

## Comentarios Monográficos

# ¿EN QUÉ MEDIDA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN) PUEDE AFECTAR LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALES?

Pamela Aguirre, Juliana Aguirre Castro\*

Pablo Andrés Alarcón Peña\*\*

**Resumen:** *El objeto del presente trabajo es demostrar el papel que los derechos humanos y los derechos constitucionales deben tener dentro del proceso de integración y cooperación de la Comunidad Andina de Naciones. Es un hecho conocido, que los procesos de integración regional de nuestros países afectan a los derechos humanos en diferentes áreas, tales como el derecho medio ambiental, propiedad intelectual, derecho de trabajo, y la protección legal de los derechos humanos, en especial aquellos contemplados en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, los derechos humanos deben ser la piedra fundamental de los procesos de integración en la región, pues ellos proveen la legitimidad necesaria para promover y consolidar este proceso en la Comunidad Andina de Naciones. En este ámbito, el desarrollo de los derechos humanos en nuestra región ha traído importantes cambios en el sistema constitucional de nuestros países, por ejemplo, el Derecho Internacional de los derechos humanos establecido por convenios y ratificados por los países de la región ha sido reconocido como parte de la Constitución, lo que les ha otorgado mayor jerarquía que otras leyes en el sistema de fuentes de algunos países de la región; otro importante avance es el reconocimiento de los “nuevos derechos” en nuestros sistemas constitucionales. Estos principios no deben ser omitidos en el proceso de integración de la Comunidad Andina, al contrario deben ser respetados y promovidos como valores entre los Estados y requerimientos que sirvan como límites del proceso de integración. Es por este motivo, que debe promoverse la Carta Andina de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, como fuente de inspiración e interpretación del Tribunal Andino de Justicia y la Comunidad Andina de Naciones.*

**Palabras Clave:** *Derechos humanos, derechos constitucionales, Comunidad Andina de Naciones, procesos regionales de integración, protección legal de los derechos humanos, reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, promover y consolidar los procesos de integración, principios y valores para promover los procesos de integración, Carta Andina de Promoción y Protección de Derechos Humanos, Tribunal Andino de Justicia.*

**Abstract:** *The objective of the present paper is to show the role that human rights and constitutional rights must play in the Andean Community of Nations' integration and cooperation process. It is a well known fact that regional processes of integration in our countries affect human rights in different areas, such as environmental rights, intellectual property law, labor rights, and legal protection of human rights, especially the one based on the recognition of economic, social and cultural rights. Indeed, the inclusion of human rights in the integration process is the fundamental stone needed to provide the legitimacy required to promote and consolidate the integration process in the Andean Community of Nations. As a matter of fact, the development of human rights in our region has brought important changes in the constitutional system of our countries, it is the case that international human rights law established by Convention and ratified by the States is*

*recognized as a part of the Constitution in some Latin-American States, which gives them superior hierarchy than other laws that are part of their legal system; another important improvement is the recognition of “new rights” in the constitutional system of our countries. These principles should not be omitted in the integration process of the Andean Community, but they must be respected as values that must be promoted among States and requirements such as the limits of the integration process. In this matter, it is necessary to promote the Andean Charter for the Promotion and Protection of Human Rights as a source of inspiration and interpretation for the Andean Tribunal of Justice and the Andean Community of Nations.*

**Key words:** *Human rights, constitutional rights, Andean Community of Nations, regional processes of integration, legal protection of human rights, recognition of economic, social and cultural rights, promote and consolidate the integration process, principles and values to promote the integration process, Andean Charter for the Promotion and Protection of Human Rights, Andean Tribunal of Justice.*

## INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son un invento del ser humano para impedir catástrofes que amenazan la vida humana<sup>1</sup>, en tal virtud su reconocimiento ha sido uno de los grandes logros del siglo XX que no puede ser desconocido a ningún nivel del ejercicio de poder, ni aún a pretexto de procesos supranacionales de orden económico.

