

Emma Patricia Pacheco Montoya

El derecho comunitario andino en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano

RESUMEN: En este artículo se analiza como las normas de derecho comunitario son consideradas por los jueces constitucionales de los países andinos y sobre todo del Ecuador, al momento de emitir sus sentencias y dictámenes y se determina el valor jerárquico que tiene este derecho de integración dentro del derecho interno y constitucional del país en el denominado bloque de constitucionalidad, a través de un estudio normativo y jurisprudencial que nos permite establecer la relevancia de las interpretaciones y resoluciones de los organismos comunitarios; todo esto a través de una mirada interdisciplinaria entre el derecho constitucional ecuatoriano y el derecho comunitario andino.

PALABRAS CLAVE: Comunidad Andina; Tribunal de Justicia; Derecho de integración.

The andean community law in the ecuadorian constitutional block

ABSTRACT: This article analyzes how the norms of community law are considered by the constitutional judges of the andean countries and especially Ecuador, when issuing their sentences and opinions, and determines the hierarchical value that this integration law has within the internal law and constitutional of the country in the so-called block of constitutionality, through a normative and jurisprudential study that allows us to establish the relevance of the interpretations and resolutions of community organizations; all this through an interdisciplinary look between ecuadorian constitutional law and andean community law.

KEYWORDS: Andean Community; Court of Justice; Integration Law

Introducción

Después de las grandes confrontaciones mundiales los países del orbe sintieron la necesidad de aliarse y conformar organizaciones para unidos hacer frente a

► **Emma Patricia Pacheco Montoya**, Alumna Maestría en Derecho Mención Derecho Constitucional – Universidad Estatal Península de Santa Elena- Ecuador; Docente Universidad Técnica Particular de Loja; Miembro de la Cátedra UNESCO de Ética y Sociedad de la UTPL. **Autor de correspondencia:** (✉) eppacheco@utpl.edu.ec – [iD http://orcid.org/0000-0002-6606-8855](http://orcid.org/0000-0002-6606-8855).

enemigos comunes, y todo esto con base a tratados, convenios de cooperación y ayuda mutua dentro de las regulaciones del Derecho Internacional; pero con el paso de los años estos países han visto la necesidad de que sus alianzas pasen de la cooperación a la integración, en la cual se conformen organismos comunitarios y en donde se establezcan lineamientos unificados en temas fiscales, migratorios, de comercio, legislativos, y más, constituyendo nuevos ordenamientos jurídicos supranacionales con características especiales y con preminencia sobre las normas internas de los estados parte.

En la actualidad existen diferentes organismos comunitarios, entre otros: la Unión Europea, el Sistema de Integración Centroamericana, la Comunidad Andina, la Unión Africana, que con objetivos similares pero con sus propias características llevan adelante los procesos de integración para los países que aglutinan, siendo importante conocer cómo se relacionan específicamente los sistemas jurídicos comunitarios con los sistemas jurídicos nacionales, y es por esto que se presenta este estudio para conocer en el caso concreto la relación existente entre la normativa de la Comunidad Andina y el Derecho constitucional ecuatoriano, en un momento en que se habla reiteradamente de la construcción de sistemas comunitarios, como medio para hacer frente a las demandas económicas, políticas y sociales que atraviesan los distintos países.

En el caso ecuatoriano es importante determinar los principios relevantes, las materias en las que se ha aplicado el derecho comunitario andino, dentro de las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional del Ecuador, y la influencia final del derecho comunitario dentro del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Para esto se ha realizado una investigación cualitativa de tipo descriptiva y comparativa en la que se evalúa la influencia del derecho comunitario andino en nuestro bloque de constitucional; y se analiza la legislación comunitaria y el estudio de sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional del Ecuador frente a lo que se aplica en los otros países de la Comunidad Andina como son: Colombia, Perú y Bolivia.

Complementamos lo anterior con la aplicación del método analítico y sintético, juntamente con el método histórico—lógico para el estudio doctrinario

y jurisprudencial de las instituciones jurídicas; y el método exegético para el análisis de la normativa supranacional e interna, lo que nos brindó referentes importantes para la discusión de la problemática planteada, y que nos ayudó al desarrollo de este trabajo.

