



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Responsabilidad Patrimonial del Estado por infracciones al Derecho Comunitario Andino

Tatiana Ivonne Archila Cárdenas

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia

2015

Responsabilidad Patrimonial del Estado por infracciones al Derecho Comunitario Andino

Tatiana Ivonne Archila Cárdenas

Trabajo de investigación presentada(o) como requisito para optar al título de:

Magister en Derecho

Director (a):

Doctor Roberto Molina Palacios

Codirector (a):

Doctor Cesar Antonio Cohecha León

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2015

Resumen

En el presente trabajo se pretende realizar un desarrollo conceptual de la evolución de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, así como del ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de esquematizar la obligatoriedad de la normativa comunitaria andina en el marco del derecho interno colombiano. Así, el objetivo principal de este escrito consiste en establecer el alcance de la normativa supranacional y su interacción con el ordenamiento jurídico nacional para corroborar o desvirtuar la hipótesis que se pretende desarrollar en el presente texto, esto es, si la infracción de disposiciones emanadas de la Comunidad Andina de Naciones por parte de agentes estatales, que genera un daño a un particular configura la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano.

De esta forma, con los insumos desarrollados a lo largo de este artículo se pretende demostrar que tanto la jurisprudencia como la doctrina jurídica han evolucionado su concepción de la responsabilidad patrimonial del Estado, ampliando los escenarios para su configuración, lo que permite concluir que bastaría con que se acreditara que un agente o una autoridad estatal desconoció o transgredió una norma comunitaria y que con eso causó un daño antijurídico al ciudadano, es decir, un perjuicio que no estaba en el deber de soportar, para que se produzca su consecuente indemnización económica.

Palabras clave: (Derecho Comunitario Andino, Responsabilidad Patrimonial del Estado, Indemnización).

Abstract

The present work tries to make a conceptual development of the evolution of administrative and patrimonial responsibility of the State, as well as and the Community legal order, in order to outline the obligatiry nature of the community Andean regulation in the frame of the internal Colombian right. This way, the main objective of this paper is to establish the scope of supranational law and its interaction with national law to corroborate or refute the hypothesis to be developed in this text, that is, if the violation of provisions issued by the Andean Community of Nations by state agents, which generates damage to a particular set contractual liability of the Colombian State.

Thus, with inputs developed throughout this article it is to show that both case law and legal doctrine have evolved their conception of State liability, expanding the scenarios for configuration, what allows to conclude that it would be enough to demonstrate that an agent or a state authority ignored or transgressed Community legislation and that it caused unlawful damage to the citizen, that is, damage which was not on the duty to bear, so that the economical compensation occurs.

Keywords: (Andean Community law, State liability, Compensation).

Responsabilidad Patrimonial del Estado por infracciones al Derecho Comunitario Andino

| | |
|---|--------------------------------------|
| INTRODUCCIÓN | 8 |
| CAPÍTULO I..... | 13 |
| 1. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO | 13 |
| Derecho Comunitario..... | 13 |
| Fuentes del Derecho Comunitario..... | 15 |
| Derecho Originario..... | 16 |
| Derecho Derivado..... | 17 |
| Derecho Interno..... | 20 |
| Relación Derecho Comunitario y Derecho Interno..... | 21 |
| Principios Básicos..... | 21 |
| Modelos de Integración..... | 22 |
| Pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a la Relación Derecho Comunitario y Derecho Interno..... | 23 |
| CAPÍTULO II..... | ¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO. |
| 2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO..... | 26 |
| Responsabilidad patrimonial del Estado en la historia | 26 |
| Responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico Colombiano | 28 |
| Responsabilidad patrimonial del Estado a la luz de la Constitución política de 1991 | 35 |
| CAPÍTULO III..... | 37 |
| 3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LAS NORMATIVAS DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)... | 37 |
| Comunidad Andina de Naciones (CAN)..... | 37 |
| Sistema Andino de Integración (SAI)..... | 39 |

| | |
|---|-----------|
| Consejo Presidencial Andino | 40 |
| Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores | 41 |
| La Comisión de la Comunidad Andina | 42 |
| Secretaria General..... | 43 |
| Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina | 44 |
| La Acción de Nulidad..... | 45 |
| La Acción de Incumplimiento. | 46 |
| La Interpretación Prejudicial..... | 48 |
| Recurso por Omisión o Inactividad..... | 48 |
| De la función arbitral..... | 49 |
| Las acciones laborales..... | 50 |
| Parlamento Andino | 50 |
| Las Recomendaciones. | 51 |
| Las Decisiones. | 51 |
| Las Declaraciones..... | 52 |
| Las Resoluciones..... | 52 |
| Corporación Andina de Fomento –CAF-..... | 52 |
| Fondo Latinoamericano de Reservas | 53 |
| Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino | 54 |
| Fuentes del Derecho Comunitario Andino | 54 |
| Fuentes de derecho primario andino | 55 |
| Fuentes de derecho secundario andino | 57 |
| Fuentes complementarias del derecho andino..... | 59 |
| Fuentes auxiliares del derecho andino..... | 59 |
| Principios Generales del Derecho Comunitario Andino | 60 |
| Aplicación Directa de la Norma Andina | 60 |
| Aplicación Inmediata de la norma andina | 61 |

| | |
|--|--------------------------------------|
| Aplicación Preminente de la norma andina | 62 |
| Posición jurisprudencial sobre derecho comunitario..... | 62 |
| CAPITULO IV..... | ¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO. |
| CONCLUSIONES | 72 |
| BIBLIOGRAFIA | ¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO. |
| SENTENCIAS | 80 |

Introducción

En el mundo, diferentes Estados han tomado la decisión de juntarse con otros Estados para forjar relaciones estratégicas; estas uniones se rigen por normas de obligatoriedad para los miembros, conocidas como derecho comunitario, en algunos casos y dependiendo de la materia a la que se refieren estas normas tienen preponderancia sobre la legislación interna de cada país y es forzoso que el país miembro integre a la normatividad nacional lo reglado por el derecho comunitario.

En Colombia la Constitución Política de 1991 en el artículo 93¹ regula las materias en las cuales los lineamientos supranacionales harán parte del bloque de constitucionalidad, consagrando que los instrumentos internacionales ratificados por el Congreso tienen carácter preferente sobre la legislación interna, lo que si bien teóricamente supone un sistema jurídico en el que el derecho comunitario tiene mayor jerarquía normativa sobre el ordenamiento interno, en la práctica la aplicación de dicha normatividad se encuentra supeditada a la aprobación que de la misma haga el legislador.

En este sentido, la H. Corte Constitucional colombiana en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la normatividad comunitaria que verse sobre materias económicas, fiscales, aduaneras o técnicas no tiene el carácter de bloque de constitucionalidad y por tanto no prima sobre lo estipulado en la Carta Fundamental, mientras que las normas de carácter humanitario tendrán especial tratamiento y adherencia a los preceptos constitucionales.

¹ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

A nivel regional se encuentra la comunidad andina de naciones que tiene como países miembros a Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia y como países asociados a Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay los cuales se han unido con el fin de desarrollar objetivos comunes tendientes a la unidad y fortalecimiento de América y el Caribe. Este organismo dicta normas de derecho en materias económicas, aduaneras y técnicas, como también normas que buscan proteger derechos humanos, estas deben ser seguidas por los miembros de la unión, de tal manera que deben ajustar su propia legislación a las normas andinas.

Cada día despierta mayor interés jurídico esquematizar la obligatoriedad que revisten las decisiones comunitarias andinas para el Estado colombiano, de forma tal que se pueda establecer el alcance de la normatividad supranacional en el marco del derecho interno y la manera en la que debe responder el Estado cuando incumple una normativa comunitaria, en este sentido resulta interesante abordar y estudiar la evolución doctrinal, normativa y jurisprudencial que ha tenido el tema de la responsabilidad patrimonial del estado frente a una infracción al derecho comunitario andino en donde surge el interrogante de si el Estado colombiano debe responder patrimonialmente cuando con ocasión de su actuación u omisión le genera un daño a un particular al desconocer o inaplicar la normatividad comunitaria andina, interrogante que pretende ser desarrollado a lo largo de este trabajo.

Frente a la responsabilidad patrimonial del Estado resulta interesante recordar que con la expedición de la Carta Política de 1991, se elevó a canon constitucional la obligación del Estado de responder por los daños antijurídicos que cause a los particulares por acción u omisión de sus autoridades públicas. No obstante, ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la que ha mostrado interés por abordar de manera más profunda los regímenes de responsabilidad del Estado dotando de alcance y fijando el sentido de la cláusula contenida en el Artículo 90 C.P.

Así es preciso indicar que la tesis referente a la responsabilidad del Estado ha sido el producto de una construcción que se ha realizado a lo largo del tiempo, en la que se ha buscado imputar al Estado la obligación de responder cuando en virtud de su actuar causa un daño antijurídico o perjuicio a un particular. Ahora bien, pese a que en un primer momento se tenía la concepción de que el Estado era completamente irresponsable, es decir que si con su actuación causaba un daño a un particular no se veía compelido a responder por este, toda vez, que se creía que era soberano y por eso sus acciones eran indiscutibles, esta concepción evolucionó a tal punto que hoy en día es evidente que el Estado está en la obligación de indemnizar a los particulares por los daños antijurídicos que les cause.

Atendiendo a los postulados contenidos en los artículos 9², 90³ y 93⁴ de la Constitución Política de 1991 y a los lineamientos jurisprudenciales y legales establecidos en tratándose de responsabilidad del Estado, se colige que el Estado colombiano está en la obligación de responder patrimonialmente por los daños y perjuicios antijurídicos causados a los particulares que se deriven de la transgresión al derecho comunitario.

Partiendo de la anterior premisa el presente trabajo pretende realizar un estudio acerca de la eficacia de la normatividad comunitaria andina en el marco del derecho interno del país, es decir la construcción de la norma andina en norma de derecho interno colombiano, con el fin de determinar si la infracción de estas por parte de agentes estatales da lugar a la eventual responsabilidad del Estado. Para desarrollar el objetivo planteado se llevara a cabo un estudio exploratorio, toda vez que el tema a investigar resulta ser novedoso y poco abordado en el plano Nacional. Asimismo, procura ser un estudio correlacional al pretender medir el grado de relación existente entre el Derecho Comunitario Andino y la eventual responsabilidad patrimonial del Estado frente al particular por infringir dicha normatividad.

Para desarrollar el trabajo se empleara una metodología analítico-conceptual-descriptiva, con método de análisis jurídico, que permita comprender el proceso evolutivo que ha sufrido el tema que se plantea como objeto de estudio del presente trabajo. Asimismo, se hará un estudio de las diferentes teorías que se han manejado para endilgar responsabilidad al Estado a efectos de establecer el título y el subtítulo de imputación, a la luz de la Carta Política de 1991, bajo el cual debería responder el Estado por infringir el derecho comunitario.

² **ARTICULO 9.** Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

³ **ARTICULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

⁴ **ARTICULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad. (...)

Para el logro del propósito establecido, el documento plantea como objetivos, en primer lugar establecer la responsabilidad que debe asumir el Estado colombiano, frente a un particular que ha sufrido un perjuicio por no habersele dado aplicación a una disposición comunitaria andina, cuando el país tenía la obligación de hacerlo; en segundo lugar, determinar en qué casos debe responder patrimonialmente el Estado Colombiano.

Como hipótesis de trabajo del presente documento se plantea que la responsabilidad patrimonial del Estado cuando con ocasión de su actuación genera un perjuicio antijurídico a un particular, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial, no solo respecto de los títulos jurídicos de imputación sino también en lo relativo a los supuestos por los cuales se ve compelido a resarcir los daños producidos a los ciudadanos. Precisamente, ha sido la jurisprudencia la que ha llevado a cabo la tarea de fijar el alcance de la cláusula contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, ampliando los eventos en los cuales el Estado debe responder. En efecto, esta ampliación ha fomentado la aparición de nuevas teorías soportadas en el principio de igualdad ante las cargas públicas, lo cual ha permitido establecer hoy en día la posibilidad de que el Estado se vea obligado a indemnizar a un particular cuando en virtud de su actuar transgrede el ordenamiento jurídico comunitario y le impone al administrado una carga que no está en el deber jurídico de soportar generándole un daño.

Por otra parte, el presente trabajo pretende constituirse en un instrumento que fomente el interés por la realización de investigaciones en esta temática que ha tenido poco desarrollo hasta el momento, permitiendo establecer qué tipo de normas comunitarias andinas deben ser de aplicación obligatoria en la legislación interna y en cuales el Estado tiene la facultad potestativa de incluirlas y aplicarlas o no, salvaguardándose de indemnizar a los particulares cuando no les dé aplicación, para finalmente definir el título y subtítulo bajo el cual endilgar responsabilidad al Estado por no aplicar la legislación comunitaria andina.

El presente trabajo se esquematizara a grandes rasgos en tres capítulos; en el primero de ellos se hará una reconstrucción bibliográfica que permita abordar la relación existente entre el derecho comunitario y el derecho interno a partir de los postulados doctrinales, jurisprudenciales y normativos haciendo hincapié en la postura del Estado colombiano frente al tema; en el segundo capítulo, se pretende abordar el tema de la responsabilidad patrimonial del estado, los diferentes enfoques que ha tenido a lo largo de la historia en el mundo y en Colombia, además se estudiara la visión de la misma que se ha dado con la promulgación de la Constitución Política de 1991 así como los elementos que son necesarios para que se configure; en el capítulo tres se tratará el tema de la Comunidad Andina de

Naciones (CAN) su organización, la normatividad que expide y la incorporación de esta al derecho interno. Para finalmente, comprobar o refutar la hipótesis anteriormente planteada a efectos de establecer si el Estado debe responder patrimonialmente cuando con ocasión de su actuación u omisión infringe el derecho comunitario andino y como consecuencia de ello le genera un daño o perjuicio a un particular.

Capítulo I.

1. Derecho Comunitario y Derecho Interno

En este capítulo se conceptualizará el derecho comunitario, sus fuentes, el derecho derivado, el derecho originario, el derecho interno así como la relación entre el derecho comunitario y el derecho interno sus principios básicos, los modelos de integración y la posición de la Corte Constitucional frente a la relación entre el derecho interno y el derecho comunitario. Lo anterior con el fin de establecer una aproximación general a la aplicabilidad del derecho comunitario en el plano jurídico interno, a efectos de determinar si existe relación entre uno y otro sistema.

Derecho Comunitario

Con el paso del tiempo los Estados han ido dejando atrás la concepción según la cual eran considerados absolutamente soberanos e independientes, siendo los únicos encargados de fijar la estructura institucional y la composición de sus órganos así como los parámetros y reglas de conducta a seguir por parte de la población. Hoy en día y cada vez con mayor fuerza, esta concepción de la soberanía se ha dejado atrás dando paso a la consolidación de la idea de comunidades de naciones unidas en pro de objetivos comunes tales como la paz, la seguridad, el desarrollo y el crecimiento de la región.

De esta manera, los países han ido cediendo parte de su soberanía conformando asociaciones con sus homólogos para obtener el logro de intereses compartidos por lo que el derecho comunitario ha cobrado mayor relevancia en el plano jurídico. Bajo este contexto, la noción de derecho comunitario supone la existencia de un ordenamiento jurídico supranacional, con instituciones propias y capacidad de adoptar decisiones de carácter vinculante para los Estados miembro.

El jurista Isaac Guy, ha definido el derecho comunitario como *“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 su aplicación e interpretación uniforme⁵”*.

⁵ Guy, Isaac. *“Manual de derecho comunitario general”*. Editorial Ariel. Barcelona, 1991. p 111.

El Dr. Klaus-Dieter Borchardt ha señalado que *“Al igual que cualquier ordenamiento jurídico, el comunitario dispone de un sistema completo de protección jurídica para resolver los litigios en torno al Derecho comunitario y para velar por su cumplimiento. El Derecho comunitario determina igualmente la relación entre la Comunidad y los Estados miembros; estos últimos deben adoptar todas las medidas apropiadas para cumplir las obligaciones derivadas de los Tratados o de los actos de las instituciones comunitarias⁶”*.

Por su parte el Doctor Enrique Ulate Chacón, ha definido el derecho comunitario como *“el complejo de normas jurídicas que disciplinan las Comunidades de Estados, y sus relaciones jurídicas con otros sujetos de derecho, creadas como organizaciones internacionales sui generis, dando origen a un Sistema Jurídico-Institucional u ordenamiento jurídico nuevo, autónomo y especial cuyo denominador o ius proprium se basa en las relaciones de integración regional⁷”*.

