andino

Esta categoría comprende un conjunto de fuentes “residuales”, las cuales no se encuentran detalladas en el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCAN, sino más bien han sido desarrolladas a través de pronunciamientos del Tribunal. Nótese que, según lo señalado por Castro<sup>20</sup>, “la consideración de estas fuentes auxiliares no reemplaza el contenido de las normas comunitarias que se deben interpretar, pero puede ayudar a precisar su sentido, su contenido y alcance”. Es decir, estas fuentes no están sujetas a una relación de subordinación respecto al derecho originario o derivado, sino más bien constituyen herramientas auxiliares implementadas con la finalidad de facilitar su aplicación. Dentro de este grupo podemos encontrar al derecho internacional público, principios generales del derecho, jurisprudencia y la costumbre.

### *b.1) Derecho internacional público*

En términos generales, el derecho internacional público puede ser entendido como el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones externas entre Estados y otros sujetos que gozan de soberanía. Para el caso que nos compete, el derecho internacional público, entendido como fuente del derecho comunitario andino, se encuentra compuesto por: i) “los tratados internacionales suscritos por los países miembros [con terceros] para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, como la protección a la propiedad industrial”<sup>21</sup>, así como por: ii) los acuerdos internacionales suscritos entre la Comunidad Andina y otros sujetos de derecho internacional, los cuales resultan vinculantes no solo para la Comunidad, como sujeto de derecho internacional, sino también para sus Países Miembros<sup>22</sup>.

Un punto interesante que merece ser abordado es aquél relacionado con la jerarquía que debe primar entre el derecho comunitario

andino y el derecho internacional público. Dicho tema fue ya analizado por el TJCAN, el cual señaló, dentro del marco del Proceso 1-IP-96<sup>23</sup>, que “el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquel”. Es decir, el derecho comunitario andino goza de supremacía no solo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros, sino también respecto de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a los cuales éstos puedan encontrarse obligados, por ejemplo, a través de algún tratado internacional. En tal sentido, un País Miembro estaría en imposibilidad de justificar el incumplimiento de sus obligaciones enmarcadas dentro del régimen jurídico comunitario, amparado en el eventual cumplimiento de las obligaciones a las cuales pudiera estar sujeto en el marco de otro régimen (por ejemplo, el de la Organización Mundial del Comercio, del cual los cuatro países de la CAN son miembros). Ello fue destacado por el Tribunal en el marco del Proceso 118-AI-2003<sup>24</sup>.

### *b.2) Principios generales del derecho*

Los principios generales del derecho – los cuales comprenden a la justicia, equidad, libertad, etc. – pueden ser definidos, en palabras de Rubio, como “conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, sub-conjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad”<sup>25</sup>. De acuerdo al Tribunal, dichos principios “también gozan de la virtud de servir de fundamento para que la jurisdicción comunitaria pueda valerse de ellos en apoyo de la interpretación del derecho, siempre que [éstos] tengan el carácter de universalmente aceptados o que sean comunes a los países que se integran, tales como los derechos fundamentales del ser humano”<sup>26</sup>. Es decir, únicamente en casos en los cuales estos principios tengan un espíritu de “universalidad”, podrán ser considerados como fuente del derecho subregional y por tanto, servir como herramienta de interpretación de normas cuya aplicación pueda resultar dudosa.

Respecto a su reconocimiento como fuente del derecho comunitario andino, es importante precisar que el Tratado de Creación del TJCAN guarda silencio sobre el particular. No obstante, su Estatuto contiene una disposición que reforzaría el argumento, ya reconocido a través de casuística del Tribunal, que éstos gozan de tal condición.

Así, para el caso concreto de acciones laborales, el artículo 135 de la Decisión 500 señala: “en su sentencia, el Tribunal aplicará los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los Países Miembros”.