Ordenamiento jurídico Comunitario Andino

El derecho de integración, y el derecho comunitario se asientan sobre tres principios básicos que son el efecto directo, la aplicabilidad inmediata y la primacía; por lo tanto, el derecho comunitario prevalece sobre la norma nacional aunque no exista una norma específica para concretarlo, de igual forma la norma comunitaria entra en vigencia de forma inmediata dentro de los estados indistintamente de que exista o no una incorporación formal en la normativa interna; y además el derecho nacional no puede derogar ni modificar una norma comunitaria y lo que es más, cuando existe un choque normativo el derecho comunitario prevalece sobre el derecho nacional.

El Acuerdo de Cartagena (1969) que es el que dio origen a la CAN busca la integración regional y la construcción de un mercado común latinoamericano, a través de la implementación de múltiples mecanismos y medidas que incentiven la producción agropecuaria, industrial, el comercio, integración física, etc.; y programas y acciones de cooperación económica para la integración fronteriza, el turismo, el desarrollo científico, tecnológico, entre otros. Todo esto con énfasis en buscar un desarrollo armónico y equilibrado entre los países, por lo que entendiendo que Bolivia y Ecuador tienen economías más débiles se acentúan ciertos programas preferenciales para ellos. (Art. 3).

Es necesario mencionar que según lo establecido en el Art. 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [Estatuto TJCA] (2001), el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina lo conforman dos tipos de normas, por un lado las normas fundamentales o de derecho primario u originario que son aquellas que nacen de los tratados suscritos y ratificados por

los Países Miembros de la Comunidad Andina (CAN);¹ y por otra parte, las normas derivadas y de derecho secundario que surgen de las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión (constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los países miembros), las Resoluciones de la Secretaría General, los Convenios de Complementación Industrial y los convenios que adopten los países miembros entre sí, dentro del proceso de integración subregional andino, así como las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [TJCA].

Cabe resaltar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el órgano jurisdiccional permanente de la CAN, creado con el fin de declarar la legalidad del Derecho Comunitario y asegurar su aplicación e interpretación de manera uniforme en los estados miembros; es competente para resolver sobre acciones de nulidad,² de incumplimiento,³ para conocer recursos de omisión o

¹ En la actualidad los países miembros de la Comunidad Andina son: Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia. Luego del retiro de Chile en 1976 y de Venezuela en el 2006. Aunque Chile tiene estatus de país asociado a partir del 2006 y es parte del Parlamento Andino.

² Podrá declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de la integración subregional andina, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o personas naturales o jurídicas. Art. 17 de la Codificación del Tratado de Creación del TJCA (1999). y Art. 101 y 102 del Estatuto TJCA (2001).

³ Podrá plantearla la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas contra un País Miembro, hubiera expedido 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. Art. 107 y 108 Estatuto del TJCA (1999). Art. 23 al 31 de la Codificación del Tratado de Creación del TJCA (2001).

de inactividad,⁴ tiene funciones arbitrales,⁵ jurisdicción laboral⁶ y realiza interpretaciones prejudiciales de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario⁷ y es por esto, que ante este Tribunal se plantean una serie de consultas provenientes de las instituciones jurídicas de los Países Miembros respecto a diversos temas como por ejemplo en materia de propiedad intelectual, aduanas, aranceles, etc., siempre y cuando los aspectos que se traten en las cortes nacionales tengan relación con alguna norma comunitaria.

Teniendo presente que en caso de confrontación entre una norma nacional y una norma de derecho comunitario, esta última tendrá preeminencia, tal como lo establece el Tratado Constitutivo del Tribunal Andino y el Acuerdo de la Comunidad Andina, lo que ha sido ratificado por varias interpretaciones prejudiciales como la 2-IP-88 (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia),⁸ la 567-IP-2019 (Tribunal Distrital de lo Contencioso

⁴ Presentados cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, no hubieran cumplido con alguna de sus obligaciones jurídicas; este recurso es planteado por cualquiera de estos órganos, por los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas. Art. 37 de la Codificación del Tratado de Creación del TJCA (1999), Art. 129 y 130 Estatuto TJCA (2001).