Al referirse al valor jurídico que tiene el derecho comunitario se ha indicado que *“El derecho comunitario es obligatorio, superior al derecho interno (primacía) y algunos de sus elementos, particularmente los reglamentos, son, además, directamente aplicables⁸”*. Asimismo, se ha sostenido que el Derecho comunitario es supranacional, y *“la supranacionalidad, constituye lo específico, el núcleo del Derecho de la integración, ya que es el rasgo que produce la ruptura y diferencia con el Derecho internacional común⁹”*.

Al respecto, es preciso resaltar que el derecho comunitario se caracteriza por ser un derecho de integración, autónomo del derecho interno de cada país miembro, cimentado en sus propias fuentes jurídicas de conformidad con las competencias trasladadas por sus integrantes, cuyo principal rasgo es la aplicación directa, determinada por su primacía y preponderancia sobre el derecho interno y aplicabilidad no solo a los estados que conforman la comunidad sino también, de forma inmediata, a los particulares. En este punto radica su diferencia central con el derecho internacional, que es un ordenamiento de integración, de carácter

⁶ Dieter Borchardt, Klaus. *“El ABC del Derecho comunitario”* Dirección General de Educación y Cultura comisión europea finalizado en septiembre de 1999.

⁷ Ulate Chacón, Enrique. *“Integración Regional y derecho agrario comunitario europeo y centroamericano. (Por una política agrícola común para el desarrollo rural sostenible)”* Tesis de doctorado Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Universitari e Perfezionamento. Italia, p 153.

⁸ Barragán Galindo, Carlos Alberto. *La Comunidad Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2002. p 273.

⁹ SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Editorial Temis, Bogotá, 1990. p.10.

convencional, que recae de manera directa sobre los Estados, es decir, estos son los sujetos de deberes.

Vistas las anteriores nociones, es posible definir el derecho comunitario como un ordenamiento jurídico, diferente al interno y al internacional, encargado de regular las relaciones que se suscitan entre los estados de la comunidad y otros sujetos de derecho, entre ellos los particulares; con fuentes jurídicas propias, es decir constituido a través de un tratado de integración, y con organismos de creación normativa y órganos judiciales de garantía de aplicación uniforme.

Fuentes del Derecho Comunitario

En primer lugar, es pertinente señalar que doctrinariamente no ha sido pacífica la aceptación del término fuentes del derecho, lo cual ha generado la adopción de diferentes definiciones, en ocasiones confusas y disímiles. Así, se ha distinguido entre fuentes materiales y fuentes formales del derecho, refiriéndose aquellas a las Corporaciones o instituciones encargas o facultadas para producir normas jurídicas con carácter vinculante, mientras que por fuentes formales se ha hecho referencia a los diferentes tipos de reglas jurídicas que integran un ordenamiento, siendo esta tipología la que interesa para efectos de este estudio.

El jurista Julien Bonnecase, sostuvo que las fuentes del derecho son *“las formas obligadas y predeterminadas que inevitablemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente con el aspecto del poder coercitivo del derecho”*¹⁰. Por su parte Norberto Bobbio, ha definido las fuentes del derecho como *“aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”*¹¹.

En igual sentido, Miguel Carbonell señala que *“puede entenderse convencionalmente por fuentes del derecho todos los hechos y actos que, de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica de un ordenamiento determinado, crean o pueden crear relaciones jurídicas con efectos erga omnes”*¹².

¹⁰ Bonnecase, Julien. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Temis, Bogotá, 1982, p.81.

¹¹ Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho. Editorial Temis. Bogotá. 1998. p. 158.

¹² Carbonell, Miguel. *“Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México”*. México, Universidad Autónoma de México, 1ª edición, 1998, p. 26.

Ahora bien, los tratadistas se han encargado de esquematizar las fuentes del derecho comunitario, dividiéndolas en fuentes originarias y fuentes derivadas, como se pasa a ver.

Derecho Originario

El derecho originario hace referencia a las fuentes de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Se encuentra conformado por los Tratados constitutivos de la comunidad y sus anexos o apéndices y los Tratados expedidos con posterioridad que los han modificado o complementado; son equiparables a la Constitución en el derecho interno de los estados, es decir, cumplen el rol de Constitución comunitaria y de estos se deriva todo el sistema normativo comunitario.

Jorge Alguacil González-Aurioles, sostiene que las fuentes del derecho *“no se diferencian (...) por el centro de producción, sino por su eficacia. Se prescinde así del fundamento orgánico en el que apoyar cualquier jerarquía¹³”,* ya que *“todo ordenamiento complejo impone al poder originario, una vez constituido, la creación de nuevos centros de producción jurídica para satisfacer las necesidades de regulación”¹⁴*

Por otra parte, algunos autores han equiparado el derecho comunitario originario con el derecho constitucional del Estado considerado individualmente, así *“la opinión predominante justifica el carácter constitucional del derecho europeo primario a través de una comparación funcional con el derecho constitucional estatal. El derecho primario establece un poder público, estatuye una jerarquía de normas y legitima actos jurídicos, crea una ciudadanía y garantiza derechos fundamentales, regula la relación entre ordenamientos jurídicos, entre poder público y economía, y entre derecho y política. A partir de una comparación funcional se hacen evidentes numerosas semejanzas entre en derecho primario y*

¹³ GONZALEZ-AURIOLES, Jorge Alguacil. “Las Fuentes del Derecho en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, No. 15, UNED, 2004, pp. 345 – 361.

¹⁴ Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho. Editorial Debate. Madrid. 1991.

las Constituciones estatales; solo en agudizaciones teóricas y, por ello, controvertidas, se vuelven visibles diferencias significativas entre el derecho primario y el acervo (“denominador común”) de las Constituciones de los Estados miembros¹⁵”.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que tanto el derecho originario o primario como el derivado o secundario se encuentran revestidos por una característica especial, a saber: la primacía entendida como la preponderancia del Derecho comunitario sobre el derecho nacional de cada uno de los países miembros. Así lo ha indicado el Tribunal de Justicia Europeo al considerar que el Derecho proveniente de la Comunidad se incorpora al ordenamiento jurídico de los Estados parte quedando obligados a acatarlo y aplicarlo de manera preferente¹⁶. Esa pluralidad de sistemas jurídicos, a saber, los sistemas jurídicos nacionales y los supranacionales, demanda una “teoría general del derecho, de cara a la globalización”¹⁷ la cual Twining denomina Teoría Jurídica General, “como fundamento de una disciplina jurídica cosmopolita que responda a los retos de la globalización”¹⁸, entre ellos el cambio de visión de los sistemas jurídicos nacionales cerrados, aislados e impermeables, a sistemas jurídicos abiertos que interactúen con sistemas jurídicos comunitarios.

Derecho Derivado.

Dentro de las fuentes del ordenamiento jurídico Comunitario se encuentra el derecho derivado o secundario, entendido como aquel “creado por las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias en virtud de los Tratados (...)”¹⁹. Lo anterior supone la nota característica del derecho secundario, esto es, encontrarse jerárquicamente subordinado al derecho originario. Así, el derecho derivado corresponde al grupo de normas jurídicas expedidas por los órganos e instituciones competentes de conformidad con lo dispuesto en el derecho originario.

15 Bogdandy, Armin von. Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos Teóricos y Doctrinales, en Revista General de Derecho Europeo, No. 22, 2010.

16 Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Sentencia del 15 de julio de 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L.

17 Jimenez, G. (2011). Globalización del derecho. Aspectos Jurídicos y derechos humanos. Nova et vetera 20(64): 17-28.

18 Twining, W. Derecho y globalización. Universidad de los Andes. Bogotá. 2003.

19 Dieter Borhardt, Klaus. *El ABC del Derecho comunitario* op. cit., p. 58.

La jurista Elvira López Díaz ha indicado que “El Derecho Comunitario derivado, está formado por los actos normativos, adoptados por las instituciones comunitarias, que desarrollan las disposiciones de los Tratados y llevan a cabo la aplicación concreta de los mismos. Este derecho se encarga del desarrollo del Derecho originario o primario y está por debajo de él²⁰”

Por otra parte, hay quienes consideran que las “fuentes normativas subsidiarias (...) pueden ser consideradas las disposiciones legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, bien por propia iniciativa con el fin de cumplir las obligaciones que les incumben –sobre todo en materia de competencia exclusiva- con base en determinadas disposiciones de los tres tratados, bien para cumplir <<recomendaciones>>, <<directivas>> o <<decisiones>> adoptadas por las instituciones de las Comunidades frente a ellos²¹”.

La diferencia entre el derecho originario y el derecho derivado en el ordenamiento comunitario, puede entenderse mejor, en el marco del *hard law* y del *soft law*, siendo entendido el derecho primario, de forma pacífica, como *hard law*, pues este comprende los instrumentos jurídicos con carácter vinculante para los Estados integrados cuyo cumplimiento es exigible a través de las vías institucionales.

Ahora bien, la discusión surge en el plano del *soft law* o del derecho blando o flexible, pues en la doctrina no hay un criterio unívoco respecto de su acepción y contenido, debido a la marcada evolución que ha presentado este fenómeno. Así, se tiene que en principio el término de *soft law* fue empleado para evidenciar la distinción entre la ley vigente y la ley futura (*lege ferenda/lege lata*), sin embargo, con posterioridad fue identificado como el conjunto de normas o reglas destinadas a orientar la práctica del poder estatal en una dirección determinada. En la actualidad, puede entenderse como una serie de instrumentos jurídicos de carácter no vinculante o no obligatorio, que adquieren relevancia jurídica, toda vez que buscan la consecución de fines legítimos, pero cuyo incumplimiento no apareja como consecuencia directa la aplicación de una sanción, en el sentido convencional. Asimismo, se ha considerado que los instrumentos del *soft law* sirven como complemento, alternativa, avance y parámetros de interpretación del *hard law*.

²⁰ López Díaz, Elvira. *Iniciación al Derecho*. Primera ed. Madrid: Delta Publicaciones, 2008. p. 40.

²¹ Catalano, Niccola, y Riccardo Scarpa. *Principios de Derecho Comunitario*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988. p. 64.

Retomando el análisis del derecho derivado, en el marco del ordenamiento jurídico comunitario, es preciso señalar que se trata de un derecho legislado en oposición al derecho primario que se trata de un derecho pactado y acordado por las partes obligadas al suscribir los Tratados, el cual se encuentra conformado por las directivas, los reglamentos, las recomendaciones, las decisiones y los dictámenes, no obstante, en estricto sentido solamente las decisiones, las directivas y los reglamentos son considerados como actos normativos de carácter vinculante.

Respecto de la fuerza vinculante de estos instrumentos, se tiene que el Reglamento es de carácter general, es decir, se aplica de manera abstracta a circunstancias objetivas previamente determinadas, por lo que es considerado un elemento unificador del derecho comunitario, de obligatorio cumplimiento en todos sus componentes, cuya característica principal, es la aplicación de forma directa en los Estados miembro, esto es sin necesidad de que medie un instrumento jurídico para su ejecución.

A diferencia del reglamento, la Directiva no tienen un alcance general, pues, únicamente obliga a los Estados parte, no es aplicable de forma directa, y a través de estas se establecen obligaciones de resultado a los Estados integrantes, razón por la que solo es vinculante en la obtención del resultado, dejando a disposición de los Estados la elección de los medios y las formas para su alcance, por lo que es considerado un instrumento armonizador del derecho comunitario. Por su parte, la Decisión no tiene alcance general, sin embargo es de obligatorio cumplimiento, para sus destinatarios, en todos sus elementos, sean estos los Estados miembro o los ciudadanos.

Finalmente los dictámenes y las recomendaciones, no son vinculantes para los sujetos destinatarios del derecho comunitario, pues indican el concepto de una institución respecto de una materia determinada y sugieren un modelo de actuar respecto de un tema en concreto, respectivamente, por lo cual su cumplimiento no es obligatorio.

Derecho Interno

La Constitución Política de Colombia en los artículos 93, 94 y 214 establece indirectamente la figura del bloque de constitucionalidad. La H. Corte Constitucional ha manifestado que *“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu²²”*.

La cláusula normativa contemplada en el artículo 93 de la Constitución de 1991, ha sido considerada como la que permite la integración de normas de derecho supranacional al derecho interno bajo la figura del bloque de constitucionalidad, sin embargo, la normatividad en cita contempla dos requisitos para que se integren las normas al bloque de constitucionalidad. En primer lugar, debe tratarse de normas que reconozcan derechos humanos, y en segundo lugar, que prohíban su limitación durante los Estados de excepción.

Frente a este tema, se considera la existencia de dos teorías para concebir el bloque de constitucionalidad, una es la del dualismo jurídico y la otra es la del monismo jurídico. Bajo la primera teoría se considera que se trata de dos sistemas jurídicos completamente independientes, así para la doctrina dualista *“los fundamentos de validez de uno y otro ordenamiento son absolutamente independientes, de modo que no habría forma de basar la validez de las normas de uno en el otro. Se trata de dos órdenes separados que coexisten paralelos e independientes²³”*.

Por otra parte, en Colombia se ha adoptado una concepción monista sobre el bloque de constitucionalidad, al considerar que las normas de derecho internacional y el derecho nacional son una unidad, así las cosas se trataría de un mismo ordenamiento jurídico. Domingo Acevedo afirma que *“según la concepción normativista de Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza*

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²³ Suarez, Eloy Emiliano. *Introducción al Derecho*. Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral. 2004.

obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental *or grundnorm*. En 1926 Kelsen sostuvo que la norma fundamental podía ser ubicada bien en el derecho interno bien en el derecho internacional, dependiendo ello de factores étnicos o políticos²⁴.

Relación Derecho Comunitario y Derecho Interno.

Principios Básicos.

La relación entre el derecho de la comunidad y el derecho interno de cada país miembro está permeado por unos principios que permiten la coexistencia de los ordenamientos jurídicos. El desarrollo de estos principios se ha dado principalmente por vía jurisprudencial y en cierta medida también consuetudinariamente. En este sentido, Enrique Ulate Chacón ha indicado que “*El Derecho comunitario nace de un ordenamiento jurídico autónomo, distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno, capaz de generar normas jurídicas por sí mismo, mediante los Órganos comunitarios, que se incorporan o pasan a formar parte de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro. Dichas relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales, se basan en una serie de principios fundamentales reconocidos, primero por la Jurisprudencia, luego por la doctrina y desarrollados por el legislador comunitario*”²⁵.

Los principios más relevantes y más ampliamente desarrollados son el de primacía del derecho comunitario, el efecto directo, el de aplicabilidad inmediata y el de responsabilidad del Estado por incumplimiento. El principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno supone una preeminencia del derecho supranacional que se configura en la imposibilidad a los países miembros de aplicar una norma contraria al ordenamiento jurídico comunitario. Mediante el principio de primacía “se garantiza que el Derecho comunitario no pueda ser ni derogado ni modificado por la legislación nacional y que, en caso de litigio, el primero prevalezca sobre la segunda. De esta forma, la CE resulta ser una entidad

²⁴ Acevedo, Domingo E. *Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. En revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. 16. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/16/dtr/dtr8.pdf>

²⁵ Ulate Chacón, Enrique. *Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre* (Compilador junto con Juan Marcos Rivero). San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

autónoma de poder con derechos de soberanía propios y un ordenamiento jurídico independiente de los Estados miembros, al que están sometidos tanto los Estados miembros como sus ciudadanos en los ámbitos de competencia transferidos a la CE²⁶”.

En lo que respecta al principio de eficacia directa debe decirse que dadas las características del derecho comunitario, este principio conlleva la imposición de deberes y obligaciones para los afectados, así Miguel Ángel Alegre ha indicado que *“En efecto, el Derecho comunitario se presenta, en primer lugar, como un sistema jurídico autónomo respecto de los ordenamientos de los Estados miembros. Pero, al mismo tiempo, se halla integrado en el orden interno de los Estados, es inmediatamente aplicable y, como tal, puede ser invocado por los particulares ante los órganos jurisdiccionales estatales y debe ser aplicado por éstos. En este sentido se habla, en tercer lugar, de la eficacia directa del Derecho comunitario, en el sentido de que sus normas generan derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, sean Estados miembros o particulares”*²⁷”.

La importancia de estos principios reside en que, aunque no están consagrados en el derecho legislado, estos constituyen una pauta que orienta el ordenamiento jurídico comunitario, de tal manera que se erigen como componente esencial del derecho de la comunidad.

Modelos de Integración.