### ***b.3) Jurisprudencia***

La jurisprudencia puede ser definida, en sentido amplio, y según Rubio, como “las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar los conflictos a ellos sometidos, que se suscitan ente los individuos o entre estos y la sociedad”<sup>27</sup>. Para el caso del derecho comunitario andino, la jurisprudencia se encuentra conformada por las sentencias emitidas por el TJCAN en las Demandas Laborales y Acciones de Incumplimiento, Nulidad y Recursos por Omisión; así como por los pronunciamientos emitidos en el marco de Interpretaciones Prejudiciales.

De acuerdo a lo señalado por el TJCAN, “la jurisprudencia del Tribunal Andino constituye una fuente indirecta del Derecho Comunitario, pues ella a más [sic] de aclarar los conceptos sobre ciertas normas, sienta principios jurídicos que van constituyendo reglas básicas del Derecho en la subregión”<sup>28</sup>. Es justamente por ello que el TJCAN ya había señalado con anterioridad que la jurisprudencia “aunque no tiene un valor vinculante general –pero sí particular– en la aplicación del derecho comunitario, sí sirve de instrumento-guía u orientación para su desarrollo”<sup>29</sup>. En otras palabras, si bien la jurisprudencia del Tribunal opera para el caso en concreto en el cual ésta es emitida, sus lineamientos deben ser tomados en cuenta para futuros casos en los cuales sean ventilados hechos similares.

### ***b.4) Costumbre***

Como última fuente auxiliar del derecho comunitario andino tenemos a la costumbre, la cual, en términos generales, requiere de la concurrencia de ciertos requisitos para poder ser considerada como fuente del derecho: uso generalizado, conciencia de obligatoriedad y antigüedad<sup>30</sup>. Nuevamente, dentro del marco del mismo proceso 1-IP-96, el Tribunal señaló que “la costumbre y prácticas consuetudinarias... pueden ser instrumento de utilidad para el derecho comunitario en cuanto a la necesidad de suplir lagunas de los tratados”<sup>31</sup>. No obstante, es de destacar que a la fecha su rol como fuente del derecho ha

sido prácticamente insignificante, no habiendo sido invocada en caso alguno por el Tribunal.

#### *4. Conclusiones*

El ordenamiento jurídico comunitario se encuentra conformado por diversas fuentes, las cuales están estructuradas siguiendo un orden piramidal. En la cúspide se encuentran las normas conformantes del derecho originario, entendiéndose por tales el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCAN, mientras que en un nivel inferior hallamos las fuentes del denominado “derecho secundario o derivado” – Decisiones del CAMRE y de la Comisión, así como Resoluciones de la Secretaría General. Finalmente, ya en un nivel inferior, se encuentran las denominadas “otras fuentes” del derecho comunitario andino, categoría que comprende: i) los convenios de complementación industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina; y, i) las fuentes auxiliares del derecho comunitario andino: derecho internacional público, principios generales del derecho, jurisprudencia y costumbre, estas últimas desarrolladas a través de la labor del TJCAN.

Las fuentes del derecho comunitario andino se encuentran sujetas al principio de jerarquía normativa, lo cual quiere decir, como bien resaltó el primer Presidente del TJCAN, Luis Carlos SÁCHICA, que “cada escala es condicionante de la validez de las normas de grado inferior, las que deben estar en armonía con el contenido de los niveles superiores, pues si las contradijera se rompería la legalidad del sistema”<sup>32</sup>. Esto quiere decir que la validez de las estructuras inferiores de la pirámide se encuentra sujeta al respeto de la legalidad de los respectivos niveles superiores, de acuerdo al orden señalado en el párrafo anterior. Nótese sin embargo que las “fuentes auxiliares” no están sujetas a una relación de subordinación respecto al derecho originario o derivado, sino más bien constituyen herramientas implementadas con la finalidad de facilitar su aplicación.

Para finalizar; es posible concluir que el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCAN no agota el sistema de fuentes del derecho comunitario andino, quedando éstas abiertas a un posterior desarrollo jurisprudencial. Ello fue ya puesto de manifiesto por el mismo SÁCHICA, el cual señaló que “el contenido del derecho comunitario andino no se agota, es nuestro criterio, en los actos enunciados [en el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCAN], ya que existen otras actuaciones

de los órganos comunitarios que es preciso tipificar y catalogar, pues a pesar del carácter cerrado y taxativo del enunciado no es posible ignorar proyecciones jurídicas que amplían y complementan el Acuerdo”<sup>33</sup>.

