

COLECCION  
**PRE**  
TEXTOS

31

# El derecho andino en Colombia



**Eric Tremolada Álvarez**

Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

20  
Años

a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acomode con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquéllas. Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía<sup>63</sup>.

Una norma andina sólo puede ser modificada por otra norma andina emitida por los correspondientes órganos comunitarios y no por los poderes legislativos de los países miembros. Ello, por supuesto, no impide el desarrollo de una ley comunitaria a través de la legislación nacional, pero únicamente cuando sea necesaria para la correcta aplicación de la comunitaria.

Puede, pues, observarse que el derecho comunitario es, en efecto, un ordenamiento jurídico autónomo e independiente, con sus propias normas y sus propias instituciones comunitarias y por su propia naturaleza que se aplica de forma inmediata y directa y goza de primacía frente al derecho nacional de los países miembros. Esto, porque proviene de la voluntad de los Estados suscriptores y de los organismos creados para el efecto con marco normativo propio.

#### D. EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y DE LOS JUECES Y TRIBUNALES NACIONALES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANDINO

El Acuerdo de Cartagena de 1969 y sus respectivos protocolos modificatorios, establecen el marco legal e institucional del proceso de integración andino. Este atribuye la función juris-

63. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 89-AI-2000.

diccional al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y encarga a la Secretaría General la investigación administrativa o fase pre-contenciosa de determinación de la responsabilidad de los Estados parte por incumplimiento.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1979, delimitó las competencias del Tribunal Andino sobre tres acciones: la de nulidad, la de incumplimiento y la de interpretación prejudicial.

Bajo la acción de nulidad, le corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las decisiones del Consejo y de la Comisión, de las resoluciones de la Secretaría General y de los convenios de complementación industrial adoptados por los países miembros entre sí, siempre que se hayan dictado o acordado con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

Así, en la Comunidad Andina existe un verdadero control de legalidad de las normas derivadas o secundarias frente al derecho primario u originario que cuenta, además, con un fuerte respaldo jurisprudencial.

En el ordenamiento comunitario andino, a semejanza de lo que acontece en el derecho interno de los estados, existe un sistema de control de las normas jurídicas garantizado por una jurisdicción contencioso-administrativa ejercida a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los términos delineados en los artículos 17 a 23 de su Tratado de Creación. El principio de legalidad que cubre a las Resoluciones de la Junta (ahora Secretaría General) emana del artículo 17 del instrumento indicado que faculta el acceso de los Países Miembros, de la Comisión, de la Secretaría General, así como el de los particulares, a la acción de nulidad cuando esos actos hayan sido "dictados en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena". De no cumplirse el grado de subordinación o legalidad en el ordenamiento jurídico andino, corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina conocer de la respectiva acción de nulidad no solamente por violación de normas superiores,

incluso por desviación de poder en las actuaciones del órgano comunitario<sup>64</sup>.

Las decisiones, resoluciones o convenios podrán ser impugnados por algún país miembro<sup>65</sup>, por el Consejo, la Comisión, la Secretaría y personas naturales o jurídicas que sienten afectados sus derechos subjetivos y/o intereses legítimos.

Respecto de su papel el Tribunal de Justicia ha señalado que al conocer y resolver demandas en ejercicio de la acción de nulidad cumple una función eminentemente declarativa y, por tanto, no podrá ordenar reparación del posible daño.

En el contencioso comunitario andino de anulación el fallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada, puesto que la controversia se desenvuelve en torno a esos dos extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de desconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena<sup>66</sup>.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal estaría asumiendo que su labor en materia de control de legalidad es equivalente a la acción de inconstitucionalidad de los ordenamientos internos; en este sentido ya se había expresado unos años antes:

64. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-AN-97.

65. Los países miembros, en lo que respecta a decisiones o convenios, solo podrán intentar acción de nulidad si aquellas normas no fueron aprobadas con su voto afirmativo. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 18.

66. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 24-AN-99.

Como sistema para el control de la legalidad se asemeja a la acción de inconstitucionalidad o inexecuibilidad, la que sin duda ha sido una de las mayores conquistas del derecho constitucional moderno, hasta el punto que se la considera, con toda razón, como el verdadero fundamento del llamado "Estado de Derecho". Es en este sentido, una acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos<sup>67</sup>.

La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal Andino dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la norma (decisión, resolución o convenio); sin embargo, aunque hubiere expirado el plazo citado, dentro de una controversia ante los jueces o tribunales nacionales, las partes podrán solicitarles la inaplicabilidad de la decisión o resolución que consideran afecta sus derechos subjetivos o intereses legítimos. En este caso, el tribunal o juez nacional consultará al Tribunal Andino acerca de la legalidad de la norma que se solicita inaplicar, suspendiendo el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la cual será de aplicación obligatoria en su sentencia<sup>68</sup>.

Cuando un país miembro o un particular considere que otro país miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, antes de presentar una acción de incumplimiento ante el Tribunal deberá agotar los trámites pre-contenciosos o administrativos en la Secretaría General, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro de un plazo máximo de sesenta días, y una vez recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los

quince días siguientes, emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el país requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen de incumplimiento o no emitiere su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen fuere de cumplimiento, el país o el particular reclamante podrá acudir directamente al Tribunal<sup>69</sup>.