La integración regional es un proceso en que dos o más Estados orientados por fines comunes conforman una unión que tiene como objetivo principal fortalecer un mercado interno así como el establecimiento de alianzas políticas fuertes, “la integración es un fenómeno de carácter pluridimensional, plurifacético, globalizante, típico del siglo veinte, que tiene la virtualidad de incidir no sólo en lo económico, sino también en lo social, en lo político, en lo jurídico y en lo cultural²⁸”. Los Estados miembros jurídicamente se ven inmersos en dos tipos de normatividad la interna y la externa que en ocasiones pueden ser la misma dado que la norma comunitaria hace parte de la normatividad interna aun cuando en su nacimiento no era derecho nacional

²⁶ Dieter Borchardt, Klaus. “El ABC del Derecho comunitario” op. cit., p. 24.

²⁷ Alegre Martínez, Miguel Ángel. La Primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: Aspectos Constitucionales. En Revista de Derecho Político, núm. 38, 1994, pp. 93-173.

²⁸ Feldstein De Cárdenas, Sara Lidia y Rodríguez, Mónica Sofía, Disertación inaugural de las reuniones mensuales desarrolladas en el Instituto de Derecho Internacional Privado del C.A.S.I. sobre Armonización legislativa en materia de Quiebras. 1998/2000. www.juridicas.com

Teóricamente se espera que la nueva unión surja por los lazos del regionalismo evidenciándose tres características importantes de los Estados miembros: la primera es la cercanía geográfica e independencia entres sí de tal manera que sus políticas internas y externas son similares, la segunda es la independencia económica y la tercera es la paridad cultural, económica, social, lingüística e histórica. Diversos autores han entendido el modelo de la integración a partir de la unión de las dos o tres características que le otorgan el regionalismo a la formación y mantenimiento de la misma; es así como Biocca identifica que “El concepto de integración se agota para algunos en lo económico, en sentido amplio (productivo-comercial-financiero); en tanto otros autores lo reservan para definir una integración abarcativa (política-económica-social-cultural)²⁹.

Sara Feldstein de Cárdenas identifica la integración, como el proceso convergente, deliberado, fundado en la solidaridad, gradual y progresivo, entre dos o más Estados, sobre un plan de acción común en aspectos económicos, sociales, culturales, políticos.³⁰ Por su parte Ekmekdjian expresa que en un principio la integración , se basó exclusivamente en objetivos económicos, luego se fueron ampliando a otros de diversa naturaleza, por lo que, en la actualidad, la integración no sólo tiene por objeto el área económica sino que también busca la protección de los derechos humanos o derechos personales³¹. Sin embargo, en la realidad practica y por el fenómeno de la globalización se espera que las nuevas uniones no tengan tintes regionalistas sino que se formen meramente por la necesidad de generar relaciones comerciales importantes.

Pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a la Relación Derecho Comunitario y Derecho Interno.

El máximo tribunal Constitucional colombiano en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la normatividad comunitaria que verse sobre materias económicas, fiscales, aduaneras o técnicas no tiene el carácter de bloque de constitucionalidad y por tanto no prima sobre lo estipulado en la Carta Fundamental, mientras que las normas de carácter humanitario tendrán especial tratamiento y adherencia a los preceptos constitucionales.

²⁹ Biocca, Stella Maris: *MERCOSUR Balance y Perspectivas*, Fundación de Cultura Universitaria, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág 171.

³⁰ Feldstein De Cárdenas, Sara Lidia, *El MERCOSUR una mirada al futuro*. Diario Jurídico el Dial – DC850 -2006.

³¹ Ekmekdjian, Miguel Angel, *Hacia la República Latinoamericana*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991.

Así, en sentencia C-231 de 1997³² dijo “*En primer término, es indispensable advertir que en materia de prevalencia de tratados internacionales en el orden interno, el artículo 93 de la Constitución establece la de los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción*”; *sin que sea dable sostener que esa prevalencia tiene el alcance de la supraconstitucionalidad, porque, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, la Constitución es “norma de normas”, y al armonizar ese mandato con lo preceptuado por el artículo 93 superior resulta que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley*”.

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” “su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc.”

Posteriormente en el mismo sentido expresó en Sentencia C-750 de 2008³³ “*Cabe precisar además, que por regla general los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y comercial no constituyen parámetros de constitucionalidad, por cuanto no despliegan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias, toda vez que dicha condición, como se ha explicado, se predica exclusivamente de los convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción*”.

Recientemente en sentencia C- 664 de 2013, la H. Corte Constitucional reitero su criterio y señaló:

“(…) al denominado bloque de constitucionalidad, que según lo ha establecido esta Corporación, incluye normas que sin figurar formalmente en el texto constitucional, son utilizadas como parámetros de control de constitucionalidad al tener jerarquía constitucional por remisión directa de la Constitución (artículo 93). “Ellas son (i) los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, y las del derecho internacional humanitario, bloque de constitucionalidad estricto sensu; y, (ii) aunque no tengan rango constitucional configuran parámetros para examinar la validez constitucional de las normas

³² Corte Constitucional de Colombia. Expediente LAT-903. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D. C., 15 de mayo de 1997.

³³ Corte Constitucional de Colombia. Expediente LAT-311. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C., 24 de julio de 2008.

sujetas a control las leyes estatutarias, las leyes orgánicas y algunos convenios internacionales de derechos humanos, calificados como integrantes del bloque de constitucionalidad lato sensu”.

En efecto, la Corte ha admitido que se incorporen al bloque los Tratados de Derechos Humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario, así como las normas del ius cogens que se constituyen igualmente en parámetro para ejercer el control de constitucionalidad. Lo anterior no obsta para que la Corte determine en cada caso y con total precisión, tengan o no el carácter de normas de ius cogens, la totalidad de disposiciones sobre DIH que son obligatorias para el Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad y que constituyen, en consecuencia, un parámetro necesario de referencia para el juez constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

Así, ha considerado esta Corte, que el bloque de constitucionalidad en sentido estricto incluye, “aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional”³⁴”

De los anteriores pronunciamientos judiciales se concluye que el máximo Tribunal de lo Constitucional, encargado de la guarda y supremacía de la Carta Política, ha sido consistente en señalar que solo las disposiciones de derecho internacional y de derecho comunitario que regulen materias relacionadas con derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad, entendido este como el conjunto de normas que sin estar consagradas en la Constitución Política están situadas jerárquicamente en el mismo lugar y constituyen parámetro de constitucionalidad.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Expediente LAT-395. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D. C., 24 de septiembre de 2013.

Capítulo II.

2. Responsabilidad Patrimonial del Estado

En el presente capítulo se abordará el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, inicialmente se hará un recuento histórico, luego se analizará cómo es conceptualizada a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 y finalmente se verán los elementos de la misma.

Responsabilidad patrimonial del Estado en la historia

Como es ampliamente conocido en el campo jurídico, la responsabilidad extracontractual del Estado ha obedecido a un amplio desarrollo histórico, en el que se han manejado diferentes teorías para lograr imputar al Estado la obligación de responder cuando en virtud de su actuar causa un daño o perjuicio a una persona.

Sin embargo, en un primer momento, se tenía la concepción de que el Estado era completamente irresponsable, es decir, en el hipotético de que con su actuación causara un perjuicio a un particular no se veía compelido a responder por este, toda vez, que se creía que el Estado era soberano y se entendía que esta soberanía se reflejaba en que las actuaciones del Estado eran indiscutibles. Este concepto de soberanía giraba en torno al pensamiento del teórico francés Jean Bodín, que en su obra señaló que *“La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la República (...). La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo (...). es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles (...). Dado que, después de Dios, nada hay mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos, instituidos per Él como sus lugartenientes para mandar a los demás hombres, es preciso prestar atención a su condición para, así, respetar y reverenciar su majestad con la sumisión debida, y pensar y hablar de ellos dignamente, ya que quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra³⁵.”*

³⁵ Bodín, Jean. Los seis libros de la República. Aguilar, 1973.

No obstante lo anterior, esta concepción tuvo algunos matices, así, en esta primera etapa en la que se consideraba al Estado irresponsable si llegaba a ocurrir un hecho que le produjera un daño al particular, se manejaba la teoría de que quien debía responder era el agente que con su actuar lo causara pero nunca el Estado como tal, debido a la soberanía que tenía. No obstante lo anterior, el Estado podía ser considerado responsable en los casos en que expresamente y en virtud de una ley así se dispusiera. Igualmente, en el marco de la distinción entre los actos de gestión y los actos de poder, se preveía la posibilidad de que el Estado respondiera por los daños causados con ocasión de los actos de gestión, ya que, en estos se le asimilaba a un particular.

El profesor Carlos Mario Molina indica que *“en efecto, ni las constituciones federales de mitad del siglo XIX ni la centenaria Constitución centralista de 1886 establecieron una norma de base que sirviera como fundamento general a la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios causados a los particulares. Por el contrario, se conocieron, desde la misma fundación de la República, normas dispersas en los textos constitucionales que obligaban al Estado a indemnizar los perjuicio causados a los particulares en el ejercicio de actividades de guerra o de trabajos públicos, pero era siempre la administración quien decidía sobre su procedencia”*³⁶

Una vez superada esta etapa, se empieza a manejar la tesis de la responsabilidad del Estado que tuvo como fundamento el conocido Fallo Blanco de 1873 del Tribunal de Conflictos Francés, pronunciamiento que reviste especial importancia porque abandona la teoría de los actos de gestión y los de poder así como la responsabilidad del Estado solo cuando así lo consagrara la ley para estipular que el Estado era responsable independientemente de esto.

Sin embargo, el doctrinante Libardo Rodríguez señala que este fallo no representó un cambio significativo en materia de responsabilidad estatal, sino representa un símbolo de nacimiento del derecho administrativo. *“En efecto, en esa decisión no se consagró, como pudiera pensarse, la responsabilidad del Estado como regla general, lo cual si hubiera cambiado radicalmente el criterio anterior de irresponsabilidad. Simplemente se produjo un cambio de mentalidad frente a ese problema: de la mentalidad anterior, según la cual el Estado como tal era irresponsable, salvo en casos legal y expresamente previstos y en sus actuaciones de gestión, caso este último en que no actuaba el Estado como tal sino como particular, se pasó a la idea consistente en que el Estado, aun cuando actuaba*

³⁶ Vidal Perdomo, Jaime, Viviana Díaz Perilla, and Gloria A. Rodríguez, eds. *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Primera ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005. p76.

como tal, es decir, cuando prestaba servicios públicos, que era la nueva noción que caracterizaba su actividad, si era responsable, aunque tampoco de manera general sino en términos restringidos³⁷."

Responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico Colombiano

En el plano nacional se tiene como primer antecedente jurisprudencial del cambio de paradigma de irresponsabilidad hacia la responsabilidad, la sentencia hito del 22 de octubre de 1896³⁸ en la que se consagra por primera vez que el Estado es responsable por los daños causados a las personas, sin embargo, esta responsabilidad se asimilaba a la de los particulares y se fundamentaba en el articulado del Código Civil, sin creerse que debía haber una jurisdicción y un procedimiento especial para conocer de estos temas. Así, en los términos de esta sentencia *"todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes..."*

Como ya se ha señalado, cuando en Colombia se empieza a reconocer la responsabilidad del Estado se hace a través de la jurisdicción civil ordinaria, sin embargo, esta se enfrentó a un problema, la falta de fundamento legal y constitucional para conocer y fallar los casos. Los jueces de la República se inhibían de conocer los casos acerca de responsabilidad del Estado, por lo que la sala de Casación Civil y Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia que tenía competencia residual se veía avocada a asumir el conocimiento de los litigios. Para dar solución a este problema, la Corte recurre a la ley 153 de 1887, que es una ley de principios hermenéuticos que le sirve al operador jurídico para interpretar, en consecuencia el instrumento jurídico utilizado para incorporar el Código Civil a la responsabilidad del Estado fueron los artículos 8º y 48 de esta ley.

En virtud del artículo 48 de la ley 153 de 1887 los jueces se veían compelidos a dar respuesta a los litigios que llegaban a su conocimiento, ya que, allí se señalaba que los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

³⁷ Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo: General y Colombiano. Bogotá, Ed. Temis, 2008.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 22 de octubre de 1896. Magistrado Ponente Carmelo Arango.

La manera en la que la Corte pudo zanjar esta situación fue recurriendo al principio de analogía consagrado en el artículo 8º de esta ley, que consagra que *“Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”*

La aplicación del derecho privado al tema de la responsabilidad del Estado tuvo dos grandes momentos, uno fue el de la responsabilidad indirecta del Estado y el otro fue el de la responsabilidad directa del Estado, aunque se debe aclarar que esto no significa que se hayan aplicado en periodos de tiempo diferentes sino que muchas veces se aplicaron de manera concomitante. La sentencia del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1976 con consejero ponente Jorge Valencia Arango, recoge de manera precisa estas dos concepciones.

Al tratar la responsabilidad indirecta, se señala que *“esta fue la responsabilidad inicial de las personas morales del derecho privado y público, a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas”*. Este tipo de responsabilidad encontraba su fundamento en la obligación que tenía la persona jurídica de elegir y vigilar la actividad de sus agentes, de manera tal que si estos con su actuar causaban un perjuicio este se proyecta sobre la persona jurídica del Estado.

En esta sentencia *“se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a elegir sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurrir en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Y como la doctrina había deducido, para los casos contemplados materialmente en dicho texto, algunas presunciones de culpa de quienes tenían a su cuidado o bajo su autoridad o guarda a las personas a que tales preceptos aluden, fueron igualmente aplicadas dichas presunciones a los entes jurídicos, los cuales podían desvirtuarlas demostrando haber tomado las medidas encaminadas a una acertada escogencia y un esmerado control de sus agentes. Era la responsabilidad por los hechos ajenos, que las citadas disposiciones estatuyen literalmente³⁹”*.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango. Bogotá, 28 de Octubre de 1976.

Como se ha visto, esta responsabilidad se basaba en los conceptos de culpa in eligendo y culpa in vigilando, ya que se tenía la creencia de que el Estado debía elegir de manera cuidadosa a sus agentes y de vigilar las tareas que estos realizaban de forma tal que si fallaban la culpa se extendía a la persona jurídica del Estado. El precitado artículo 2347 del Código Civil señalaba la responsabilidad de toda persona, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

En concordancia el artículo 2349 consagraba que los empleadores responderán del daño causado por sus trabajadores, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores se han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores.

De los artículos anteriores, se colige que el Estado era responsable de los daños que sus agentes produjeran, ya que, se entendía que faltaba a su deber de elección y vigilancia pudiendo únicamente librarse de esa carga al comprobar que efectivamente había elegido con pericia a su agente y que había ejercido el control necesario sobre el actuar de este.

Por otro lado, una parte de la jurisprudencia optó por aplicar la teoría de la responsabilidad directa del Estado, bajo la cual ya no se le aplicaban al Estado los conceptos de culpa in eligendo ni culpa in vigilando, dado que en muchas ocasiones no había la posibilidad de elegir a sus agentes sino que por el contrario estos le eran impuestos. Así las cosas, se pensó que el Estado y sus agentes constituían una única persona, de forma tal que si alguno de sus funcionarios incurrián en culpa personal esta se extendía hasta la persona jurídica del Estado, siendo la culpa del agente la propia culpa del Estado.

Esta teoría se enmarca también en el derecho privado, motivo por el cual su fundamento se encontraba en el articulado del Código Civil, en lo atinente a la responsabilidad por el hecho propio, que en el artículo 2341 establecía que *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”*

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha caracterizado de manera suficiente esta teoría de responsabilidad del Estado, así:

“a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes; propias de la responsabilidad por los hechos 'ajenos' de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales, y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito) hecho de terceros o culpa de la víctima;

d) Responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquélla puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil fundamento general de la responsabilidad extracontractual⁴⁰”.

Sin embargo esta teoría de la responsabilidad directa del Estado sufrió dos variantes; en primer lugar, fue matizada por la tesis organicista que se aplicó tanto a personas jurídicas de derecho público como a personas jurídicas de derecho privado, por otro lado, se aplicó la tesis de la falta o falla del servicio que contrario a la teoría organicista tuvo aplicación única y exclusivamente a las personas jurídicas de derecho público.

La tesis organicista asimila al Estado a un ser vivo que está compuesto por órganos, donde unos cumplen funciones principales y otros cumplen funciones supletivas o de menor magnitud y son órganos auxiliares, aplicando esta metáfora al funcionamiento del Estado se encuentra que este está conformado por unos órganos principales y unos auxiliares (agentes representativos y agentes auxiliares) siendo los órganos principales guardianes de la voluntad general del Estado. La culpa en la que estos incurran se extiende directamente a la entidad

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta (30) de junio de 1962. Magistrado Ponente: Doctor José J. Gómez R.

debido al carácter que tienen, mientras que la culpa de los funcionarios auxiliares no, es decir, cuando se trataba de la culpa de los órganos representativos se aplicaba la teoría de la responsabilidad directa del Estado, pero tratándose de la culpa de los agentes se aplicaba la tesis de la responsabilidad indirecta del Estado.