## II. Características del ordenamiento jurídico comunitario

Del análisis de las normas conformantes del derecho comunitario andino –de acuerdo a la definición contenida en el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCAN–, es posible extraer ciertas características comunes, las cuales se desprenden de los primeros artículos de la Decisión 472, habiendo sido estas ratificadas por el Tribunal a través de reiterada jurisprudencia. Tres de estas características serán analizadas a continuación: la aplicación directa del derecho comunitario andino, su preeminencia y, finalmente, el efecto directo de las normas andinas.

### 1. Aplicación directa

El principio de aplicación directa, en términos generales, implica que los Países Miembros se encuentran obligados a dar cumplimiento a las normas comunitarias. Dicho principio encuentra sustento en los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del TJCAN, los cuales señalan:

“Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.”

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

Como puede apreciarse de la lectura de ambos dispositivos, las Decisiones y Resoluciones expedidas por los órganos competentes del Sistema Andino de Integración tienen aplicación directa desde la

fecha de su publicación, o desde la fecha que señale la norma (artículo 3). No obstante ello, aún antes de la fecha de su publicación, las Decisiones obligan a los Países Miembros desde el momento en que son aprobadas por el CAMRE o la Comisión.

El principio de aplicación directa –tal como puede desprenderse de la jurisprudencia del TJCAN– constituye una de las bases mismas del derecho comunitario andino, ya que según lo manifestado por el Tribunal, “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”<sup>34</sup>. Ello pues permitiría comprender la naturaleza y fuerza vinculante del derecho comunitario andino, dentro de la subregión.

Respecto al sustento jurídico del citado principio, es importante hacer mención, como bien hizo el Tribunal, a las sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en los casos *Van Gend & Loos* de 1963 y *Simmenthal* de 1978, en las cuales se hizo mención que la aplicabilidad directa “...significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez”, y además, que “estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares...”.

Para finalizar, tal como fuera mencionado con anterioridad, el principio de aplicación directa implica que las normas de derecho secundario o derivado son directamente aplicables en cada País Miembro desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Nótese sin embargo que algunos países andinos han adoptado la práctica de supeditar la validez de las normas andinas a la publicación de las mismas en las propias gacetas oficiales nacionales. Dicha práctica –implementada con la finalidad de dar publicidad a las normas del derecho comunitario– ha sido duramente criticada por el Tribunal, ya que la misma podría generar el denominado “conflicto de ley en el tiempo”, el cual haría suponer “que la norma andina no entró en vigencia sino hasta cuando fue reproducida y publicada por el país correspondiente”<sup>35</sup>, generando de esta manera confusión entre los destinatarios de la misma.

## 2. Preeminencia del derecho comunitario andino

Este principio implica que las normas comunitarias gozan de prevalencia sobre el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, en caso de un eventual conflicto entre los dispositivos de ambos ordenamientos, las normas comunitarias harían inaplicables los instrumentos nacionales que se les opongan. El dispositivo que recoge el citado principio es el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN:

“Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

El alcance de dicho principio, así como las características del texto del artículo 4 bajo análisis, ha sido desarrollado exhaustivamente por el Tribunal en el marco del Proceso 5-IP-89<sup>36</sup>, al señalar que los Países Miembros tienen una doble obligación en virtud al citado dispositivo: “La primera, de carácter positivo, “de hacer”; y, la segunda, de orden negativo, de “no hacer”. Por la primera, los Países Miembros tienen que adoptar toda clase de medidas, sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden... que garanticen el cumplimiento de la normativa andina (...) Por otra parte, en virtud de la segunda obligación, el País Miembro tiene que abstenerse de toda medida que, con cualquier nombre o forma que se pretenda adoptar, pueda obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino (...) Por esta segunda parte del compromiso, los Países Miembros no pueden aprobar leyes o dictar reglamentos o expedir normas administrativas que, aunque no sean abiertamente contrarias al citado ordenamiento, obstaculicen, en la práctica, la aplicación del mismo.”