⁵ Para dirimir en derecho o en equidad, ante controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, o en contratos privados regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, cuando las partes así lo acuerden. Su laudo es obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro. Art. 38 de la Codificación del Tratado de Creación del TJCA (1999).

⁶ Restringidas sólo a las controversias que en esta materia se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, Art. 40 de la Codificación del Tratado de Creación del TJCA (1999) y Art.136 Estatuto TJCA (2001).

⁷ Mecanismo procesal que puede ser de consulta obligatoria cuando la interpretación solicitada sea de única o de última instancia; y es de consulta facultativa cuando la realizan órganos judiciales o administrativos sean susceptibles de impugnación en el derecho interno. Art. 2 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Judiciales (2017).

⁸ Interpretación prejudicial de los artículos 56, 58, 76, 77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; solicitada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia.

Administrativo de Quito)⁹ y la 01-IP-2021 (Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito)¹⁰ y que guardan relación con criterios similares al del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea esgrimidos en el caso Costa /ENEL de 1964, y que han sido replicados en varias sentencias posteriores, en las que se desplaza la norma nacional ante el principio de aplicación preferente de la norma comunitaria.

Las normas comunitarias como se señaló pueden ser normas fundamentales o normas secundarias o derivadas, siendo estas últimas las que constituyen las normas de derecho comunitario andino (Jiménez, W. 2013), por lo tanto, nos enfocaremos principalmente en la consulta, aplicación e interpretación de las decisiones y resoluciones andinas, teniendo presente que la producción normativa es bastante extensa; a junio de 2023 la Comisión de la Comunidad Andina ha expedido 908 decisiones y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores 915 decisiones (Comunidad Andina, s/f),¹¹ de diversas materias, algunas de ellas han sido derogadas, pero esta es la numeración histórica que nos permite tener una idea de la profusa producción del derecho comunitario andino.

TJCA, 25 de mayo de 1988.

⁹ Interpretación prejudicial del artículo 34 literal d) y del artículo 35 de la Decisión 345. 1.- Cancelación del Certificado de Obtentor por falta de pago de las tasas periódicas para mantener su vigencia. El periodo de gracia. 2.- El principio de complemento indispensable sobre asuntos de Propiedad Industrial; solicitada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, 7 de diciembre de 2021.

¹⁰ Interpretación prejudicial del segundo párrafo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y artículo 123 del Estatuto; supuesto en que los árbitros y tribunales arbitrales, en calidad de <jueces nacionales, están obligados a solicitar interpretación prejudicial al TJCA, 6 de mayo de 2021.

¹¹ Comunidad Andina de Naciones, s/f. Normativa Andina.

El bloque de Constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Si bien el concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en Europa en la década de 1970, y desde allí se emuló su aplicación para los países latinoamericanos, la concepción es muy diferente entre estas dos realidades jurídicas, tal es así que, en principio, el bloque de constitucionalidad de los países europeos como en Francia, España e Italia,¹² estaba conformado por normas nacionales que reconocían derechos que no constaban explícitamente en sus constituciones. Mientras que en Latinoamérica el bloque de constitucionalidad estaba y está conformado por normas internacionales, sobre todo por aquellas referentes a derechos humanos, necesarias para afianzar los procesos políticos y de democracia interna de los países. (Góngora, 2014). De tal forma que, entendemos por bloque de constitucionalidad al conjunto de normas que, no constando expresamente en el texto de la Constitución, forman parte de ella, pues es la misma Constitución quien le reconoce (expresamente) esa calidad.