Posteriormente, se empieza a hablar de la teoría de la falla o falta del servicio, en la que se reemplaza la culpa personal del funcionario por la de la administración, se supera completamente la noción de que el Estado incurre en culpa al faltar a su deber de elección y vigilancia (culpa in eligendo y culpa in vigilancia) para admitir que se presume la culpa del Estado al faltar a su deber primario de prestar de manera adecuada y suficiente los servicios a la comunidad. Si la actuación es derivada del comportamiento de un agente con ocasión o en ejercicio de sus funciones, se entiende que responden de manera solidaria el agente y el Estado.

En la prenotada sentencia, se hace referencia a *“la aparición de la tesis de las fallas del servicio, como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. O en otras palabras, la culpa del derecho común, localizada en un agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la administración.*

Se avanzó más, en consecuencia, en este último terreno, porque el factor culpa se afectó en su especificidad y sujeto; lo primero, porque no fue exclusivamente el hecho singular y determinado, causante de un daño, sino también la falla general de organización o funcionamiento de un servicio público; lo segundo, porque el sujeto no fue ya un hombre concreto, sino el Estado, en razón del deber primario que explica su existencia de suministrar adecuadamente los servicios públicos al grupo humano que gobierna y representa. El objeto, la extensión y variedad de los servicios públicos, en el límite que lo exijan las necesidades del pueblo, fueron bastantes a medir y precisar la responsabilidad del Estado, por las irregularidades de que pudiesen adolecer esos mismos servicios”.

Tratándose de la tesis de la falla en el servicio se deben reconocer algunos aspectos interesantes, tales como que en caso en que el perjuicio producido a la persona por el funcionario ocurriera fuera de sus labores, no se extenderá la responsabilidad al Estado, sino que el funcionario debe responder de manera

personal. Por otro lado, aunque se trataba de una teoría de aplicación exclusiva para las personas jurídicas de derecho público el fundamento normativo para darle aplicación se encontraba en el artículo 2341 del Código Civil, que como ya se mencionó, hace referencia a la responsabilidad por el hecho propio.

Posteriormente, a través del decreto 528 de 1964 se le otorga a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer los casos de presunta responsabilidad del Estado. Así el artículo 20 señala que *“La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, sin excepción de los casos contemplados en los numerales 2o y 3o del artículo 73 de la Ley 167 de 1941”*. En concordancia con lo anterior se encuentra el artículo 30 del mismo decreto que al definir la competencias y funciones de la jurisdicción administrativa consagra que *“La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman conoce:*

1o. En única instancia:

(...)

b. De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos. (...)”

En el mismo sentido con el pasar del tiempo ha habido un avance tanto jurisprudencial como doctrinal que ha influido en la aplicación de unos casos especiales de responsabilidad administrativa, en la que no se requiere que medie culpa sino que se trata de casos de responsabilidad objetiva. Entre estos se encuentran el daño especial, el riesgo excepcional, la ocupación por trabajos públicos y la responsabilidad por el acto administrativo.

El Consejo de Estado al referirse al daño especial lo ha señalado como *“una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas⁴¹”*. Al tratar el riesgo excepcional dijo que

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912).

“en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política...En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero⁴²”.

Se debe resaltar que aunque hoy en día parece existir un criterio unificado en la jurisprudencia acerca de las diferencias entre el daño especial y el riesgo excepcional, esto no siempre fue así y la misma jurisprudencia lo ha reconocido en pronunciamientos tan conocidos como el de 23 de octubre de 2003⁴³, en el que el Consejero Ramiro Saavedra Becerra señaló que esta confusión pudo deberse a que ambos regímenes se fundamentan en el principio de igualdad de todas las personas ante las cargas públicas y en que se trata de daños causados por el Estado en ejercicio de actividades legítimas, sin embargo, la jurisprudencia e inclusive la doctrina, incurrieron en esta imprecisión debido a que no tomaron en cuenta si la actividad causante del daño era riesgosa o no.

Ahora bien, en lo referente al mecanismo procesal o la vía para ejercer la acción debe hacerse mención en primer lugar a que el 18 de enero de 2011 el Congreso Nacional de la República de Colombia expidió la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, normatividad que derogó expresamente⁴⁴ el Decreto 01 de 1984.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil uno (2001). Radicación número: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C. Veintitrés (23) de octubre de dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00580-01(14211).

⁴⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011. Artículo 309. Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984, el Decreto 2304 de 1989, los artículos 30 a 63 y 164 de la Ley 446 de 1998, la Ley 809 de 2003, la Ley 954 de 2005, la Ley 1107 de 2006, el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, el artículo 90 de la Ley 962 de 2005, y los artículos 57 a 72 del Capítulo V, 102 a 112 del Capítulo VIII y 114 de la Ley 1395 de 2010. Derógase también el inciso 5o del

El nuevo código entró a regir a partir del 2 de julio de 2012, por lo que la vía procesal adecuada para ejercer la acción contenciosa administrativa sería la del artículo 140, es decir, el medio de control de reparación directa.

Responsabilidad patrimonial del Estado a la luz de la Constitución política de 1991

El Estado colombiano se fundamenta en dos máximas “El principio, de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado.” (Sentencia C-832/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.) Entendiéndose como el deber que tienen las autoridades de ejecutar sus actuaciones dentro del marco legal y además responder patrimonialmente a los particulares por los daños antijurídicos que les generen en relación con las actividades estatales.

En la constitución de 1991 se expone el referente normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 90 “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitución política de Colombia, 1991, art 90). Identificando tres presupuestos fácticos:

- un daño antijurídico o lesión
- una acción u omisión imputable al Estado
- la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión de la autoridad pública

Con el precepto constitucional se cambia de la noción de falla en el servicio a la noción de daño antijurídico; es así como en el examen de responsabilidad patrimonial del Estado ya no se califica la conducta del ente Estatal sino el daño que se causó, decidiendo si este es justificado o no; para definir si el particular tenía la obligación de soportarlo y precisar si hay lugar a la reparación; el Consejo de Estado ha expresado "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo"; "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de

artículo 35 de la Ley 640 del 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, en la siguiente frase: “cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción”

responsabilidad subjetiva y objetiva" (Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993), que fueron citados anteriormente.

Así, conforme con las previsiones doctrinarias y jurisprudenciales para que se configure la responsabilidad patrimonial del estado deben coexistir tres elementos, a saber, el daño antijurídico, la actuación de la administración, bien se positiva – acción- o negativa –omisión- y finalmente el nexo de causalidad entre uno y otro.

Capítulo III.

3. Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano frente a las normativas de la Comunidad andina de Naciones (CAN)

En el presente capítulo, se abordará la creación y organización de la Comunidad Andina de Naciones, posteriormente, se analizará la producción normativa de la comunidad y la fuerza vinculante de la norma andina en el derecho interno, así como su incorporación a través de los órganos judiciales nacionales. Lo anterior, con el fin de constatar o refutar la hipótesis de trabajo, esto es si el Estado debe o no responder patrimonialmente por los daños causados a los particulares al desconocer la normatividad supranacional comunitaria andina.

Comunidad Andina de Naciones (CAN)

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo el derecho comunitario surge del deseo y la necesidad de los países de integrarse con el fin de alcanzar objetivos comunes en pro del desarrollo de la región. En el plano latinoamericano el antecedente integracional se remonta a los años siguientes a la independencia, momento en el cual los nacientes Estados tuvieron incipientes intentos de integración, sin embargo, la expresión concreta de este fenómeno solo se dio hasta 1966, cuando los presidentes de Colombia, Chile y Venezuela y los delegatarios de Ecuador y Perú, conformaron una comisión mixta y suscribieron la Declaración de Bogotá, en el marco del tratado de Montevideo, cuya finalidad principal fue impulsar la integración y aunar esfuerzos para lograr el desarrollo económico y social de los países miembros.

El 26 de mayo de 1969, la Comisión Mixta suscribió el denominado Acuerdo de Integración Subregional, que a través de la Decisión 001 del 25 de noviembre de 1969 fue designado Tratado de Cartagena, el cual fue suscrito por Colombia, Chile, Perú, Bolivia y Ecuador y entró en vigencia el 16 de octubre del mismo año. En Colombia el Acuerdo de Cartagena fue aprobado e incorporado a la legislación nacional a través de la Ley 8ª de 14 de abril de 1973.

Si bien, la conformación e integración de la Comunidad Andina de Naciones no ha sido pacífica, en la actualidad se encuentra conformada por Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia, como países miembros. Mediante Decisión 613 del 7 de julio de 2005, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores resolvió tener como asociados a los países integrantes del Mercosur (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay) y a Chile se le otorgó la calidad de miembro asociado a través de la Decisión 645 del 20 de septiembre de 2006.

En el Acuerdo de Cartagena se fijaron como objetivos *“promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, (...) propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros”*.⁴⁵

Los anteriores objetivos se trazaron con la finalidad de obtener un aumento constante en la calidad de vida de los habitantes de la comunidad y disminuir las diferencias existentes entre los países miembros. Así, la Comunidad Andina de Naciones es una comunidad de países que se unieron voluntariamente para *“alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana”*.⁴⁶

El Tratado originario de creación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), ha sido modificado a través de los Protocolos de Quito, Trujillo, Cochabamba y Sucre. Así, el Protocolo de Quito suscrito el 12 de mayo de 1987, aprobado en Colombia mediante la Ley 60 de 30 de diciembre de 1987, el cual entró en vigencia el 25 de mayo de 1988 introdujo cambios entre los que destacan la modificación de los órganos del Acuerdo designando a la Comisión como el órgano máximo del Acuerdo, la sujeción a las normas de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena para la solución de controversias suscitadas en virtud de la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino y la incorporación un capítulo sobre Cooperación Económica y Social.

⁴⁵ Acuerdo de Cartagena. Artículo 1º.

⁴⁶ <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>

De otra parte, el 10 de marzo de 1996 se suscribió el Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino -Acuerdo De Cartagena - Protocolo de Trujillo-Perú, el cual entró en vigencia el 2 de junio de 1997 y fue aprobado en Colombia a través de la Ley 323 del 10 de octubre de 1996, revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-231 de 15 de mayo de 1997. A través de este instrumento se incorporaron reformas estructurales y se modificó la denominación a Comunidad Andina. Este Protocolo modificador puede considerarse como el más importante, toda vez que efectuó una reestructuración orgánica al establecer el Sistema Andino de Integración –SAI-, integrado por órganos e instituciones cuya finalidad primordial es lograr una coordinación efectiva entre ellas, para ahondar la integración subregional andina y *“promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración”*⁴⁷.

El 28 de mayo de 1996 se firmó el Protocolo modificador de Cochabamba, aprobado en Colombia a través de la Ley 457 del 4 de agosto de 1998 revisada por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad No. 227 de 14 de abril de 1999. Este instrumento jurídico entró en vigencia el 25 de agosto de 1999, y designó al órgano jurisdiccional como Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ampliándole el marco de las competencias.

Finalmente, el 25 de junio de 1997 se suscribió el Protocolo modificador de Sucre, aprobado a través de la Ley 458 del 4 de agosto de 1998, y revisado en sentencia C- 154 de 10 de marzo de 1999, por medio del cual se incorporó al Acuerdo de Cartagena el capítulo relativo a los miembros asociados y la reglamentación para ostentar tal condición.

Sistema Andino de Integración (SAI)

Como se señaló en precedencia, a través del Protocolo Modificador de Trujillo se estableció el Sistema Andino de Integración –SAI-, que puede definirse como la forma en la cual se encuentran organizados los diferentes órganos e instituciones que hacen parte de la Comunidad Andina de Naciones para que funcionen en forma sincronizada y armónica de igual manera que lo hace un Estado. El SAI se encuentra constituido por los siguientes órganos: el Consejo Presidencial Andino,

⁴⁷ Acuerdo de Cartagena. Artículo 7º.

el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General, el Tribunal Andino de Justicia y el Parlamento Andino, en los cuales los tres primeros son organizaciones intergubernamentales mientras que los dos restantes son organizaciones comunitarias propiamente dichas.

Asimismo, dentro de las instituciones del Sistema Andino de Integración están las Instancias Consultivas de la Sociedad Civil (Consejo Consultivo de Autoridades Municipales, Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, Consejo Consultivo Laboral Andino y Consejo Consultivo Empresarial Andino), la Universidad Andina Simón Bolívar, la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas. Y adicionalmente comprende a los convenios sociales Hipólito Unanue en materia de Salud, Andrés Bello en educación y Simón Rodríguez en asuntos laborales.

Consejo Presidencial Andino

Fue creado el 23 de mayo de 1990, durante la tercera reunión de presidentes andinos celebrada en Perú y posteriormente, mediante el Protocolo modificador de Trujillo se estableció como órgano de la Comunidad Andina de Naciones. El Consejo Presidencial Andino es el máximo órgano de la Comunidad Andina de Naciones, se encuentra integrado por los presidentes de los Estados miembro (Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú) y es el encargado de guiar y definir la política de integración.

La presidencia del órgano es ejercida de forma sucesiva en orden alfabético por cada uno de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, por periodos de un año. Sesiona de forma ordinaria una vez al año, preferiblemente en el país que ejerce la presidencia, y cada vez que lo considere conveniente de manera extraordinaria, en el lugar que previamente se acuerde. A las reuniones del Consejo Presidencial Andino, podrán asistir en condición de observadores los miembros de la Comisión, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y los representantes de los órganos e instituciones del Sistema.

El Consejo Presidencial Andino se pronuncia por medio de directrices, que de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Acuerdo de Cartagena, “*son instrumentadas por los órganos e instituciones del Sistema que éste determine, conforme a las competencias y mecanismos establecidos en sus respectivos Tratados o Instrumentos Constitutivos*”. Las Directrices expedidas por el Consejo Presidencial Andino son incorporadas por la Comisión al sistema jurídico de la Comunidad Andina y deben ser ejecutadas por los Órganos e Instituciones del Sistema Andino de Integración.

El artículo 12 del Tratado de constitución de la Comunidad Andina, Acuerdo de Cartagena, define las competencias del Consejo Presidencial Andino, entre las cuales destacan la de señalar la política de integración subregional andina; la coordinación entre las instituciones y los órganos del SAI, la evaluación de los resultados del proceso de la integración subregional andina y analizar todas las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso de la integración subregional andina y su proyección externa.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

Fue constituido el 12 de noviembre de 1979 y establecido como órgano de la SAI a través del Protocolo modificador de Trujillo. Según lo dispuesto en el artículo 1º del Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, adoptado mediante Decisión 407 del 25 de junio de 1997, “*es el órgano de dirección política, 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*”.

Está conformado por cada uno de los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones y sesionará de manera ordinaria dos veces al año, en el Estado que funge como presidente del mismo, conforme con lo establecido en el artículo 18 del Acuerdo de Cartagena. Asimismo, puede reunirse de forma extraordinaria las veces que considere pertinentes, a solicitud de cualquiera de los integrantes de la comunidad en el lugar que anticipadamente se defina. Una vez al año debe realizar reuniones ampliadas, en las cuales se contará con la participación de los representantes titulares de la Comisión, con el objetivo de discutir asuntos relativos al Acuerdo de Cartagena de interés de los dos órganos.

La presidencia del Consejo Andino de Ministros radica en cabeza del Ministro de Relaciones Exteriores del Estado que tiene a su cargo la dirección del Consejo Presidencial Andino, por un periodo de un año. Dentro de sus funciones se encuentra como principal la formulación de la política exterior de los países integrantes de la comunidad en los asuntos de interés subregional. Igualmente, en el artículo 16 del Acuerdo de Cartagena se establecen como funciones del Consejo de Ministros organizar la acción externa de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; aprobar el reglamento de la Secretaría a petición de la Comisión, dar cumplimiento a las Directrices que le expide el Consejo Presidencial Andino y suscribir convenios y acuerdos con países externos a la comunidad o con cuerpos internacionales sobre asuntos de política exterior y de cooperación, entre otras.

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por expresa disposición del artículo 17 del Acuerdo de Cartagena, se pronunciará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. Ahora bien, las decisiones que emita este órgano harán parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, toda vez que constituyen normas jurídicas que se rigen por lo prescrito en el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, mientras que las declaraciones son manifestaciones de voluntad de carácter no vinculante⁴⁸.