Los diferentes procesos de integración regional en las distintas latitudes al momento de su nacimiento no han tenido como una de sus preocupaciones la defensa de los derechos

---

\* Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad del Azuay, mejor egresada promoción 2007, Presea Honorato Vázquez, Diploma Superior en Derecho Constitucional, y Magíster en Derecho, con mención Derecho Tributario, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Magíster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, Candidata a Doctora en Derecho (PHD) Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Actualmente se desempeña como Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador y profesora invitada de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador y docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil Ecuador. Profesora de las materias: derechos de protección y garantías constitucionales, argumentación jurídica, interpretación y argumentación penal, garantías jurisdiccionales de los derechos. Se pueden contactar con la profesora al mail pame\_aguirre@hotmail.com

\*\* Baccalaureus Artium en Ciencias Jurídicas Universidad San Francisco de Quito; Abogado Universidad San Francisco de Quito; Diploma Superior en Derecho, mención derecho constitucional Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Magister en Derecho, mención derecho constitucional Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Candidato a Doctor en Derecho (PHD) Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Actualmente se desempeña como Asesor de Presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador y docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil – Ecuador. Profesor de las materias: Sistemas Jurídicos Comparados, Sistemas de Fuentes del Derecho, Garantías Constitucionales, Sistemas de Protección de los Derechos Constitucionales, Metodología de la Investigación. Entre sus publicaciones destacan: La mal llamada jurisdicción del Tribunal Supremo Electoral del Ecuador (Quito, 2006); Las resoluciones del Tribunal Supremo Electoral como objeto de la acción de amparo constitucional (Quito, 2006); La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana (Quito, 2009); Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección. (Quito, 2010); Exenciones tributarias: un derecho constitucional de las personas con discapacidad, (Quito, 2011). Se pueden contactar con el profesor al mail palarconpe@gmail.com

<sup>1</sup> Véase Calos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1984.

constitucionales y humanos, la finalidad económica hizo que el objeto de los Estados contratantes se aleje de la protección de los derechos humanos, sin embargo, es el propio desarrollo de estos procesos, en el marco de un sistema democrático, el que demanda la inclusión y desarrollo de estos derechos.

El déficit democrático que sufren los procesos de integración regional se hace evidente en virtud del principio de primacía de los derechos humanos y constitucionales frente a los compromisos asumidos por los Estados en los tratados fundacionales y posteriormente en el desarrollo del derecho comunitario derivado. La incidencia de estos procesos en materia de derechos humanos se hace notoria en campos como el laboral, ambiental, propiedad intelectual, mecanismos procesales de tutela de los derechos, derechos económicos, sociales y culturales, entre otros.

Es conocido que los procesos de integración comportan la transferencia del ejercicio de competencias estatales a instancias supranacionales con lo cual se crea un orden jurídico propio, denominado derecho comunitario<sup>2</sup>, mismo que goza de eficacia directa y aplicación directa, es así que las repercusiones de los procesos de integración no se limitan a determinados sectores productivos, sino pretende vincular globalmente las economías de los países miembros, que en ocasiones trasciende a la esfera de lo social y político<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> No es el tema del artículo pero vale la aclaración que en la Comunidad Andina se ha utilizado indistintamente los términos de cesión, atribución, transferencia parcial, para denominar el traslado de competencia a los órganos supranacionales; así en BOLIVIA el artículo 257 establece como exigencia de la participación directa del pueblo para la aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación de los tratados internacionales que implique: “1. *Cuestiones limítrofes*. 2. *Integración monetaria*. 3. *Integración económica estructural*. 4. **Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.**”. En PERÚ la posibilidad de trasladar ámbitos competenciales estatales a instancias externas se encuentra implícita en dos de sus disposiciones, las contenidas de los artículos 56 numeral 2 y 57. La primera de ellas ordena que los tratados deben ser aprobados por el Congreso previo a su ratificación por el Presidente de la República, siempre que se ocupen de algunas materias, entre ellas, de la soberanía; en tanto que la segunda manifiesta, entre otras cuestiones, lo siguiente: “*Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.*” En ECUADOR el artículo 419 numeral 7 determina que para la ratificación o denuncia de los tratados internacionales se requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional cuando “7. **Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.**”. Finalmente en COLOMBIA la Constitución por medio del artículo 150 numeral 16, autoriza al Congreso de la República para la expedición de leyes que aprueben tratados, por medio de las cuales opere una **transferencia parcial de determinadas atribuciones o competencias a organizaciones internacionales**, dentro de las cuales puede encontrarse las que persiguen la promoción y consolidación de la integración económica con otros estados. (El énfasis nos pertenece)