Respecto al sustento jurídico del citado principio –y al igual que el principio de aplicación directa– la preeminencia del derecho comunitario andino encuentra sus raíces en pronunciamientos emitidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tal como lo puso de manifiesto el TJCAN en el Proceso 3-AI-96<sup>37</sup>, en el cual destacó la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas del 15 de julio de 1964 en el caso *Costa/Enel*.

### 3. Efecto directo

El último principio a ser analizado en esta sección – efecto directo de las normas andinas – está relacionado con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. Es decir, el efecto directo está relacionado con la posibilidad que tienen los particulares de poder exigir directamente a los tribunales nacionales la correcta observancia de sus derechos y obligaciones. Este principio se encuentra estrechamente relacionado con el de aplicación directa, ya que la norma comunitaria andina, al ser directamente aplicable en los Países Miembros, tiene como efecto inmediato “que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales”<sup>38</sup>. Nótese que, de manera similar al principio de aplicabilidad directa, el efecto directo de las normas andinas constituye una de las bases mismas del derecho comunitario andino, propio de un organismo supranacional como la CAN.

### III. Conclusiones

- El ordenamiento jurídico comunitario se encuentra conformado por una diversidad de fuentes mencionadas de manera expresa en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y posteriormente desarrolladas a través de jurisprudencia emitida por dicho órgano colegiado.
- Las fuentes del derecho comunitario andino se encuentran estructuradas siguiendo un orden piramidal, encontrándose en la cúspide de la misma el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCAN, mientras que en el último nivel encontramos las denominadas “otras fuentes” del derecho comunitario andino – convenios de complementación industrial y fuentes auxiliares, éstas últimas desarrolladas a través de la labor del TJCAN.
- Las fuentes del derecho comunitario andino se encuentran sujetas al principio de jerarquía normativa, lo cual quiere decir que la validez de las estructuras inferiores de la pirámide se encuentra sujeta al respeto de la legalidad de los respectivos niveles superiores, de acuerdo al orden predeterminado por la norma. Nótese

sin embargo, que las fuentes auxiliares del derecho comunitario andino no están sujetas a una relación de subordinación respecto al derecho originario o derivado, sino más bien constituyen herramientas implementadas con la finalidad de facilitar su aplicación.

- Las normas que conforman el derecho comunitario andino gozan de características particulares, derivadas de la naturaleza misma del derecho de la integración dentro del cual se encuentran enmarcadas. Así, estas normas tienen aplicación directa (es decir, son de obligatorio cumplimiento para los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a no ser que las mismas señalen una fecha posterior); tienen primacía sobre el derecho nacional (es decir, los Países Miembros están en la obligación de inaplicar cualquier dispositivo nacional que eventualmente pudiera ser contrario a alguna norma andina) y, finalmente, tienen efecto directo (es decir, los particulares pueden acudir directamente ante los tribunales nacionales por una eventual infracción a sus derechos derivados del ordenamiento jurídico andino).

## NOTAS

1 Proceso 1-AN-97: Sentencia emitida por el TJCAN en la Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela contra las Resoluciones 397, 398 y 438 así como contra el Dictamen de Incumplimiento N° 11-96, expedidos por la Junta del Acuerdo de Cartagena y referentes a la prohibición de importación de café tostado procedente de Colombia, por parte del Gobierno de Venezuela, a través del Ministerio de Comercio Exterior, 26 de febrero de 1998. Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (G.O.A.C.) N° 340 del 13 de mayo de 1998.

2 *Ibidem*.

3 *Ibidem*.