La Comisión de la Comunidad Andina

Fue creada el 26 de mayo de 1969, es uno de los órganos originarios de la Comunidad Andina de Naciones. Conforme a lo establecido en el artículo 1º de su reglamento expedido el 12 de agosto de 1999 *“es uno de los órganos decisorios de la Comunidad Andina, encargado de formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional en materia de comercio e inversiones y de adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena”*.

La Comisión de la Comunidad Andina de Naciones se encuentra conformada por un representante plenipotenciario designado por el gobierno de cada Estado miembro y cada país deberá acreditar un representante titular y uno suplente. La Comisión estará presidida por el representante del Estado que desempeñe la presidencia del Consejo Presidencial Andino, y ejercerá el cargo por periodo de un año.

⁴⁸ Decisión 407, Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Artículo 12.

La Comisión se reunirá de forma ordinaria tres veces al año y extraordinariamente las veces que sea convocada por su presidente a petición de la Secretaría General o de cualquiera de los países miembro. Asimismo, puede sesionar de manera ampliada con el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores o con Ministros de sectores. Para que pueda sesionar se requiere la presencia de la mayoría absoluta de los estados parte, cuya asistencia será obligatoria, pues la ausencia es considerada abstención. La Comisión se manifiesta por medio de Decisiones, que son de carácter vinculante y que deberán adoptarse por la mayoría absoluta de sus miembros, salvo contadas excepciones.

La función principal de la Comisión es la de elaborar, cumplir y calificar las políticas de integración andina en asuntos de inversiones y comercio; y cuando a ello hubiere lugar en coadyuvancia con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. De igual forma, es el órgano encargado de la adopción de todas las medidas tendientes a la realización de los objetivos del Tratado de creación de la Comunidad Andina de Naciones y de velar por el cumplimiento de las Directrices que emita el Consejo Presidencial Andino y de las obligaciones emanadas del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Montevideo. Adicionalmente, le corresponde establecer la contribución de cada Estado miembro y aprobar el presupuesto anual del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Secretaría General, así como evaluar la ejecución presupuestal de estos órganos.

Secretaría General

La Secretaría General es propiamente una organización comunitaria, creada a partir de la suscripción del Protocolo Modificador de Trujillo el 10 de marzo de 1996, pero inicia sus actividades el 1º de agosto de 1997. Conforme a la definición del Acuerdo de Cartagena y de su Reglamento, la Secretaría General es el órgano ejecutivo y técnico, dirige y regulariza el proceso de integración, actuando siempre en función de los intereses de la subregión. En los términos del artículo 1º de su Reglamento, *“la Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad 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. (...)”*.

La dirección de este órgano reside en el Secretario General, que es elegido de forma consensuada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

en sesión ampliada, para periodos de cinco años, con posibilidad de reelección por una sola vez. La diferencia de este órgano en relación con los anteriormente referenciados es que funciona de manera permanente siendo su sede la ciudad de Lima en Perú.

A la Secretaría General le corresponde custodiar la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, efectuar los estudios técnicos que le encarguen los otros órganos del Sistema Andino de Integración y los que considere necesarios. Asimismo, debe mantener vínculos de trabajo con los Estados parte y con los órganos ejecutivos de instituciones regionales de integración y cooperación con el objetivo de ahondar sus relaciones. Aunado a lo anterior, el Protocolo modificador de Cochabamba, confirió a la Secretaría General la competencia para asumir el conocimiento de procesos arbitrales en contratos de índole privado cuando estén regidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Los laudos que emita la Secretaría General son de carácter obligatorio y no son objeto de recursos, salvo que las partes expresamente lo autoricen.

Finalmente, la Secretaría General se pronuncia mediante Resoluciones que tienen carácter vinculante y dictámenes.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Este órgano nació a la vida jurídica con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena el 28 de mayo de 1979, sin embargo, solo hasta el 2 de enero de 1984 inició funciones. El 25 de agosto de 1999, con la entrada en vigencia del Protocolo modificador de Cochabamba cambió su nombre a Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

De acuerdo con la definición contenida en el artículo 4º de la Decisión 500 del 22 de junio de 2001, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina *“es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros”*. En otros términos, este órgano es el encargado de verificar la legalidad de los actos expedidos por todos los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración y resolver los pleitos

que se susciten entre los ciudadanos, los países miembro, y entre unos y otros, cuando se incumplen los acuerdos adoptados por la Comunidad.

El Tribunal funciona de forma permanente en su sede en Quito y ejerce su jurisdicción sobre la Comunidad dentro de las competencias fijadas por el ordenamiento comunitario andino, protegiendo los intereses de la comunidad y los derechos que el ordenamiento jurídico confiere a los países miembro.

Este órgano está integrado por un Magistrado de cada país miembro y estará presidido por el Magistrado que la Corporación elija para un periodo de un año. De conformidad con lo establecido en el Protocolo modificador de Cochabamba, *“los magistrados serán designados por un periodo de seis años, se renovarán parcialmente cada tres años y podrán ser reelegidos por una sola vez”*.⁴⁹ La presidencia del Tribunal será ejercida de forma consecutiva por cada uno de los Magistrados que lo integran según el orden que convengan o por sorteo. El periodo de los Magistrados es fijo y se contabilizará a partir del quince de enero del año en que finalice el período de sus antecesores.

De conformidad con las competencias establecidas en el Protocolo Modificador de Cochabamba, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conoce de la acción de nulidad, de la acción de incumplimiento, de la interpretación prejudicial, del recurso por omisión o inactividad, de la función arbitral y de la jurisdicción laboral, como se pasa a ver.

La Acción de Nulidad

Procede contra las Decisiones adoptadas por la Comisión de la Comunidad Andina y por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, contra las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios de Complementación Industrial, cuando estos sean expedidos con desviación de poder o por violación a las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino. La legitimación en la causa para interponer la acción recae en los Estados parte, en aquellos casos en que los actos no hayan sido aprobados con su voto afirmativo, en la Secretaría General, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, o las personas naturales y jurídicas cuando las Decisiones

⁴⁹ Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino -Acuerdo de Cartagena - Protocolo de Cochabamba. Artículo 8º.

o Resoluciones atacadas afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

La oportunidad para interponer la acción de nulidad es de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigor de la Decisión adoptada por la Comisión de la Comunidad Andina o por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, o de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio de Complementación Industrial. Aun vencido el plazo para promover la acción de nulidad los extremos procesales de una controversia, podrán solicitar a la autoridad judicial nacional la inaplicabilidad de la Resolución o de la Decisión al caso concreto en aquellos eventos en los que se discuta la validez de la norma. Radicada la petición, la autoridad judicial nacional consultará al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la legalidad del acto cuya inaplicabilidad se pretende, suspendiéndose los términos hasta recibir el concepto del órgano comunitario, el cual es de aplicación obligatoria en la sentencia.

La radicación de la acción de nulidad no afecta la validez del acto acusado, sin embargo, el Tribunal a petición de parte, previo pago de caución, podrá suspender provisionalmente la ejecución de la norma o disponer otras medidas cautelares con el fin de asegurar el objeto del litigio cuando se evidencie que la Decisión o la Resolución impugnada puede causar al demandante un perjuicio irremediable. Finalmente, de declararse la nulidad de la disposición acusada el Tribunal de Justicia señalará los efectos temporales de la sentencia.

La Acción de Incumplimiento

De acuerdo con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 500 de 2001, el objeto de la acción de incumplimiento es el *“País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.*

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de

cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación”.

La acción de incumplimiento tiene una fase administrativa previa a la judicial propiamente dicha, que es la de conocimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Así, la Secretaría General de oficio o a petición de un Estado miembro o de una persona natural o jurídica, le formulará por escrito sus observaciones al país presuntamente infractor de las normas o convenios que integran el ordenamiento jurídico andino. El Estado Requerido deberá contestar dentro del plazo señalado, que en todo caso no excederá de 60 días. Vencido el plazo o recibida la respuesta al requerimiento, la Secretaría General dentro de los 15 días siguientes, deberá proferir dictamen de cumplimiento o de incumplimiento, de emitirse dictamen de incumplimiento la Secretaría solicitará pronunciamiento al Tribunal de Justicia.

En los casos en que el requerimiento al país infractor se haga a petición de otro Estado o de una persona natural o jurídica, si la Secretaría General no emite concepto dentro del plazo antes referenciado o si profiere dictamen de cumplimiento el titular de la acción podrá acudir directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Sometido el asunto al conocimiento del Tribunal, y emitida sentencia de incumplimiento el Estado parte estará obligado a adoptar las medidas necesarias para obtener el cumplimiento en un lapso máximo de 90 días. Si el país no cumple dentro del plazo establecido, el Tribunal previo concepto de la Secretaría General establecerá los límites en los que el país reclamante o cualquier otro restrinjan o suspendan los beneficios del Acuerdo de Cartagena.

La decisión de incumplimiento podrá ser revisada por el propio Tribunal de Justicia, a petición de parte, siempre que se fundamente en un hecho que haya incidido en el resultado de la sentencia y que este haya sido desconocido por la parte que solicita la revisión. La demanda de revisión deberá interponerse dentro de los 90 días siguientes al conocimiento del hecho, dentro del año siguiente a la expedición de la sentencia.

Para el desarrollo de la hipótesis del presente trabajo, resulta de especial importancia el contenido normativo del artículo 30 del Protocolo modificadorio de Cochabamba y del artículo 100 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, que en igual sentido disponen que la sentencia de incumplimiento constituye título legal y suficiente para que el particular solicite a la autoridad judicial nacional la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes, pues este es el fundamento normativo que permite invocar en el plano nacional, la acción de reparación directa por infracciones al derecho comunitario andino.

De igual forma, el artículo 31 del Protocolo modificadorio de Cochabamba consagra que tanto las personas naturales o jurídicas podrán acudir a las instancias judiciales nacionales competentes, de acuerdo al derecho interno, cuando los Estados miembros quebranten su obligación de adoptar las medidas necesarias para obtener el cumplimiento de la normatividad del ordenamiento jurídico comunitario andino, así como el deber de no adoptar medidas contrarias a dicho ordenamiento jurídico o que de algún modo obstaculice su aplicación.

La Interpretación Prejudicial

El objeto y finalidad de este instrumento jurídico es que el Tribunal Andino de Justicia interprete las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario andino, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de la subregión. Esta interpretación se hace por vía prejudicial y la consulta que se haga puede ser facultativa u obligatoria. Es facultativa en aquellos casos en los que las autoridades judiciales nacionales deban decidir asuntos en los que se discuta alguna norma que conforma el ordenamiento jurídico comunitario, siempre que la sentencia que deba dictar la instancia nacional sea susceptible de recursos en el derecho interno, mientras que es obligatoria en los eventos en los cuales la sentencia que se deba proferir sea de única o de última instancia. La interpretación que haga el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será de aplicación obligatoria por el juez que deba dictar la sentencia.

Recurso por Omisión o Inactividad

A través de este recurso se busca compeler al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad a ejecutar una actividad a la que estén obligados por el ordenamiento jurídico andino, siempre que permanezcan en estado de incumplimiento. La acción puede ser interpuesta por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, siempre que acrediten que el incumplimiento afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Previamente a la interposición de la demanda se debe requerir el cumplimiento por escrito al órgano correspondiente, si dentro de los 30 días siguientes persiste en el incumplimiento los titulares de la acción quedan facultados para acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie al respecto. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, el Tribunal proferirá la decisión de mérito del proceso, la cual señalará las circunstancias de modo, tiempo y forma en que el órgano deberá cumplir su obligación.

De la función arbitral

Con la suscripción del Protocolo de Cochabamba se confirió al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la competencia para dirimir, a través de arbitramento, los pleitos que se ocasionen por la interpretación, o aplicación de acuerdos, convenios o contratos signados entre las instituciones y órganos del Sistema Andino de Integración y entre estos y terceros, cuando así lo hayan convenido. Igualmente, el Tribunal podrá dirimir las controversias que se susciten entre particulares en contratos de carácter privado regidos por el ordenamiento jurídico comunitario andino, siempre que las partes así lo hayan pactado.

El laudo arbitral se proferirá en derecho o en equidad, según acuerden las partes, y este será irrecurrible, obligatorio y constituirá título legal suficiente para exigir su ejecución según la normatividad de cada Estado parte.

Las acciones laborales

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está facultado para conocer los conflictos laborales que se susciten en las instituciones y los órganos del Sistema Andino de Integración, dando aplicación a los principios del derecho laboral reconocidos por la OIT y los comunes a los países miembros, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable. La titularidad de la acción laboral recae en los funcionarios o empleados de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración para reclamar sus derechos laborales, siendo condición sine qua non para la procedencia de la demanda que el accionante acredite haber formulado petición directa a su empleador respecto de los mismos derechos laborales que persigue por vía judicial y que pasados 30 días no obtuvo repuesta, o que la obtenida fue incompleta, parcial o totalmente desfavorable.

Una vez contestada la demanda, el Tribunal de Justicia citará a las partes a audiencia de conciliación, en la cual propondrá fórmulas de acuerdo, sin que esto implique prejuzgamiento. Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier estado del proceso, las partes de común acuerdo podrán solicitar al Tribunal la realización de audiencia de conciliación, de llegar a acuerdo se suscribirá el acta correspondiente que hace tránsito a cosa juzgada y termina el proceso. La acción laboral prescribe transcurridos 3 años contabilizados a partir de la actuación que origina la reclamación.

Parlamento Andino

Este es el órgano deliberante y de control del Sistema Andino de Integración –SAI, creado el 25 de octubre de 1979, de naturaleza comunitaria encargado de representar a los países integrantes de la Comunidad Andina, a través de representantes elegidos de manera democrática por sufragio universal, dotado de personalidad jurídica internacional, con sede permanente en la ciudad de Bogotá.

El Parlamento Andino está integrado por 20 Parlamentarios, 5 por cada país miembro, compuesto por la Plenaria, la Mesa Directiva y las comisiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta. La comisión primera conoce de asuntos relacionados con política exterior y relaciones para la integración; la segunda de temas referentes a cultura, ciencia, educación y tecnologías de la información y la comunicación; la comisión tercera asume aquellas cuestiones relacionadas con la

seguridad de la subregión, la seguridad alimentaria y el desarrollo sostenible; la cuarta los asuntos de competitividad, producción, integración económica, energía e infraestructura; finalmente la comisión quinta conoce todo lo relativo a participación ciudadana, desarrollo social y derechos humanos.

De acuerdo a las competencias establecidas en el artículo 43 del Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Andino cumple función legislativa, constituyente, fiscalizadora, electoral, administrativa, de protocolo, de control político y público. La Plenaria de este órgano se pronuncia a través de Decisiones, Recomendaciones, Declaraciones y Resoluciones que deben ser aprobados por la mayoría simple de la Corporación, por su parte la Mesa Directiva se expresa mediante Resoluciones.

Las Recomendaciones

Instrumentos jurídicos mediante los cuales el Parlamento Andino se pronuncia respecto de las atribuciones y funciones a él conferidas en el Acuerdo de Cartagena y su reglamento de constitución. Estos instrumentos jurídicos están dirigidos a las instituciones y órganos que conforman el Sistema Andino de Integración, a los gobiernos y poderes legislativos de los países miembros, a bloques subregionales y a organismos e instituciones de terceros países.

A través de las recomendaciones se busca fomentar políticas, proyectos y normas en favor del fortalecimiento de la comunidad y su proceso de integración, y propuestas de armonización legislativa en aras del desarrollo de los países integrantes de la subregión. Para que las recomendaciones nazcan a la vida jurídica se requiere su aprobación por parte de la Plenaria de la Corporación.

Las Decisiones

Estos pronunciamientos son de carácter administrativo y funcional para el correcto funcionamiento interno del Parlamento Andino. Se adoptan por mayoría simple de la Plenaria.

Las Declaraciones

Estas disposiciones refieren a asuntos de urgencia manifiesta o coyuntura democrática, política, social y humanitaria. Debido a su naturaleza pueden ser aprobadas sin necesidad de ser publicadas en la Gaceta Oficial del Parlamento Andino.

Las Resoluciones.

Son instrumentos de carácter resolutivo para el adecuado funcionamiento tanto de la Plenaria como de la Mesa Directiva del Parlamento Andino.

Instancias Consultivas de la Sociedad Civil

En las instancias consultivas de la sociedad civil se encuentran el Consejo Consultivo de Autoridades Municipales, de los Pueblos indígenas, el Consejo Consultivo Laboral y el Consejo Consultivo Empresarial. Su función es asesorar a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, a solicitud de estos o por decisión propia, en temas relacionados con los programas y proyectos del proceso de integración subregional andina en las áreas de interés para sus respectivos sectores.