<sup>3</sup> Así el Art. 423 de la Constitución dispone “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. *Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.*

2. *Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y*

En este orden de ideas, la incorporación de los derechos humanos y sus garantías es un punto neurálgico en el proceso CAN, toda vez que por medio de este mecanismo se propenderá a consolidar la integración, con la introducción precisamente de un elemento ético-jurídico, el cual le proporcionará legitimidad y ofrecerá sólidas bases para la intensificación de la integración.

## I. DESARROLLO

### 1. *Desarrollo de los derechos constitucionales y humanos en América Latina*

Uno de los dos elementos peculiares que se ha desarrollado en el constitucionalismo latinoamericano y relacionados con nuestro tema de estudio es la constitucionalización de las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos<sup>4</sup> y la ampliación de la carta de derechos constitucionales, independientemente de su consagración formal; procesos que han conllevado importantes cambios tanto en la parte orgánica y sobre todo en la parte dogmática de las Constituciones latinoamericanas.

En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos más recientes (Ecuador y Bolivia, miembros de la CAN) se observa una vigorosa tendencia hacia el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales, no referidas a derechos constitucionales. Hasta tal punto llega esta transformación en la jerarquía de las fuentes del derecho, que en algunas constituciones las normas internacionales sobre derechos humanos establecidas convencionalmente y ratificadas por cada uno de los Estados, se incorporan directamente al orden constitucional, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento, mediante su inclusión en lo que la doctrina denomina “*bloque de constitucionalidad*”.

En esta dirección encontramos por ejemplo el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991<sup>5</sup>, al igual que la disposición final cuarta de la Constitución peruana de 1993<sup>6</sup>, que

---

*el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.*

3. *Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.*

4. *Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.*

5. *Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.*

6. *Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.*

7. *Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.”*

<sup>4</sup> Véase Rodrigo Uprimy, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, Inédito, 2010.

<sup>5</sup> El Art. 93 de la Constitución colombiana establece “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los

establecen la prevalencia absoluta de los tratados y convenios internacionales que versan sobre derechos humanos y la obligatoriedad de la interpretación sistemática de la parte dogmática de la constitución de conformidad con los instrumentos de derecho internacional ratificados por cada uno de esos países.

El segundo elemento peculiar del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que afecta tanto a la teoría general de los derechos fundamentales como la hermenéutica constitucional, es la ampliación de la carta de derechos con la incorporación de “*nuevos derechos*”, entre los que podemos citar, con un propósito exclusivamente enunciativo, aquellos que resguardan al ciudadano frente a los abusos de poder causados por el mal uso de la tecnología (*habeas data*)<sup>7</sup>, los derechos de titularidad colectiva o difusa, entre los que debemos destacar el derecho al medio ambiente sano que incluye el derecho al equilibrio ecológico, la protección a la diversidad biológica, derecho a la ciudad<sup>8</sup>, disposiciones regulatorias del uso del genoma de los seres vivos<sup>9</sup>, el novedoso derecho a la paz<sup>10</sup> o finalmente los derechos que protegen las particularidades étnicas y culturales diferenciadas de los pueblos indígenas<sup>11</sup>.

---

estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”

<sup>6</sup> La disposición final cuarta de la Constitución dispone “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materia ratificados por el Perú”

<sup>7</sup> El Art. 15 de la Constitución Colombiana de 1991 establece “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se haya recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”. Por su parte el artículo Art. 92 de la Constitución ecuatoriana preceptúa “Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

*Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.”*

<sup>8</sup> Véase Art. 31 de la Constitución ecuatoriana.

<sup>9</sup> Véase Art. 127 de la Constitución venezolana.

<sup>10</sup> Véase Art. 22 de la Constitución colombiana.

<sup>11</sup> Véase Capítulo VIII, artículo 119 a 126 de la Constitución venezolana.