En Ecuador, se aborda lo concerniente al bloque de constitucionalidad a partir de la Constitución de 1998 en la que se establecía que las normas contenidas en tratados y convenios ratificados por nuestro país formarían parte del ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre leyes y sobre normas de menor jerarquía. (Art 163). Lo que se reafirma con la Constitución de 2008 en la que se reconoce la cláusula abierta en materia constitucional, según la cual los derechos que no constan expresamente en la Carta magna pueden tener estatus constitucional; y en donde también está plenamente reconocida la cláusula de primacía, por la que, de existir alguna controversia entre la norma nacional y un tratado internacional, prevalecerá este último sobre todo cuando sea un tratado de derechos humanos, como lo establece el Art. 424 de la Constitución de la

¹² En 1971 el Consejo Constitucional francés incluyó dentro del parámetro de constitucionalidad a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, a los principios del preámbulo de la Constitución de 1947 y a los artículos de la Constitución de 1958. Por su parte en España se incluyeron en este bloque aspectos relacionados con los estatutos autonómicos de las comunidades; y en el caso italiano se consideraron las competencias de las autoridades regionales, y algunas leyes que limitaban al ejecutivo su papel de legislador. Cf. Manuel Góngora, 2014, p. 306.- 307.

República del Ecuador [CRE] (2008); y aunque el artículo 425 de este cuerpo normativo señala un orden jerárquico de aplicación de tratados y convenios, los cuales son infra constitucionales, pero en las resoluciones de la Corte Constitucional se evidencia todo lo contrario, pues la norma constitucional es tomada como jerárquicamente inferior.

Ahora bien, entre los tratados y convenios suscritos y ratificados por el país y que conforman lo que se denomina como bloque de constitucionalidad, debemos distinguir el *hard law* y el *soft law*, el primero lo constituyen aquellos tratados y convenios ratificados por el país y que son de obligatorio cumplimiento, como el Pacto de San José, que deben cumplirse por el principio *pacta sunt servanda*, y el segundo son todas aquellas decisiones de organismos internacionales que reconocen derechos en casos puntuales y a quienes de forma amplia se consideran como instrumentos internacionales y por lo tanto son vinculantes para el Estado ecuatoriano, como es el caso de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³ Aunque claro, es evidente que los criterios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] y de la Corte IDH son ampliamente aplicados en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, y por lo tanto constituyen indiscutiblemente parte (aunque no de forma exclusiva) del bloque de constitucionalidad, ya que son el referente en materia de derechos humanos para la región.

Normalmente se estima que cuando se realiza el control de convencionalidad de una norma nacional, lo que se hace es analizar si esta norma está o no sintonizada con las garantías y con los criterios de protección de los derechos humanos establecidos en la CIDH; pero hay que tomar en cuenta que el control de convencionalidad va más allá, ya que según lo constante en el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala, y en el caso Masacres de Río

¹³ Como por ejemplo la opinión consultiva OC24/17 de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo» y que fue acogida por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia N° 11-18-CN (matrimonio igualitario).

Negro Vs. Guatemala,¹⁴ la Corte IDH ha manifestado que si un Estado ha ratificado otros tratados internacionales de derechos humanos como por ejemplo la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada o la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, o la Convención Interamericana para Prevenir y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), los Estados están obligados a hacer cumplir estos tratados a través de sus órganos administrativos y judiciales y por lo tanto, deben realizar control de convencionalidad de la norma interna con respecto a estos tratados, los cuales también pasan a ser parte del bloque de constitucionalidad.

Dicho esto, es necesario esbozar si estos criterios se pueden extrapolar a las normas comunitarias; partiremos por señalar que el Ecuador es miembro de la Comunidad Andina, desde la ratificación del tratado constitutivo denominado Acuerdo de Cartagena suscrito en 1969, y es innegable que los convenios, decisiones, declaraciones del Consejo Presidencial Andino, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tratados, protocolos y más documentos emitidos por los órganos de la CAN, constituyen instrumentos internacionales, por lo que la interrogante a responder es si estos instrumentos internacionales (*hard law* y *soft law*, según corresponda), también son parte del bloque de constitucionalidad, o si este bloque de constitucionalidad está limitado por la materia sólo cuando se trate de derechos humanos; aunque claro está, que el sentido amplio de los derechos humanos abarca las diversas actuaciones del ser humano y de la sociedad y por lo tanto los Estados y los organismos supranacionales siempre legislarán o se pronunciarán en observancia a estos derechos.