Están conformados por representantes de las más altas dignidades, elegidos de forma directa por las organizaciones distintivas del sector de cada uno de los Estados miembros. Los órganos consultivos podrán participar en las sesiones de la Comisión con derecho de voz pero sin voto.

Corporación Andina de Fomento –CAF-

Es una persona jurídica de derecho internacional público de carácter financiero, creada el 7 de febrero de 1968, cuyo funcionamiento se dio a partir del mes de junio de 1970.

Esta institución financiera se encuentra constituida por una asamblea de accionistas que funciona como órgano supremo de la entidad, su finalidad principal es fomentar la integración y el desarrollo sostenible de la sub región, a través de operaciones de crédito y financiamiento de proyectos tanto en el sector público como en el privado.

Fondo Latinoamericano de Reservas

El Fondo Latinoamericano de Reservas, es una institución financiera del Sistema Andino de Integración que tiene como objetivo fomentar el proceso de integración de la sub región andina, mejorando la inversión a través de créditos o préstamos de terceros y armonizando la política financiera, cambiaria y monetaria entre los países que lo integran. Así, los países miembro hacen aportes de capital a esta institución para apoyarse en momentos de crisis de balanzas de pagos.

Fue fundado en el mes de junio de 1978 bajo la denominación de Fondo Andino de Reservas, posteriormente, el 12 de marzo de 1991 fue transformado y recibió la designación de Fondo Latinoamericano de Reservas. En la actualidad está conformado por los países de la comunidad andina y por Costa Rica, Uruguay, Paraguay y Venezuela.

La estructura orgánica de esta institución está constituida por el Directorio que es el órgano decisorio y está conformado por los Gobernadores de los Bancos Centrales los cuales se reúnen cuatro veces al año; la Asamblea de Representantes, integrada por los Ministros de Hacienda de los países que conforman el fondo, los cuales se encuentran una vez al año; la Secretaria General y cinco direcciones, a saber: financiera, de riesgos, administrativa, de estudios económicos y de investigación y desarrollo. Y finalmente, la Presidencia Ejecutiva, que es el órgano técnico cuya dirección está a cargo del Presidente Ejecutivo, elegido por periodos de 3 años, encargado de ejercer la representación legal y la administración del fondo.

Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino

Como se señaló en acápites anteriores, el derecho comunitario supone un ordenamiento jurídico distinto al interno y al internacional, con fuentes jurídicas propias, esto es, establecido a través de un tratado de integración, con organismos de creación normativa autónomos y órganos judiciales de garantía de aplicación uniforme en el territorio de la subregión; por medio del cual se reglamentan las relaciones que se suscitan entre los estados de la comunidad y otros sujetos de derecho que están involucrados en su funcionamiento, entre ellos los particulares.

Así, al ser un ordenamiento jurídico autónomo, propio, completo, y dinámico, que si bien se interrelaciona con el derecho interno de cada uno de los países integrantes de la comunidad, tiene su propia jerarquía normativa y unas fuentes jurídicas propias, como se pasa a explicar.

Fuentes del Derecho Comunitario Andino

El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el artículo 1º, establece que el ordenamiento jurídico comunitario andino, abarca:

“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”.

La decisión No. 500 de 22 de junio de 2001, por medio de la cual se adopta el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, en el artículo 2 consagra la composición del ordenamiento jurídico comunitario andino, así refiere que está integrado por normas de derecho primario o fundamentales y por normas de derecho secundario o derivado.

No obstante lo anterior, algunos tratadistas consideran que adicionalmente a las fuentes de derecho primario y a las de derecho secundario o derivado, el ordenamiento jurídico comunitario andino está conformado además por fuentes complementarias y fuentes auxiliares.

Fuentes de derecho primario andino

El derecho originario o primario, es de carácter convencional y se caracteriza por tener preponderancia jerárquica sobre las demás fuentes del derecho, es decir, hace referencia a las fuentes de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico comunitario, pues de estas derivan las demás normas del sistema jurídico subregional. El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, decisión No. 500 de 22 de junio de 2001, en el artículo 2, contempla dentro de las normas de derecho primario, los tratados firmados y ratificados por los países parte de la subregión, relativos a asuntos de integración de la comunidad andina, así como por los protocolos que los modifican y adicionan.

Bajo este entendimiento, la doctrina ha sido pacífica en considerar que el derecho originario de la comunidad andina de naciones está conformado por el Acuerdo de integración subregional andino o Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos modificatorios, a saber, Protocolo de Lima suscrito el 30 de octubre de 1976, Protocolo de Arequipa del 21 de abril de 1978, Protocolo de Quito de 1987, Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996 y el Protocolo de Cochabamba de 28 de mayo de 1996; el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y sus tratados modificatorios. Asimismo, integran este grupo los instrumentos por los cuales se adhirió Venezuela a la comunidad y por los cuales posteriormente se separó, así como el protocolo por medio del cual se formalizó la separación de Chile de la sub región andina.

Ahora bien, dado que el artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones consagra que hacen parte del derecho originario los tratados en materia de integración de la comunidad andina, así como los que los adicionan y modifican, surge la divergencia de criterio respecto de si otros Tratados, tales como el de creación del Parlamento Andino, o los que crean las instituciones financieras, o los convenios en materia de educación, salud y asuntos laborales, hacen parte del derecho primario comunitario andino, pues de una interpretación exegética de la norma se concluiría que no, pues en estricto sentido no están estrechamente ligados con los instrumentos de constitución de la sub región.

Así, Galo Pico Mantilla señala que: *“Los demás Tratados, o convenios relativos a otras instituciones que se catalogan dentro del denominado Sistema de Integración Andina, como el Tratado constitutivo del Parlamento Andino, los Convenios Andrés Bello, Simón Rodríguez e Hipólito Unánue, los que crean la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Andino de Reservas –ahora el Latinoamericano de Reservas- y el Acta constitutiva de la Asociación de Empresas Estatales de Telecomunicaciones del Acuerdo Subregional Andino, ASETA, no conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, limitado por la norma del Tratado, sólo a los instrumentos directamente vinculados con el Acuerdo de Cartagena y el Tribunal de Justicia. (...)”*⁵⁰

Líneas más adelante, este autor afirma que *“(...) los plenipotenciarios de los países andinos, al suscribir el tratado internacional que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo, establecieron un ordenamiento jurídico “cerrado”, enumerando sus componentes en forma taxativa, es decir, acordando una estructura jurídica que, si bien pudo abarcar otros instrumentos de carácter comunitario como los mencionados anteriormente, no puede extenderse, por previsión del propio Tratado, más allá de lo expresamente enunciado, o sea, del Acuerdo de Cartagena, el Instrumento Adicional y sus Protocolos Modificatorios, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta”*.⁵¹

⁵⁰ Pico Mantilla, Galo. Temas Jurídicos de la Comunidad Andina. Editorial Académica Española. 2009. Pág. 46.

⁵¹ Ídem. Pág. 47.

No obstante la anterior postura, una lectura más amplia permite una comprensión en sentido opuesto, esto es que dichos instrumentos hacen parte del derecho comunitario dentro de las fuentes originarias, dado que se trata de acuerdos por medio de los cuales se persigue y materializa el fin común de la integración regional y por lo tanto, se encuentran dentro de la cláusula normativa del artículo 2º de la Decisión 500 de 2001.

En este contexto se enmarca el pensamiento de Jorge Castro Bernieri quien refiere que pese a que “(...) el Tratado del Tribunal Andino no menciona expresamente el caso de otros tratados también suscritos por los Países Miembros de la Comunidad en el marco del proceso andino de integración. Es el caso, por ejemplo, de los tratados constitutivos de instituciones que forman parte del sistema andino de integración, tales como el Parlamento Andino, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas y los convenios sociales como el Simón Rodríguez, Hipólito Unanue y Andrés Bello. Sin embargo, no cabe duda de que estos tratados también forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Entre otras cosas, porque caen bajo la categoría residual de “otros convenios adoptados por los países miembros de la Comunidad Andina en el marco del proceso andino de integración”⁵²”

Fuentes de derecho secundario andino

En lo que respecta a las normas de derecho derivado o secundario, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ubica las Resoluciones expedidas por la Secretaría General, las Decisiones de la Comisión y del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, y los convenios de complementación industrial y relacionados adoptados por los Estados integrantes de la comunidad en el marco del proceso de integración de la subregión.

La nota característica de estas fuentes, es que no hacen parte del derecho convencional, es decir, no están conformadas por Tratados suscritos y ratificados por los gobiernos de los Estados que integran la comunidad, sino que se trata de instrumentos derivados de los órganos e instituciones que constituyen el Sistema Andino de Integración, en virtud de las competencias y facultades cedidas por los países que conforman la sub región.

⁵² Bernieri Castro, Jorge. Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Agenda Internacional. Año VII, No. 16, 2002. Pág. 84.

El Tribunal Andino de Justicia, en diversos pronunciamientos se ha referido a la jerarquía normativa de las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario, así en sentencia del 9 de diciembre de 1996, aseveró:

“En el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en protocolos modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo 1, literales a) y b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los europeos se les denomina "Constitución Comunitaria", señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de derecho, del cual derivan y a las cuales se somete el resto de las fuentes.

El ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de derecho derivado o sobre los tratados que regulan las relaciones externas de la comunidad. (...)

Puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos -derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional -derecho derivado- regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una "competencia de atribución a dichos órganos".⁵³

Bajo este entendido, las normas del derecho secundario o derivado, están subordinadas jerárquicamente a las fuentes primarias, y al ser creadas por los órganos comunitarios tienen como finalidad ejecutar y materializar el derecho convencional adoptado mediante los Tratados que crean la integración de la sub región.

⁵³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de 9 de diciembre de 1996. Proceso 1-IP-96. Gaceta No. 257 del 14 mayo de 1997.

Fuentes complementarias del derecho andino

Adicional a la división tradicional entre fuentes primarias y fuentes secundarias del derecho comunitario andino, un sector de la doctrina considera que existen unas fuentes complementarias, que dadas las características que las rodean no pueden esquematizarse ni en la categoría de originarias ni en la de derivadas. Se trata así de normas que tienen carácter convencional, es decir, nacen a la vida jurídica mediante la suscripción de tratados, no obstante, debido al contenido material de los asuntos que regulan tienen una jerarquía normativa inferior.

Así, bajo esta categoría se enmarcan los Convenios de Complementación Industrial que según lo definido en el artículo 64 del Acuerdo de Cartagena, tienen como finalidad fomentar y promocionar la especialización industrial entre los Estados que conforma la sub región, para propiciar la armonización de la actividad empresarial y los procedimientos productivos. Estos convenios podrán ser celebrados y ejecutados por dos o más países de la comunidad y deberán gozar de aprobación por parte de la Comisión.

Fuentes auxiliares del derecho andino

Si bien, en principio, la lectura exegética del artículo 1º del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, supondría un ordenamiento jurídico cerrado, integrado única y exclusivamente por los instrumentos allí descritos; una interpretación más amplia conllevaría a concluir la existencia de unos criterios auxiliares bajo los cuales se enmarca la aplicación de la normativa comunitaria andina. Bajo esta concepción, se ha considerado que los principios generales del derecho y los Tratados internacionales suscritos por la comunidad andina, con otros países o con organizaciones intergubernamentales, son fuentes auxiliares del ordenamiento jurídico andino que lo dotan de contenido.

Principios Generales del Derecho Comunitario Andino

El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, confirió a la normatividad que conforma el ordenamiento jurídico de la sub región andina unos principios propios, que han sido dotados de contenido por la doctrina, así como por el órgano jurisdiccional del Sistema Andino de Integración –SAI-, en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. Dentro de estos principios se encuentran los de aplicación directa, aplicación inmediata y aplicación preferente de la norma comunitaria andina.

Aplicación Directa de la Norma Andina

Este principio tiene fundamento normativo en el artículo 3º del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que establece que tanto las Resoluciones de la Secretaría General de la comunidad como las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y las de la Comisión, serán aplicables de forma directa en los países miembros a partir de la fecha en que sean publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo, salvo que en dichos instrumentos se señale una fecha posterior.

La nota característica de este principio es que para que la norma andina resulte aplicable dentro de los Estados que conforman la subregión, no se necesita la adopción de trámites y procedimientos de índole administrativo o legislativo adicionales al interior de los países de la comunidad.

Sin embargo, el inciso final del artículo 3º del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consagra una excepción a este principio, el cual se configura cuando expresamente el texto de las Decisiones adoptadas por la Comisión o por el Consejo de Ministro de Relaciones Exteriores disponga que la incorporación de las mismas al derecho interno, deba darse a través de acto expreso que señale la fecha de la entrada en vigencia al interior de cada país.

Ahora bien, en términos prácticos la ejecución de este principio supone la facultad de los particulares y de las organizaciones sometidas al derecho andino, de reclamar bien sea ante la instancia jurisdiccional de la comunidad o ante los Tribunales judiciales de cada país, el cumplimiento de las Resoluciones expedidas por la Secretaría General, así como de las Decisiones adoptadas por la Comisión o por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

Aplicación Inmediata de la norma andina

A través de este principio se garantiza que la vigencia de las normas andinas se produzca en la misma fecha indistintamente del Estado que se trate, lo que se traduce en que la eficacia y validez de la norma comunitaria no se ve soslayada por la voluntad individual de los gobiernos de los países que integran la subregión.

El sustento normativo de este principio se encuentra en el artículo 2º del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, que dispone que las Decisiones tanto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como las de la Comisión serán obligatorias para los Estados partes desde la fecha en que sean aprobadas por esos órganos. Por su parte la Decisión 219 del 11 de mayo de 1987, consagra que las Resoluciones de la Junta, entendiéndose hoy en día Secretaría General, obligan a los países miembros a partir de su inserción en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

De lo anterior se colige que el principio de aplicación inmediata se predica de forma exclusiva de la norma andina de derecho derivado o secundario, comoquiera que el originario por tratarse de un derecho de carácter convencional, tiene condicionada su vigencia a lo que se establezca dentro del respectivo instrumento, es decir, la fecha que en este se señale.

Así, en virtud de este principio orientador las normas del derecho derivado se incorporan al derecho interno de cada uno de los Estados partes de la sub región de forma inmediata, sin que su vigencia se encuentre condicionada o supeditada a la aprobación por procedimientos legales al interior de estos.

Aplicación Preminente de la norma andina

El artículo 4º del Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones consagra el imperativo a los países miembros de adoptar todas las medidas encaminadas a obtener el cumplimiento de la normatividad que integra el ordenamiento jurídico comunitario andino. Adicionalmente, los gobiernos están obligados a no implementar disposiciones contrarias a las normas comunitarias o que imposibiliten o dificulten su aplicación.

De esta forma, se positiviza en el derecho comunitario el principio de aplicación preferente o preponderante de este ordenamiento jurídico. Así, en desarrollo de este principio en caso de contraposición entre la norma andina y una disposición del ordenamiento jurídico nacional, surge para el Estado la obligación de inaplicar o suspender los efectos jurídicos de aquella contraria a la normativa comunitaria, lo cual no debe confundirse con una derogatoria tácita de la norma interna, pues por tratarse de dos ordenamientos jurídicos diferentes, autónomos y separados, esto no es jurídicamente posible, de forma tal que si en virtud de una modificación de la norma andina se elimina la contraposición, la disposición nacional retoma sus efectos, de la misma manera si el país se retira de la sub región.

Posición jurisprudencial sobre derecho comunitario

Respecto de la incorporación y vinculatoriedad del derecho de la integración al plano interno del derecho colombiano, tanto la Corte Suprema de Justicia como el máximo Tribunal de lo Constitucional y el de lo contencioso administrativo se han pronunciado, en ocasiones absteniéndose de emitir pronunciamiento de fondo y en algunas otras negando o aceptando que parte de la normativa comunitaria hace parte del denominado Bloque de Constitucionalidad.

Así, el primer antecedente jurisprudencial al respecto, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se encuentra en la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 26 de julio de 1971, con ponencia del Magistrado José Gabriel de la Vega, en la cual se analizó la demanda de inconstitucionalidad instaurada por James W. F. Raisbeck, con el fin de que se declarara la inexecutable del Decreto 1245 del 8 de agosto de 1969, “por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Sub regional (Grupo Andino, suscrito en

Bogotá el 26 de mayo de 1969 por los Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador y Perú”.

La demanda se cimentó en que el Decreto 1245 de 1969 transgredía los artículos 76 numeral 18 y 120 numeral 20 de la Carta Política, comoquiera que la facultad de aprobar o improbar convenios o tratados celebrados por el gobierno con otros países o con organizaciones de derecho internacional residía de forma exclusiva en cabeza del Congreso de la República, por lo que al haberse aprobado este instrumento mediante un Decreto y no a través de una Ley se estaba despojando al órgano legislativo de sus atribuciones propias.