Respecto del procedimiento administrativo por incumplimiento y la legitimación activa para acudir ante el Tribunal de Justicia esta corporación ha señalado:

Sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Órgano con la competencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial la existencia de un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino. En efecto, la fase judicial de la acción de incumplimiento se inicia con la demanda interpuesta por la Secretaría General, o por los Países Miembros o los particulares afectados en sus derechos, en el supuesto de que aquélla no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen y siempre que el procedimiento previo se hubiere iniciado a instancia de estos últimos. Aunque los motivos que contenga el "dictamen" también deben mantener suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda, pudiendo, en consecuencia, ser enjuiciados por la parte demandada dentro del proceso de incumplimiento, la finalidad de esta acción, sin embargo, no se limita a un simple control de legalidad del dictamen, sino que

67. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-AN-97.

68. Cfr. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículos 17 a 22.

69. Cfr. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículos 23 a 25, y Decisión 425 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

se dirige a verificar si la infracción acusada fue o no cometida, y en definitiva a examinar las circunstancias del incumplimiento demandado y las causas exonerantes que pudiere haber puesto la demandada como argumentos de su defensa<sup>70</sup>.

El ordenamiento jurídico andino admite la posibilidad de que el incumplimiento de un país miembro pueda ser demandado por personas naturales o jurídicas ejerciendo acciones judiciales ante sus jueces o tribunales nacionales competentes, de conformidad con su derecho interno, siempre que sus derechos resultaren afectados por la conducta en controversia. El juez nacional ejerce en estos eventos como juez comunitario. No obstante, conviene señalar que a efectos de evitar conflictos de jurisdicción y competencia, está expresamente señalada la imposibilidad de ejercer simultáneamente acciones de incumplimiento ante el Tribunal Andino y los jueces o tribunales nacionales<sup>71</sup>.

Por su parte existe el procedimiento de interpretación prejudicial, que establece que los jueces o tribunales nacionales que conozcan un proceso en que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas del ordenamiento jurídico andino, deben solicitar la interpretación del Tribunal Andino de Justicia acerca del contenido y alcance de dichas normas, y en función de esa interpretación, apreciar los hechos y decidir la controversia. El objetivo de este mecanismo es el de asegurar la aplicación uniforme de las normas andinas en el territorio de los países miembros.

El juez o magistrado nacional podrá solicitar facultativamente, vía incidental, sin suspender el trámite del proceso, siempre que esté conociendo de un proceso de primera instancia y que su sentencia sea susceptible de recursos en el derecho interno, una interpretación prejudicial. Y en el evento en que llegare la oportunidad de dictar sentencia sin

que se hubiera recibido la interpretación del Tribunal Andino, deberá decidir<sup>72</sup>.

Por el contrario, la solicitud dejará de ser optativa y será obligatoria para el juez o magistrado nacional cuando concierne de un proceso de única o segunda instancia y cuando su sentencia no sea susceptible de recurso alguno en el derecho interno. Esta solicitud de interpretación obligatoria que se genera de oficio o a petición de parte, corresponde también a un incidente, pero que en este caso sí suspende el trámite del proceso<sup>73</sup>.

La interpretación del Tribunal Andino, que deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas del ordenamiento comunitario referidas al caso concreto, se convierte, una vez recibida, en una obligación especial para el juez o magistrado consultante que deberá adoptar en su sentencia<sup>74</sup>.

En todo caso la oportunidad del juez o magistrado nacional para solicitar la interpretación prejudicial está dada, entre otras circunstancias, por el momento procesal interno del que dispone para tramitar el correspondiente incidente; al respecto el Tribunal Andino ha señalado:

... la solicitud de interpretación prejudicial y la petición de parte para que el juez nacional proceda a ella, se pueden hacer en cualquier estado y grado de la causa, pues lo que se plantea es una cuestión de mero derecho como es la interpretación de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Distinta es la solución en la legislación interna para las cuestiones de hecho en las cuales sí existe una oportunidad procesal

72. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 33, y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, artículo 122.

73. Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, artículo 123.

74. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículos 34 y 35, y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, artículos 126 y 127.

70. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 43-AI-99.

71. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículos 31 y 25.

para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional<sup>75</sup>.

El 28 de mayo de 1996, los países miembros suscribieron el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, ampliando las competencias de dicho órgano, y establecieron un nuevo recurso por omisión o inactividad, bajo el cual el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y las personas naturales o jurídicas, podrán solicitar el pronunciamiento del Tribunal cuando uno de los referidos órganos comunitarios se abstuviera de cumplir una actividad a la que estuviera obligado expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Este recurso que garantiza que los órganos del sistema cumplan oportunamente con sus funciones a través de una sentencia del Tribunal, si se encuentra que en efecto hubo inactividad del órgano demandado, "deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano comunitario objeto del recurso deberá cumplir con su obligación"<sup>76</sup>.

Además, concede competencias al Tribunal para conocer y dirimir las controversias laborales que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados. De esta forma, los funcionarios supranacionales gozan de un mecanismo de legitimación activa laboral<sup>77</sup>.

Finalmente, con el propósito de fortalecer la participación de los particulares en el sistema de solución de controversias, se establece en cabeza del Tribunal la función de

... dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro<sup>78</sup>.

Hasta el momento el ejercicio de la función arbitral por parte del Tribunal Andino no se ha regulado ni se ha presentado ningún caso, ausencia que también se da en el arbitraje administrativo a cargo de la Secretaría General.

75. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 01-IP-87.

76. Cfr. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 37 y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, artículos 129 al 134.

77. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 40, y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, artículo 136.

78. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 38.