Constitucionalmente y en el ordenamiento jurídico interno, se puede demandar cuando no se observe lo establecido en el derecho comunitario andino, sobre todo cuando se haya incumplido con la consulta previa obligatoria en caso de confrontación entre una norma nacional y una comunitaria; y en estos

¹⁴ Cuadernillo de Jurisprudencia Nro. 7. p.16-17. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

casos, los jueces constitucionales resolverán con base al ordenamiento supranacional y a la legislación nacional; y a pesar de que la norma comunitaria se la emplee para el reconocimiento de derechos, aún no se la podría considerar como parte del bloque de constitucionalidad, ya que no cabría dentro de la definición de *lato sensu*, porque no son normas que se pueden utilizar para el control constitucional propiamente dicho, ni tampoco se considerarían en *stricto sensu* al no tener jerarquía constitucional pues pese a ser, por la forma, instrumentos internacionales, no cumplen una condición básica que es ser instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que las normas comunitarias fueron creadas con el fin de impulsar la integración económica, comercial, aduanera, industrial, financiera, buscan establecer un mercado regional común (Jiménez, W. 2023), es decir no cumplen con una condición, no son instrumentos internacionales por la materia a la que se refieren.

Jurisprudencia, entre la norma nacional y la norma comunitaria

Para aportar elementos de análisis, es necesario conocer cuál es el criterio de los jueces constitucionales frente al derecho comunitario andino, frente al derecho de integración; al respecto la Corte Constitucional del Ecuador en el dictamen Nro. 028-10-DTI-CC,¹⁵ manifestó, que en «Ecuador la principal fuente de legitimidad en los procesos de integración continúa siendo el respeto a las normas contenidas en la Constitución» lo que ha dado paso a lo que se denomina la «constitucionalización de la integración» que se refiere a que los instrumentos internacionales de integración deben guardar armonía con lo establecido en la Constitución. Criterio que coincide con lo expresado por Pablo Pérez Tremps para quien el poder de integración es un poder infra constitucional, de tal forma que la integración puede ser limitada por la propia Constitución nacional, y por

¹⁵ Dictamen Nro. 028-10-DTI-CC, del caso Nro. 0024-10 -TI del 19 de agosto de 2010, que analizó el Acuerdo de Complementación económica Nro. 59 suscrito entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de La República Oriental del Uruguay, Estados parte del MERCOSUR y los gobiernos de la República de Colombia, Ecuador y Venezuela, como países miembros de la Comunidad Andina.

lo tanto jerárquicamente está sometida a los principios, valores y derechos establecidos en ella.¹⁶

A la luz de esos criterios no puede haber una norma de integración, una norma comunitaria, que esté por sobre lo establecido en la constitución de Ecuador y es por ello que antes de ratificar cualquier tratado o acuerdo integracionista estos deben ser puestos a conocimiento de la Corte Constitucional¹⁷ para que realice el estudio de constitucionalidad necesario e indispensable para su ratificación.

En Colombia, por su parte la Corte Constitucional ha sido más clara al señalar expresamente que ni las normas comunitarias andinas ni los tratados de integración económica son parte del bloque de constitucionalidad, ya que el fin de estos es la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, entre otros, y no el reconocimiento de los derechos humanos; por lo tanto no pueden aplicarse para efectos de realizar control de constitucionalidad o de convencionalidad, a menos que de forma excepcional y de forma explícita y directa la norma comunitaria reconozca y desarrolle algún aspecto de derechos humanos, pues si partimos de la premisa de que todos los tratados buscan mejorar algún aspecto de la vida de los países, eso no es razón suficiente para considerarlos como tratados de derechos humanos (Sentencia C-988).¹⁸ Por lo tanto, se deja en claro que el bloque de constitucionalidad se conforma por cuestiones de la materia y es específico para tratados de derechos humanos, siendo indistinto el órgano u organismo de donde emanen las disposiciones que reconozcan, garanticen o viabilicen estos derechos.