En el concepto rendido, la Procuraduría General de la Nación defendió la constitucionalidad del Decreto 1245 de 1969, argumentando que si bien a través de este se aprobaba el Acuerdo de integración sub regional, por no constituir un Tratado en el sentido tradicional sino ser un convenio de complementación, desarrollo y ejecución en el marco del Tratado de Montevideo, no se usurpaba la competencia del Congreso de la República, toda vez que este órgano a través de la ley 88 de 1961 había autorizado al Gobierno Nacional a suscribir el Tratado de Montevideo que creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

Al abordar el asunto, la Corte Suprema de Justicia realizó un análisis de fondo por medio del cual realizó un parangón entre el Tratado de Montevideo y el Acuerdo de Integración sub regional con el fin de establecer si el Pacto Andino constituía un convenio internacional con entidad propia o si se trataba de un acuerdo complementario dictado en desarrollo del Tratado de Montevideo, tras lo cual concluyó que los Acuerdos de Cartagena y de Montevideo eran actos distintos, pues no había identidad entre las partes contratantes y los sujetos de los derechos y obligaciones derivados de cada uno de los convenios, en consecuencia, no resultaba lógico sostener que la Ley 88 de 1961 había autorizado al Gobierno Nacional a aprobar un convenio celebrado 8 años después.

Pese a las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia se declaró inhibida para resolver sobre la inexecutable del artículo 1º del Decreto 1245 de 8 de agosto de 1969 y declaró la exequibilidad de los artículos 2º y 3º de la misma codificación. Así, la Corte consideró que su papel era el de juez de constitucionalidad de actos de derecho público interno y no de instrumentos de carácter internacional, aun cuando contuvieran elementos jurídicos de naturaleza interna, por lo que carecía de jurisdicción para efectuar el análisis de constitucionalidad del Decreto que aprobó el Acuerdo de Integración Sub regional.

Bajo este contexto, la Corte Suprema de Justicia aseveró que si bien por mandato constitucional existía una cláusula de competencia indelegable del Congreso de la República para improbar o aprobar convenios internacionales, debido a que en el asunto en estudio ya se había comprometido su voluntad política era inadmisibles que la Corte modificara esta situación alegando vicios internos en su formación, pues se contravendría la seguridad jurídica internacional, en consecuencia se abstuvo de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1 del Decreto 1245 del 8 de agosto de 1969, “por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Sub Regional (Grupo Andino), suscrito en Bogotá, el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador y Perú”.

En igual sentido se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado⁵⁴ al analizar la demanda de nulidad instaurada por el señor Francisco Eladio Gómez Mejía contra el Decreto 1245 de 8 de agosto 1969. Los cargos de la demanda se sustentaban en que la aprobación por parte del Gobierno Nacional del Acuerdo de Integración Subregional del 26 de mayo de 1969, al considerar que no era necesario someter dicho Tratado al estudio y aprobación del Congreso de la República, violaba el artículo 2º de la Ley 88 de 1961, el ordinal 18 del artículo 76 y el numeral 20 del artículo 120 de la Constitución Política.

En la referida providencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que pese a que la demanda reunía los requisitos de forma no era posible su admisión, comoquiera que la Corporación carecía de competencia en razón a la materia, por cuanto el Decreto acusado constituía un acto complejo de índole internacional, que por su contenido y órganos se diferenciaba del Derecho Público interno, motivo por el cual se encontraba excluido del conocimiento de las jurisdicciones nacionales.

En virtud de las anteriores premisas, el Consejo de Estado concluyó que el decreto demandado solo formalmente sería un acto de derecho público interno por haber sido expedido por el Gobierno Nacional, sin embargo, al tratarse de un acto integrante del Tratado que aprobó se constituía en un acto complejo de índole internacional, en consecuencia vedado del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Humberto Mora Osejo. Bogotá, D. E., 2 de marzo de 1971. Radicación número: 19710302. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Demandado: Gobierno Nacional. Referencia: Acción de Nulidad.

Finalmente, la Corporación judicial estimó que aun si en gracia de discusión se admitiera que el Decreto 1245 de 8 de agosto de 1969 fuera un acto de derecho público interno, el conocimiento tampoco radicaría en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, pues dicho Decreto había sido expedido en virtud de las facultades legales del Presidente de la República y de las extraordinarias conferidas por el artículo 2º de la Ley 88 de 1961, por lo que el conocimiento del asunto le correspondería a la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de lo dispuesto en la Constitución Política de la época.

La adopción de las anteriores posiciones jurisprudenciales significó la incorporación al ordenamiento jurídico interno del Acuerdo de Integración Sub regional de 1969, por medio de aprobación del Gobierno Nacional y no del poder legislativo. Así, las posturas jurídicas referidas en los anteriores pronunciamientos judiciales connotan una cultura jurídica respetuosa del derecho convencional y de la seguridad jurídica de este, en virtud de la cual no es posible invocar normas nacionales o en este caso vicios de procedimiento para incumplir el sinalagma derivado de la suscripción del Tratado.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la H. Corte Constitucional, Corporación a la que le fue conferida por mandato constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el Derecho Comunitario Andino y su relación con el Derecho Nacional⁵⁵, posturas que por resultar pertinentes para el desarrollo del presente trabajo se procede a abordar.

El primer pronunciamiento del máximo Tribunal de lo Constitucional en relación con el derecho comunitario andino se materializó en la sentencia C-228 de 25 de mayo de 1995⁵⁶, por medio de la cual realizó el estudio de constitucionalidad de los artículos 61 y 62 de la ley 44 de 1993, que en criterio del accionante vulneraban los artículos 150 ordinales 16 y 24 y 189 numeral 2 de la Constitución Política, por reglamentar aspectos de nombres comerciales y propiedad de marcas frente a los cuales existía prohibición de legislar por haberse delegado a través de la suscripción del Acuerdo de Cartagena a un organismo internacional, esto es a la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones.

⁵⁵ Sobre el particular ver sentencias C- 228 de 1995, C- 231 de 1997, C- 256 de 1998, C- 644 de 2004, C- 339 de 2006, C- 433 de 2010, C- 251 de 2012, C- 256 de 2014 y C- 269 de 2014.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-576. Actor: German Marín Rúales. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá, D. C., 25 de mayo de 1995.

Para dilucidar el asunto, la Corte Constitucional consideró preciso realizar el juicio de constitucionalidad de las normas acusadas con referencia a la regulación sobre propiedad industrial contenida en la Decisión 344⁵⁷ de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, por lo cual solicitó al Tribunal Andino de Justicia la interpretación prejudicial de la normativa comunitaria.

Así, dentro de la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad la Corte afirmó que se estaba en presencia de un caso de cooperación entre el Juez comunitario y el Juez nacional, sin que se pudiera predicar una colisión de jurisdicciones o de jerarquía de las mismas, sino una actuación judicial complementaria entre ambas jurisdicciones, pues al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena le corresponde hacer la interpretación prejudicial de la norma comunitaria sin que pueda *“interpretar el aspecto sustancial del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues esto último corresponde a la Corte”*.

Así mismo, en esta sentencia la Corte Constitucional reconoce los principios de aplicación directa, aplicación preferente y aplicación inmediata de la normativa comunitaria, al estimar que a estas disposiciones no es posible contraponerle regulaciones nacionales antípodas, ni disposiciones que impidan su aplicación. De esta forma, este Tribunal concluyó que los artículos acusados no eran violatorios de la Carta Política, comoquiera que los mismos al regular lo atinente a la reserva de nombre, constituían una materia cuya regulación estaba atribuida de forma exclusiva al legislador nacional, razón por la cual declaró la exequibilidad de los mismos.

Posteriormente, en sentencia de 27 de mayo de 1998 la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, analizó la constitucionalidad de la Ley 83 de 1925, por medio de la cual se provee a la reparación de unas vías públicas y se dictan disposiciones sobre caminos y puentes. El fundamento de la demanda consistía, entre otras cosas, en que el artículo 11 de la ley acusada vulneraba los artículos 41 a 46 del Acuerdo de Cartagena, toda vez que al permitir la constitución del monopolio de la fabricación de alcohol se limitaba el comercio entre los países que conformaban el pacto andino, fomentando un tratamiento tributario diferencial que controvertía el programa de liberación del Acuerdo.

⁵⁷ Comisión de la Comunidad Andina de Naciones Decisión 344 de 21 de octubre de 1993. Por medio de la cual se sustituye la Decisión 313 y se establece el Régimen Común Sobre Propiedad Industrial.

Al analizar el asunto de fondo, respecto de la vulneración de los artículos 41 a 46 del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal de lo Constitucional fijó el alcance de la prevalencia de los Tratados internacionales en el plano interno, advirtiendo que al tenor del artículo 93 de la Constitución Política prevalecían aquellos que reconocían derechos humanos y que prohibían su limitación en los estados de excepción, sin que esto implicara una connotación de supranacionalidad, teniendo en cuenta que la Carta Política es norma de normas, por lo cual *"el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley⁵⁸"*.

En este entendido, consideró que ni el Derecho Comunitario ni los Tratados de integración prevalecían sobre la normativa constitucional, comoquiera que no se adaptaban a las previsiones del artículo 93 de la Carta Política dado que su objetivo no era el reconocimiento de derechos humanos sino la reglamentación de asuntos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios y técnicos. Así mismo, refirió que el derecho de la integración jerárquicamente no se posicionaba entre el derecho constitucional y la norma ordinaria, de forma tal que las oposiciones entre estas y el derecho comunitario no aparejaba como consecuencia la declaratoria de inexecutable, sino que correspondía al órgano comunitario competente instar al gobierno a adoptar las medidas que aseguraran el cumplimiento de la normativa comunitaria.

En pronunciamiento posterior la Corte Constitucional moduló su posición, así en sentencia C-1490 de 2000⁵⁹, al estudiar si la Decisión Andina 351 de 1993 integraba el bloque de constitucionalidad, reiteró que por regla general los tratados integracionales y el derecho comunitario no hacían parte del bloque de constitucionalidad, sin embargo, aseveró que si bien la Decisión 351 fue expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en desarrollo del artículo 30 del Tratado constitutivo, instrumento cuya finalidad era armonizar aspectos de comercio exterior en pro del desarrollo de la sub región, al regular aspectos relacionados con los derechos morales de autor, los cuales fueron catalogados por el máximo tribunal de lo constitucional como derechos fundamentales, se producía la incorporación de la decisión al bloque de constitucionalidad, solo en lo que a estos

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-1884. Actor: María Carolina Rodríguez Ruíz. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D. C., 27 de mayo de 1998.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-2987. Actores: Gustavo Jiménez Gómez y Samuel Gamboa Pinilla. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 2000.

respecta, excluyendo de la incorporación a los derechos patrimoniales de autor por no tener la categoría de fundamentales.

En igual sentido se pronunció la alta Corporación en sentencia de constitucionalidad C-339 de 2006, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en la cual sostuvo:

“En lo atinente a la incorporación de la Decisión Andina 351 de 1993 al bloque de constitucionalidad, es preciso reiterar lo señalado por la Corte en anteriores decisiones, y expresado en aparte anterior de esta sentencia, en el sentido que por regla general, ni los tratados de integración económica ni el derecho comunitario integran el bloque de constitucionalidad, como quiera que su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. De donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, al tenor de lo previsto en el artículo 93 de la Carta, carece de fundamento. Sin embargo, de manera excepcional ha admitido la Corte que algunas normas comunitarias puedan integrarse al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando se trate de normas de esta naturaleza que de manera explícita y directa reconozcan y desarrollen derechos humanos⁶⁰”.

La anterior postura jurídica ha sido reiterada por la H. Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad C-433 de 2010⁶¹, C- 251 de 2012⁶² y C- 256 de 2014⁶³, en las cuales insistió en que las normas del derecho comunitario si bien hacen parte del derecho interno no integran el bloque de constitucionalidad, salvo que de manera específica regulen temas relacionados con derechos humanos fundamentales como lo son los derechos morales de autor, razón por la cual la Decisión 351 de 1993 expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena es considerada parte del bloque de constitucionalidad.

Finalmente el máximo Tribunal de lo Constitucional en sentencia C- 269 de 2014 realizó un análisis de la relación entre el derecho interno y el derecho comunitario, en el cual recordó que si bien las disposiciones del ordenamiento comunitario no están situadas en el mismo nivel que las normas constitucionales y no hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de la ratificación de los tratados que constituyen la Comunidad Andina el Estado les reconoce una fuerza jurídica

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 339 de 2006. Expediente D-5992. Accionante: Jorge Alonso Garrido Abad. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D. C., 3 de mayo de 2006.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 433 de 2010. Expedientes D-7954 y D-7955 (acumulados). Accionantes: Eduardo Cifuentes Muñoz y Rafael Acosta Chacón. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., 2 de junio de 2010.

⁶² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 251 de 2012. Expediente LAT-368. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., 28 de marzo de 2012.

⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 256 de 2014. Expediente PE-043. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D. C., 23 de abril de 2014.

especial, que encuentra asidero en los principios de aplicación directa, inmediata y preeminente de la norma comunitaria.

Ahora bien, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sus pronunciamientos judiciales no ha sido ajeno a la interrelación existente entre el derecho comunitario andino y el derecho interno. Así, en providencia del 11 de mayo de 1990⁶⁴, con ponencia del Consejero Rodrigo Vieira Puerta, al estudiar la solicitud de nulidad invocada por Manuel Pachón Muñoz contra los artículos 2, 24 y 26 del Decreto Reglamentario 1265 de 1987 *“Por el cual se reglamenta la decisión número 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se dictan otras disposiciones”*, consideró que el Acuerdo de creación de la Comunidad Andina de Naciones constituía un instrumento de aplicación obligatoria y carácter imperativo cuya consecuencia lógica era *“que una norma nacional que aparentemente lo contradiga queda supeditada a él”*, de esta forma reconoció el principio de primacía y preeminencia de la normativa comunitaria.

En pronunciamiento del 5 de marzo de 1992⁶⁵, la Sección Primera del Consejo de Estado conoció de la solicitud de nulidad deprecada por la sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO contra la Superintendencia de Industria y Comercio por la configuración del silencio administrativo negativo ante la ausencia de respuesta a la petición de registro de la marca VOLVO en la clase séptima del Decreto 755 de 1972. Para resolver el asunto el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo solicitó al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena interpretación prejudicial de las normas de la Decisión 85, aprobada mediante Decreto 1190 de 1978, concepto que a juicio del Consejo de Estado era de obligatorio acatamiento y aplicación por tratarse de *“un pronunciamiento definitorio del derecho andino hecho con autoridad por aquel Tribunal”*.

Posteriormente, en sentencia del 22 de abril de 2010, la Sección Primera del H. Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 635 de 2001 expedido por el Presidente de la República, por medio del cual el Gobierno Nacional redujo transitoriamente el arancel externo común aplicable a las importaciones de arroz. En la parte motiva de la sentencia el Alto Tribunal tuvo en cuenta la interpretación prejudicial rendida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y recordó que las Resoluciones de la Secretaria General de la Comunidad Andina de Naciones forman parte del ordenamiento jurídico de la comunidad, tienen carácter obligatorio,

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Rodrigo Vieira Puerta. Santafé de Bogotá, D.C., 11 de mayo de 1990. Radicación número: 1068. Actor: Manuel Pachón Muñoz. Demandado: Presidencia de la República.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez. Santafé de Bogotá, D.C., 5 de marzo de 1992. Radicación número: 491 Actor: Sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO. Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

gozan de presunción de legalidad y son aplicables de forma directa en los países miembros desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Así mismo, reiteró que los países que integran la comunidad están obligados a adoptar medidas idóneas para asegurar el acatamiento efectivo de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, y evitar la adopción y empleo de disposiciones contrarias que impidan su aplicación.

En sentencia del 11 de julio de 2013⁶⁶, la Sección Primera del H. Consejo de Estado, se refirió a la obligatoriedad de las autoridades colombianas a acatar las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario reiterando que al ser parte de la Comunidad Andina de Naciones estaba comprometida a obedecer y someterse a las normas del ordenamiento jurídico de la sub región.

Finalmente, en reciente pronunciamiento el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo al resolver el recurso de anulación de laudo arbitral propuesto por la sociedad Comunicación Celular –COMCEL S.A.- contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB-, sostuvo:

“(…) las normas de derecho comunitario andino reflejan la “cesión voluntaria” que los Estados miembros han acordado, por lo que, si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta “para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone”. Todo lo anterior significa que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración, como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros”⁶⁷.