4 Véase al respecto el artículo 41 de la Decisión 472 “Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

5 Proceso 1-IP-96: Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2, 4, 6 y 7 de la Decisión 344 y 2 y 3 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en relación con el artículo 1°, numeral 3° del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Interpretación del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena,

- 9 de diciembre de 1996. Publicado en la G.O.A.C. N° 257 del 14 de abril de 1997.
- 6 Artículo 1 de la Decisión 407 “Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores”
- 7 Véase también, en esta línea, Jorge Antonio Quindimil: *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Edit. Tirant Lo Blanch / Valencia, 2006, pp. 75, 76.
- 8 *Ibidem*, p.78.
- 9 *Ibidem*, p.184.
- 10 Proceso 1-AN-97, *supra* n. 1.
- 11 Quindimil, *supra* n. 7, pp. 201-202.
- 12 Artículo 8 de la Decisión 409 “Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina”.
- 13 Artículo 2 de la Decisión 409.
- 14 Proceso 3-AI-96: Sentencia emitida por el TJCAN en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela, 24 de marzo de 1997. Publicado en la G.O.A.C. N° 261 del 29 de abril de 1997.
- 15 Jorge Castro: “Reflexiones acerca del tema de las fuentes del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina”, en *Agenda Internacional*, Año VII, N° 16, 2002, p. 85.
- 16 Proceso 3-AI-98: Sentencia emitida por el TJCAN en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Venezuela, 11 de febrero de 1999. Publicado en la G.O.A.C. N° 423 del 31 de marzo de 1999.
- 17 Proceso 5-AI-98: Sentencia emitida por el TJCAN en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra el Gobierno de la República del Ecuador, 1 de setiembre de 1999. Publicado en la G.O.A.C. N° 508 del 15 de noviembre de 1999.
- 18 Castro, *supra* n. 15, p. 84.
- 19 Quindimil, *supra* n. 7, pp. 175-176.
- 20 Castro, *supra* n. 15, p. 93.
- 21 Proceso 1-IP-96, *supra* n. 5.
- 22 Fabián Novak: “La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico”, en *Derecho Comunitario Andino*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Fondo Editorial, 2003, pp. 63, 64.
- 23 Proceso 1-IP-96, *supra* n. 5.
- 24 Proceso 118-AI-2003: Sentencia emitida por el TJCAN en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina

- na contra la República de Colombia, por supuesta violación de los artículos 72, 73, 77, 91 y 97 del Acuerdo de Cartagena; el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, así como la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena; y las Resoluciones 69, 257 (confirmada por la 292), 258 (confirmada por la 293), 564 (confirmada por la 588), 617, 634 (confirmada por la 660) y 704 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, al aplicar restricciones al comercio subregional de arroz, 14 de abril de 2005. Publicado en la G.O.A.C. N° 1206 del 13 de junio de 2005.
- 25 Marcial Rubio: *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*, Octava Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002, p. 307.
- 26 Proceso 1-IP-96, *supra* n. 5.
- 27 Rubio, *supra* n. 25, 171.
- 28 Proceso 1-AN-97, *supra* n. 1
- 29 Proceso 1-IP-96, *supra* n. 5.
- 30 Rubio, *supra* n. 19, p. 196.
- 31 Proceso 1-IP-96, *supra* n. 5.
- 32 Luis Carlos SÁCHICA: *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p. 86.
- 33 *Ibíd*em, pp. 85, 86.
- 34 Proceso 3-AI-96, *supra* n. 14.
- 35 Proceso 07-AI-99: Sentencia emitida por el TJCAN en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por incumplimiento de obligaciones emanadas de los artículos 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 38 de la Decisión 344 de la Comisión, y de las Resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General, 12 de Noviembre de 1999. Publicado en la G.O.A.C. N° 520 del 20 de diciembre de 1999.
- 36 Proceso N° 5-IP-89: Interpretación Prejudicial del artículo 5 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y de los artículos 1, 3 y 17 de la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 26 de Octubre de 1989. Publicado en la G.O.A.C. N° 50 del 17 de Noviembre de 1989.
- 37 Proceso 3-AI-96, *supra* n. 14.
- 38 *Ibíd*em.