En este aspecto es importante anotar que estos modelos constitucionales incorporan las denominadas cláusulas de apertura de los derechos, es decir, existe el carácter no taxativo de las declaraciones de derechos incorporadas en las constituciones. Así por medio de este tipo de prescripciones constitucionales se permite dar una protección reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras, que no obstante haber sido excluidas de la enumeración constitucional de los derechos constitucionales, debido a su conexidad con la dignidad de la persona, merecen ser garantizados a través de su reconocimiento como derechos, disposición que además facilita la interpretación dinámica de la Constitución conforme a las distintas realidades que pudiesen llegar a presentarse<sup>12</sup>.

Es así que podemos observar, que tanto la tutela de los derechos humanos y logros alcanzados en materia de derechos constitucionales en América Latina es un resultado de la constante lucha social y del debate que se ha originado en estas latitudes, garantías que no puede encontrar su vía de escape en el derecho comunitario andino, es decir, no puede aceptarse que bajo el pretexto de integración desaparezcan los logros básicos de libertad, igualdad y democracia alcanzados en estos últimos años.

## 2. *El rol que desempeñan los derechos constitucionales y humanos en los procesos de integración*

Múltiples y trascendentales son las funciones que los derechos constitucionales y humanos desempeñan dentro de procesos de integración comunitaria, en esta línea y para guiar mejor nuestro estudio mencionaremos cuatro dimensiones, siguiendo la descripción propuesta por Jesús María Casal<sup>13</sup>, en las cuales los derechos humanos y constitucionales adquieren importancia dentro de los procesos de integración.

### A. *Como fundamentos o bases del proceso de integración*

Los derechos humanos y constitucionales representan uno de los pilares sobre los que descansa los procesos de integración, por constituir un acervo de valores compartidos por los Estados miembros, sin embargo, esto no se traduce en que la protección de los derechos constitucionales y humanos figure entre los objetivos de los procesos de integración económica, toda vez que su fin reside en el desarrollo de ámbitos productivos.

Sin embargo de lo anotado, en las frases introductorias del Acuerdo de Cartagena, los Estados parte afirman que actuarán “*Fundados en los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia*”, valores que sin lugar a duda comprenden a los derechos constitucionales y humanos, en esta contexto el artículo 1 del mismo cuerpo normativo determina que los “*objetivos (que se persiguen por medio del proceso de integración) tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión*”, con lo cual podríamos colegir que dentro de la Comunidad se persigue, conjuntamente con el desarrollo económico la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>12</sup> Véase Art. 94 de la Constitución colombiana, Art. 11 numeral 7 de la Constitución ecuatoriana.

<sup>13</sup> Véase Jesús María Casal H., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, en *V Curso Regional Andino de Derechos Humanos organizado por la Comisión Andina de Juristas y publicado por el Consejo Consultivo Laboral Andino en el marco del Proyecto de Consolidación de los Órganos Técnicos del CCLA* que financia la AECI y la Fundación Paz y Solidaridad de España, Perú, 2006.

Adicionalmente, una exigencia que en el proceso CAN se han impuesto los Estados parte es el de la democracia, en efecto con la aprobación del Protocolo Adicional sobre el “*Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia*” en 1998, se presupone a ésta como uno de los elementos básicos que permite la eficacia de los derechos humanos y constitucionales dentro de los Estados miembros de la comunidad.

B. *Principios cuya preservación permite la incorporación o mantenimiento de un Estado en el acuerdo de integración*

Una importante expresión de la relevancia de los derechos humanos en los procesos de integración es la observancia a los mismos como una condición para el ingreso de un Estado a la organización o para su permanencia en ella. La incorporación de esta condición en los respectivos tratados se asemeja a la llamada cláusula democrática contemplada en varios instrumentos internacionales.

Como quedo anotado en el punto anterior, con la aprobación del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena denominado “*Compromiso por la Democracia*” en la CAN se ha enfatizado la importancia en la vigencia de las instituciones democráticas dentro de los países miembros y terceros que deseen ingresar, y es en este sentido que lo preceptuado en el Art. 1 del prenombrado instrumento establece “*La plena vigencia de las instituciones democráticas y el estado de derecho son condiciones esenciales para la cooperación política y el proceso de integración económica, social y cultural en el marco del Acuerdo de Cartagena y demás instrumentos del Sistema Andino de Integración*”.