De igual forma, la Corporación precisó que la decisión del Tribunal de Arbitramento de adoptar en su integridad la interpretación prejudicial proferida por el Tribunal de

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 11 de julio de 2013. Radicación número: 2016496 Actor: Venus Colombiana S.A. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., 23 de septiembre de 2015. Radicación número: 2076408 Actor: Comunicación Celular COMCEL S.A. Demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB-.

Justicia de la Comunidad Andina de Naciones en relación con las disposiciones aplicables al asunto era acertada, comoquiera que estaba obligado a su acatamiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Bajo este entendido, el Consejo de Estado indicó que no era procedente que a través del recurso de anulación se pretendiera el desconocimiento de la fuerza vinculante de que reviste un mecanismo de cooperación internacional como lo es la interpretación prejudicial, pues ese no era el medio idóneo para controvertir las decisiones de Corporaciones judiciales de naturaleza supranacional.

Las posturas jurisprudenciales referidas con anterioridad, evidencian la evolución en la manera en que los máximos Tribunales judiciales del país han interpretado la coexistencia e integración del ordenamiento jurídico interno con el ordenamiento jurídico comunitario, reconociendo que son sistemas normativos con características diferentes que en virtud del acuerdo de voluntades entre los gobiernos de los países que integran la sub región se interrelacionan.

Conclusiones

Si bien es cierto, en el plano local el tema de la responsabilidad del Estado cuando transgrede el ordenamiento jurídico comunitario ha sido poco abordado, en el marco del derecho internacional este tema día a día ha cobrado mayor relevancia por lo que se ha convertido en objeto de análisis recurrente por parte de los estudiosos del derecho. Tan es así, que en la actualidad se encuentran varios artículos en los que se aborda desde una perspectiva jurídica la posibilidad de que un Estado le responda patrimonialmente a un particular cuando a través de alguno de sus órganos quebranta el derecho comunitario y como consecuencia de esto le genera un daño.

Sea pertinente aclarar en primer lugar, que el tipo de responsabilidad al cual se hace referencia en este texto, no es la del Estado frente a la Comunidad a la que pertenece, ni tampoco frente a los países que integran la alianza comunitaria sino que se refiere única y exclusivamente a la responsabilidad respecto al particular, frente a la persona que se ve afectada por el actuar del Estado que transgrede el ordenamiento jurídico de la sub región.

En segundo lugar, es menester recalcar que la mayoría de estudios que abordan la responsabilidad patrimonial del Estado por desconocimiento al derecho supranacional establecido e incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales, coinciden en afirmar que ha sido la jurisprudencia de las Corporaciones judiciales la que ha permitido su evolución y caracterización.

En este panorama, se enmarcan los trabajos de autores como el del profesor Edorta Cobrerros Mendazona quien afirma que el desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario se ha logrado gracias al desarrollo jurisprudencial, así indica que “tanto la aparición como la construcción más acabada de este tipo de responsabilidad en el Derecho comunitario se ha hecho por vía exclusivamente jurisprudencial⁶⁸”.

⁶⁸ Cobrerros Mendazona, Edorta. Responsabilidad Patrimonial del Estado por Daños Derivados de la Infracción del Derecho Comunitario.

En igual sentido se encuentra el trabajo de Claudia Verónica Gómez Varela, que coincide en afirmar que ha sido la jurisprudencia la que ha abierto el camino para la construcción de este tipo de responsabilidad. Así, ambos autores concuerdan en señalar que fue la sentencia Francovich⁶⁹ del Tribunal de Luxemburgo la que permitió vislumbrar la posibilidad de que el Estado respondiera patrimonialmente de los daños causados a los particulares por infracciones al derecho comunitario en el modelo europeo.

En el plano local no existe una alta producción doctrinaria respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado por infracciones al ordenamiento jurídico comunitario, no obstante, debe reconocerse que los pronunciamientos jurisprudenciales de las altas Corporaciones judiciales han abierto el panorama para plantear este tipo de responsabilidad en el marco del derecho interno, pues si bien han sido restrictivas al interpretar la interrelación entre uno y otro ordenamiento jurídico, también han reconocido que en virtud del acuerdo de voluntades, materializado en la suscripción del Tratado de creación y sus protocolos modificatorios y la consecuente aprobación por el órgano legislativo la normatividad comunitaria resulta aplicable al interior del país.

En este contexto, resulta pertinente resaltar que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que si bien el ordenamiento jurídico sub regional andino se integra al derecho interno, en virtud de los principios de aplicación directa, aplicación inmediata y aplicación preferente de la norma comunitaria, solo aquellas disposiciones que regulen materias relacionadas con derechos humanos y derechos fundamentales se entienden incorporadas al bloque de constitucionalidad, es decir, están situadas jerárquicamente en la misma posición de la Carta Política, pues se tienen como integradas a ella.

Lo anterior, no quiere significar que solo frente a las disposiciones andinas que forman parte del bloque de constitucionalidad se pueda predicar la responsabilidad extracontractual del Estado por desconocimiento o transgresión de las mismas, comoquiera que las demás normas del ordenamiento jurídico comunitario se incorporan al derecho interno, por lo cual deben ser acatadas por los órganos y autoridades nacionales, aún más, teniendo en cuenta que el propio Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones impone el deber a los Estados que integran la sub región de implementar todas las medidas encaminadas a obtener el cumplimiento de la normatividad que integra el ordenamiento jurídico comunitario andino, así como impedir la adopción de

⁶⁹ Tribunal de Luxemburgo. Sentencia Francovich de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6 y 9/90, dictada por el Pleno en cuestión prejudicial interpretativa solicitada por sendos juzgados italianos.

disposiciones contrarias a las normas comunitarias o que imposibiliten o dificulten su aplicación.

De esta forma, la jerarquía normativa en el plano interno de las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario no resulta determinante para plantear la responsabilidad patrimonial del Estado por infracciones al sistema jurídico de la sub región, toda vez que bastaría con que se acreditara que un agente o una autoridad estatal desconoció o transgredió una norma comunitaria y que con eso causó un daño antijurídico al ciudadano, es decir, un perjuicio que no estaba en el deber de soportar, para que se produjera su consecuente indemnización económica.

Adicionalmente, resulta de especial relevancia que el mismo ordenamiento jurídico comunitario ha previsto mecanismos para asegurar el cumplimiento de su normatividad, así, en el artículo 25 del Protocolo de Cochabamba por el cual se modificó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se previó la acción de incumplimiento con el fin de que las personas tanto naturales como jurídicas que se vieran afectadas en sus derechos por el desacato de la normativa comunitaria por parte de un país miembro reclamaran el cumplimiento ante la Secretaria General y posteriormente ante el Tribunal de Justicia, constituyendo la providencia del órgano judicial pleno título legal para reclamar ante los jueces nacionales la indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Así mismo, en el artículo 31 del mismo Estatuto se consagró la posibilidad de que los particulares acudieran a las autoridades judiciales locales competentes, conforme a las normas del derecho interno, en aquellos casos en los cuales sus derechos se vieran afectados por el incumplimiento del país miembro a sus obligaciones de implementar las medidas necesarias para garantizar el acatamiento del ordenamiento jurídico comunitario, así como evitar la adopción de disposiciones que contravengan u obstaculicen su aplicación.

Bajo este contexto, la hipótesis planteada en el presente trabajo se comprueba, en la medida que los insumos destacados a lo largo del mismo permiten concluir que tanto el sistema jurídico supranacional, como las posturas jurisprudenciales en el marco del derecho interno, estas últimas de manera menos explícita, reconocen la posibilidad de que el Estado sea declarado administrativamente responsable y en consecuencia indemnice patrimonialmente a un particular cuando le cause un daño antijurídico por desconocer una o varias disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario.

Sin embargo, pese a la comprobación de la hipótesis formulada el panorama no resulta alentador, pues si bien la relación e interacción entre el derecho interno del país y el sistema jurídico comunitario andino son destacadas jurisprudencial y doctrinariamente, lo cierto es que la Comunidad Andina de Naciones como organización supranacional no tiene el reconocimiento de un proceso integracional fuerte.

Por el contrario, desde su creación la Comunidad Andina de Naciones ha enfrentado serios problemas, pues pese a que los países que la conforman aceptan como parte del proceso de integración la cesión de una porción de su soberanía, en aras de realizar un objetivo común como lo es el desarrollo económico de la región, en la práctica este compromiso ha sido difícil de asumir por los Estados miembros, lo cual ha conllevado a que algunos de sus integrantes se retiren del proceso.

Así, aunque el proceso de integración en la sub región andina se ha prolongado por casi cincuenta años, el mismo ha estado enmarcado en un clima de constantes fricciones políticas entre los gobiernos de los países que la conforman, lo que ha dificultado su reconocimiento como un proceso serio a nivel internacional e inclusive internamente en cada uno de los países que conforman la Comunidad.

Si bien durante casi cinco décadas los países que conforman la región andina han articulado una estructura organizacional compleja, que se traduce en el Sistema Andino de Integración –SAI-, esto no ha sido suficiente o no ha tenido el impacto necesario para fortalecer el proceso de integración que cada día parece debilitarse más. Esta circunstancia, ha generado una percepción social menguada de la importancia de la comunidad pese a la amplia institucionalidad que posee y a la homogeneidad de los países que la conforman.

Esta lectura del proceso de integración sub regional andino, permite explicar la marcada escasez de estudios doctrinarios locales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por infracciones al derecho comunitario andino y la inexistencia de un pronunciamiento judicial al respecto en el plano interno, situación que se diferencia diametralmente del modelo europeo en donde la integración comunitaria tiene mayor fuerza jurídica y su ordenamiento es vinculante.

Sumado a lo anterior, la hipótesis de la responsabilidad estatal por transgresión al derecho comunitario andino planteada en este asunto presenta otra dificultad, a saber, el desconocimiento por parte de las Corporaciones judiciales nacionales del ordenamiento jurídico comunitario, situación que entorpece la aplicación de la norma andina en el marco institucional interno.

No obstante las problemáticas descritas en líneas precedentes, destaca que día a día las corrientes jurídicas evolucionan y aceptan más escenarios en los cuales discutir la responsabilidad estatal, por lo que esto solo supone un reto que debe ser afrontado por los juristas, para que en la práctica el daño antijurídico ocasionado a un particular por el desconocimiento de la normativa comunitaria por parte de un agente o autoridad estatal conlleve la declaratoria de responsabilidad y la consecuente indemnización patrimonial.

Bibliografía

Acevedo, Domingo E. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. En revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. 16. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/16/dtr/dtr8.pdf>

Alegre Martínez, Miguel Ángel. La Primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: Aspectos Constitucionales. En Revista de Derecho Político, núm. 38, 1994, pp. 93-173.

Barragán Galindo, Carlos Alberto. La Comunidad Internacional. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2002. p 273.

Bernieri Castro, Jorge. Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Agenda Internacional. Año VII, No. 16, 2002. Pág. 84.

Biocca, Stella Maris: MERCOSUR Balance y Perspectivas, Fundación de Cultura Universitaria, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág 171.

Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho. Editorial Temis. Bogotá. 1998. p. 158.

Bodín, Jean (1576). Les six livres de la République. Los seis libros de la República. Aguilar, 1973.

Bogdandy, Armin von. Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos Teóricos y Doctrinales, en Revista General de Derecho Europeo, No. 22, 2010.

Bonnecase, Julien. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Temis, Bogotá, 1982, p.81.

Carbonell, Miguel. "Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México". México, Universidad Autónoma de México, 1ª edición, 1998, p. 26.

Catalano, Niccola, y Riccardo Scarpa. Principios de Derecho Comunitario. Madrid: Editorial Tecnos, 1988. p. 64.

Cobrerros Mendazona, Edorta. Responsabilidad Patrimonial del Estado por Daños Derivados de la Infracción del Derecho Comunitario.

Dieter Borchardt, Klaus. "El ABC del Derecho comunitario" Dirección General de Educación y Cultura comisión europea finalizado en septiembre de 1999.

Ekmekdjian, Miguel Angel, Hacia la República Latinoamericana, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991.

Feldstein De Cárdenas, Sara Lidia y Rodríguez, Mónica Sofía, Disertación inaugural de las reuniones mensuales desarrolladas en el Instituto de Derecho Internacional Privado del C.A.S.I. sobre Armonización legislativa en materia de Quiebras. 1998/2000. www.juridicas.com.

Feldstein De Cárdenas, Sara Lidia, El MERCOSUR una mirada al futuro, Diario Jurídico el Dial – DC850 -2006.

González-Auriolles, Jorge Alguacil. "Las Fuentes del Derecho en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", en Revista Teoría y Realidad Constitucional, No. 15, UNED, 2004, pp. 345 – 361.

Guy, Isaac. *“Manual de derecho comunitario general”*. Editorial Ariel. Barcelona, 1991. p 111.

Jimenez, G. Globalización del derecho. Aspectos Jurídicos y derechos humanos. *Nova et vetera*. 2011, pp. 17-28.

López Díaz, Elvira. *Iniciación al Derecho*. Primera ed. Madrid: Delta Publicaciones, 2008. p. 40.

Pico Mantilla, Galo. *Temas Jurídicos de la Comunidad Andina*. Editorial Académica Española. 2009.

Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo: General y Colombiano*. Bogotá, Ed. Temis, 2008.

Sáchica, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Editorial Temis, Bogotá, 1990. p.10.

Suarez, Eloy Emiliano. *Introducción al Derecho*. Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral. 2004.

Twining, W. *Derecho y globalización*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2003.

Ulate Chacón, Enrique. *“Integración Regional y derecho agrario comunitario europeo y centroamericano. (Por una política agrícola común para el desarrollo rural sostenible)”* Tesis de doctorado Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Universitari e Perfezionamento. Italia, p 153.

Ulate Chacón, Enrique. *Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre (Compilador junto con Juan Marcos Rivero)*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

Vidal Perdomo, Jaime, Viviana Díaz Perilla, y Gloria A. Rodríguez, eds. Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Primera ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005. pp. 76.

Decisión 407, Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino -Acuerdo de Cartagena - Protocolo de Cochabamba.

Comisión de la Comunidad Andina de Naciones Decisión 344 de 21 de octubre de 1993. Por medio de la cual se sustituye la Decisión 313 y se establece el Régimen Común Sobre Propiedad Industrial.

SENTENCIAS

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995. Expediente LAT-040. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-231 de 1997. Expediente LAT-903. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D. C., 15 de mayo de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-750 de 2008. Expediente LAT-311. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C., 24 de julio de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-664 de 2013. Expediente LAT-395. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D. C., 24 de septiembre de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-1884. Actor: María Carolina Rodríguez Ruíz. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D. C., 27 de mayo de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-2987. Actores: Gustavo Jiménez Gómez y Samuel Gamboa Pinilla. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 339 de 2006. Expediente D-5992. Accionante: Jorge Alonso Garrido Abad. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D. C., 3 de mayo de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 433 de 2010. Expedientes D-7954 y D-7955 (acumulados). Accionantes: Eduardo Cifuentes Muñoz y Rafael Acosta Chacón. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., 2 de junio de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 251 de 2012. Expediente LAT-368. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., 28 de marzo de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 256 de 2014. Expediente PE-043. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D. C., 23 de abril de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 22 de octubre de 1896. Magistrado Ponente Carmelo Arango.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta (30) de junio de 1962. Magistrado Ponente: Doctor José J. Gómez R.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango. Bogotá, 28 de Octubre de 1976.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil uno (2001). Radicación número: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C. Veintitrés (23) de octubre de dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00580-01(14211).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Humberto Mora Osejo. Bogotá, D. E., 2 de marzo de 1971. Radicación número: 19710302. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Demandado: Gobierno Nacional. Referencia: Acción de Nulidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Rodrigo Vieira Puerta. Santafé de Bogotá, D.C., 11 de mayo de 1990. Radicación número: 1068. Actor: Manuel Pachón Muñoz. Demandado: Presidencia de la República.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez. Santafé de Bogotá, D.C., 5 de marzo de 1992. Radicación número: 491 Actor: Sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO. Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 11 de julio de 2013. Radicación número: 2016496 Actor: Venus Colombiana S.A. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., 23 de septiembre de 2015. Radicación número: 2076408 Actor: Comunicación Celular COMCEL S.A. Demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB-.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea., Sentencia del 15 de julio de 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L.

Tribunal de Luxemburgo. Sentencia Francovich de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6 y 9/90, dictada por el Pleno en cuestión prejudicial interpretativa solicitada por sendos juzgados italianos.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de 9 de diciembre de 1996. Proceso 1-IP-96. Gaceta No. 257 del 14 mayo de 1997.