¹⁶ Citado en el Dictamen Nro. 028-10 -DTI-CC

¹⁷ La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. Constitución de la República del Ecuador Art. 438.

¹⁸ Sentencia que fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 822 de 2003 sobre el registro de plaguicidas, por existir controversias con la Decisión 436 de la CAN

Diferente es, cuando las cortes constitucionales resuelven acciones extraordinarias de protección ante la falta de las consultas previas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en caso de que existiera alguna contradicción entre una norma nacional y una norma comunitaria; al respecto la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia Nro. 148-18-SEP-CC ratificó lo establecido en el Estatuto del TJCA sobre la consulta obligatoria y llamó la atención a los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario por no haber certificado que el tribunal de instancia realizó la consulta prejudicial obligatoria, y por no haber declarado la nulidad de lo actuado ante la falta de esta solemnidad sustancial y falta al debido proceso;¹⁹ y como en el caso en análisis, los jueces realizaron, por sí mismos, la interpretación de la norma comunitaria, los jueces constitucionales consideraron que estos distrajeron a las partes de su juez natural y se excedieron de su esfera de actuación constitucional y legal al realizar una actividad interpretativa que no les correspondía. En este caso se aplica la norma comunitaria, porque así está establecido en el procedimiento interno y en el supranacional. Lo cual no puede ser considerado tampoco como un control de convencionalidad o un control comunitario.

Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la acción de incumplimiento Nro. 3-AI-2022 (Efraín Fandiño contra la República de Colombia), ha reiterado que la interpretación prejudicial debe ser valorada como un instrumento procesal que orienta respecto al alcance y contenido de la norma comunitaria andina, como un mecanismo para su control de validez y eficacia, que se realiza dentro de un proceso judicial no contencioso.²⁰ Quedan por fuera de estas interpretaciones (el caso es de propiedad intelectual) todo lo relacionado con materia penal, lo cual se regula por la normativa interna de cada país, ya que la normativa andina en materia de propiedad intelectual no establece un régimen penal. Así mismo recalca que no puede ser concebida como una prueba, como la

¹⁹ Caso Nro. 21-58-16 EP del 18 de abril de 2018. Acción extraordinaria de protección.

²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3- AI-2022 (13 de diciembre de 2022), magistrado ponente: Gustavo García Brito

absolución de un cuestionario, como un informe de expertos o como una opinión doctrinal.

En el mismo orden, en la consulta prejudicial Nro. 152-IP-2014 los magistrados del TJCA señalan que los jueces nacionales que conozcan un recurso extraordinario, como puede ser el caso de un recurso de casación, más allá del cumplimiento de las formalidades de la legislación interna tienen la obligación de hacer prevalecer el derecho comunitario andino y por lo tanto están en la obligación legal de examinar si el juez de última instancia solicitó la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, partiendo del acierto de que esta consulta es esencial, básica y angular para el correcto funcionamiento del sistema subregional: y que en caso de que esto no se hubiera cumplido están en toda la facultad de anular la sentencia.²¹

Respecto a la acción de incumplimiento también existen varias puntualizaciones, como las que realizan en la acción de incumplimiento presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia contra la República de Colombia Nro. 01- AI-2019, donde el TJCA señala que no se puede confundir a esta acción con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción de tal forma que no está en capacidad de otorgar o declarar derechos particulares, como tampoco puede restablecer situaciones jurídicas subjetivas vulneradas, ni anular o revocar actos administrativos.²² Que lo que puede hacer, de ser el caso, es declarar si un país ha incumplido al derecho comunitario andino y será ese país el que en acatamiento de la sentencia tome las medidas necesarias para cesar el incumplimiento y restituya los derechos vulnerados.

Conclusiones

El derecho comunitario andino es un derecho supranacional, que tiene características propias, entre las que destaca la aplicación directa, autonomía,

²¹ Consulta Prejudicial del 20 de febrero del 2015.

²² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 01-AI-2019 (22 de marzo de 2022), magistrado ponente: Hernán Romero Zambrano.

prevalencia y presunción de validez, lo que le permite tener ciertas ventajas sobre el derecho interno de los países; pero aún con estas características se encuentra subyugado ante el derecho constitucional, pues no forma parte del bloque de constitucionalidad, ya que la razón de ser del derecho comunitario va dirigido a crear mercados, a generar comercio, a mejorar las condiciones económicas y de vida de los ciudadanos de los países miembros.

El bloque de constitucionalidad permite darle mayor flexibilidad y dinamismo a la constitución, aunque solo lo hace desde la esfera de los derechos humanos y es por ello que se encuentra constituido por todos los tratados e instrumentos internacionales que tienen relación con la protección de los derechos humanos, lo que también es importante de resaltar, pues en algún momento se pensaba que este bloque (en los países de latino américa) sólo lo constituía el Pacto de San José y que por lo tanto todo el control de convencionalidad estaba dirigido a verificar el cumplimiento de los derechos establecidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pero constantemente hemos observado como se realiza control de convencionalidad respecto a otros tratados internacionales que guardan relación con los derechos humanos.

Si bien las normas comunitarias andinas no son parte del bloque de constitucionalidad, esto no es limitante para que las cortes constitucionales de los países andinos se remitan a ellas cuando el asunto que llega a su conocimiento tenga relación con alguna norma comunitaria, sobre todo en aquellos casos en que por mandato legal era obligatorio el haber realizado la consulta de prejudicialidad, lo que permite que coexistan en nuestro ordenamiento jurídico las normas supranacionales comunitarias, las normas constitucionales y las normas infra constitucionales.

Conflicto de intereses: El autor declara que no tiene ningún posible conflicto de intereses. **Aprobación del comité de ética y consentimiento informado:** No es aplicable a este estudio. **Contribución de cada autor:** E.P. desarrolló las ideas y escribió el artículo. Ha leído y aprobado el manuscrito final. **Contacto:** Para consultas sobre este artículo debe dirigirse a: (✉) eppacheco@utpl.edu.ec

Referencias

Constitución de la República del Ecuador (2008, 20 de octubre). Registro Oficial 449.

- Constitución Política de la República del Ecuador. (1998, 11 de agosto). Registro Oficial 1.
- Comisión de la Comunidad Andina. (1999, 17 de septiembre). Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XVI - Nro. 483.
- Comunidad Andina (s/f). Normativa Andina. <https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/decisiones/>
- Comunidad Andina de Naciones. (1969, 26 de mayo) Acuerdo de Integración Subregional Andino – Acuerdo de Cartagena.
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2001, 28 de junio). Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Decisión 500. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XVII - Nro. 680.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-988. M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2010, 19 de agosto). Dictamen Nro. 028-10-DTI-CC. Caso Nro. 0024-10-TI.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018, 18 de abril). Sentencia Nro. 148-18-SEP-CC. Acción Extraordinaria de Protección.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Cuadernillo de Jurisprudencia Nro. 7: Control de Convencionalidad.
- Góngora, M. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano. En A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Eds), *Ius Constitutionales Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Serie Doctrina Jurídica, (Nro. 688, pp. 301- 328). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Jiménez, W. (2013, julio - diciembre). Papel de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Nro. 23, 87-118. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32438.pdf>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1988, 25 de mayo). Proceso Nro. 2-IP-88. Interpretación Prejudicial de los artículos 56, 58, 76,77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/2-IP-88.doc>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2015, 20 de febrero). Proceso Nro. 152-IP-2014. Consulta Prejudicial.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2017, 29 de noviembre). Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Judiciales. Acuerdo 08/2017. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XXXIV- Nro. 3146.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2021, 6 de mayo). Proceso Nro. 01-IP-2021. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Año XXXVII- Número 4230.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2021, 7 de diciembre). Proceso Nro. 567-IP-2019. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Año XXXVII- Número 4383.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2022, 13 de diciembre). Proceso 3-IA-2022. Acción de incumplimiento.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2022, 22 de marzo). Proceso Nro. 01-AI-2019. Acción de incumplimiento.

Como citar este artículo

Pacheco, Emma (2023). «El derecho comunitario andino en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano». *Analysis* 37, pp. 1-15