La ruptura del carácter de las “*condiciones esenciales*” en la vigencia de las “*instituciones democráticas*” de los Estados miembros, da lugar a la medidas contempladas en el Art. 4, entre las cuales consta la suspensión de la participación del Estado en determinados órganos, proyectos o ámbitos de acción de la Comunidad, hasta incluso llegar a la suspensión de los derechos del Estado derivados del Acuerdo de Cartagena<sup>14</sup>.

Ahora bien, es de señalar que los requisitos para el ingreso a la CAN se encuentran contemplados en el Art. 133 del Acuerdo de Cartagena, sin que en dicho precepto convencional exista mención expresa al *respeto de las instituciones democráticas, ni de los derechos*

---

<sup>14</sup> “Art. 4.- Si el resultado de las consultas mencionadas en el Artículo anterior así lo estableciera, se convocará el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el cual determinará si los acontecimientos ocurridos constituyen una ruptura del orden democrático, en cuyo caso adoptará medidas pertinentes para propiciar su pronto restablecimiento.

*Estas medidas conciernen especialmente a las relaciones y compromisos que se derivan del proceso de integración andino. Se aplicarán en razón de la gravedad y de la evolución de los acontecimientos políticos en el país afectado y comprenderán:*

a. *La suspensión de la participación del País Miembro en alguno de los órganos del Sistema Andino de Integración;*

b. *La suspensión de la participación en los proyectos de cooperación internacional que desarrollen los Países Miembros;*

c. *La extensión de la suspensión a otros órganos del Sistema, incluyendo la inhabilitación para acceder a facilidades o préstamos por parte de las instituciones financieras andinas;*

d. *Suspensión de derechos derivados del Acuerdo de Cartagena y concertación de una acción externa en otros ámbitos; y,*

e. *Otras medidas y acciones que de conformidad con el Derecho Internacional se consideren pertinentes.”*

*humanos*, sin embargo, el mismo precepto establece que las condiciones para el ingreso serán definidas por la Comisión, con lo cual se deja abierta la posibilidad que sea la Comisión quien imponga los requisitos antes enunciados.

Con relación a la anuencia sobre la condición de miembro asociado a países ajenos al proceso, en la Decisión 613 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 7 de julio de 2005, por medio de la cual se confirió tal condición a los países del MERCOSUR, se estableció que: “*Los Miembros Asociados deberán adherir al Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena ‘Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia’ y a la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*”. Es decir, gracias a este precepto se desprende que el compromiso por la vigencia de las instituciones democráticas y de los derechos humanos se convierte en requisito forzoso para la vinculación a la Comunidad Andina en calidad de miembro asociado, lo que nos lleva a reflexionar que debe ser un requerimiento forzoso para un Estado que desea formar parte del proceso CAN.

#### C. *Como valores que deben ser promovidos*

Sin lugar a duda, los derechos humanos deben ser considerados y promovidos dentro del diseño y ejecución de las políticas comunitarias, y es en este sentido que el Art. 8 del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “*Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia*” dispone “*La Comunidad Andina procurará incorporar una cláusula democrática en los acuerdos que suscriba con terceros, conforme a los criterios contenidos en este Protocolo.*”

En este contexto, la Decisión 485 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de 25 de mayo de 1999, atinente a los “*Lineamientos de la Política Exterior Común*”, consagra a los derechos humanos entre los principios que han de guiar la política exterior de la Comunidad y contempla su promoción y respeto como uno de sus objetivos<sup>15</sup>, haciendo de esta forma visible el objetivo de respeto de los derechos humanos. En el mismo sentido la Decisión 587 de 10 de julio de 2004, relativa a los “*Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina*”, se refiere a la “*promoción y protección de los derechos humanos*”<sup>16</sup> como uno de los principios en que ha de basarse dicha política.

#### D. *Como exigencias que deben ser respetadas*

Uno de los temas que ha ocasionado mayor debate en la actualidad es el referido al límite efectivo que los derechos constitucionales y humanos deben ejercer dentro de los procesos de integración. No hay lugar a discusión que los derechos humanos son barreras de respeto en el ejercicio de las competencias de las instituciones comunitarias y de la actuación estatal cobijada en el Derecho comunitario, en este orden de ideas los sistemas de integración deben cumplir un rol de respeto de los derechos humanos.

Este deber de respeto de los derechos humanos dentro del sistema andino de integración se deduce de instrumentos como el ya mencionado Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “*Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia*”, Tratado constitutivo del Parlamento Andino de 1979, así como su Protocolo Adicional, de 1997, en los cuales se señala que uno de los propósitos del Parlamento Andino es “*Velar por el respeto de los dere-*

---

<sup>15</sup> Véase Arts. 1 numeral I literales d) y e).

<sup>16</sup> Véase Art. 1 numeral II.

*chos humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia para todas las Partes Contratantes*<sup>17</sup>.

Resulta evidente entonces, que la obligación de respeto de los derechos humanos no puede ser ajena a las propias instituciones del sistema de integración, cuyo cumplimiento debe evaluarse en base a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos comunes, en de los cuales los Estados parte del proceso CAN son signatarios, tenemos por ejemplo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Finalmente, en la Carta Andina de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aun con la discrepancia existente acerca de su fuerza jurídica, tema que será abordado más adelante, consta una expresa declaración de la importancia que le asignan los Estados parte a la observancia de los derechos humanos, pues

*Reconocen que todos los derechos humanos deben ser exigibles y reafirman su compromiso de respetar y hacer respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, y en las leyes nacionales, y de adoptar todas las medidas legales y administrativas necesarias para prevenir e investigar los hechos que puedan constituir violaciones de los derechos humanos, asegurar la eficacia de los recursos constitucionales y judiciales, juzgar y sancionar a los responsables de éstas y reparar integralmente a las víctimas, de conformidad con la ley*<sup>18</sup>. (El énfasis nos corresponde)

### 3. Tutela otorgada los derechos humanos y constitucionales dentro de los procesos de integración

#### A. En la Unión Europea

Una primera aclaración antes de analizar lo principal en este punto. En este apartado nos referiremos a derechos fundamentales, toda vez que en Europa existe la distinción entre los derechos fundamentales y constitucionales, por los distintos niveles de exigibilidad existente, lo que no ocurre en nuestra realidad constitucional en virtud del mandato contenido en el Art. 11 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana que prescribe “*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”.

Una vez realizada la aclaración, al punto central de nuestro análisis. Con la profundización de la integración europea surge la conciencia sobre la necesidad de articular formas de tutela de los derechos humanos y fundamentales dentro de la Comunidad, así podemos mencionar al caso *Stauder* de 1969, como el caso hito en la tutela de derechos humanos dentro de la Unión Europea, y es que por medio de la resolución de este proceso que el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se consideró competente para controlar el respeto de los derechos humanos y fundamentales en la aplicación y ejecución del derecho comunitario por parte de las instituciones supranacionales, argumentando principalmente que estos derechos constituyen “*principios generales del derecho comunitario*”. Este

<sup>17</sup> Art. 12 literal c) del Tratado constitutivo del Parlamento Andino y Art. 11 c) del Protocolo Adicional del Tratado constitutivo del Parlamento Andino.

<sup>18</sup> Art. 2 de la Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos, suscrita el 26 de julio del 2002, en Guayaquil – Ecuador.

control se extendió posteriormente a los actos de los Estados miembros dictados dentro de las competencias del derecho comunitario desde 1989<sup>19</sup>.

Aunque es un gran paso en materia de tutela de derechos fundamentales y humanos que de ninguna manera debe ser menospreciado, la consideración que estos derechos se constituyan en “*principios generales del derecho comunitario*” impide que sean

“...*protegidos o desarrollados por los órganos políticos, que se han de limitar a respetarlos; son normas no escritas, que sólo los jueces pueden definir y utilizar para basar en ellas su decisión, aunque deban ser tenidas en cuenta por las instancias normativas para no infringirlas con sus propias decisiones. Son normas de control, no de apoderamiento o mandato y, en consecuencia, como principios generales sólo pueden valer Derechos susceptibles de garantía judicial*”<sup>20</sup>

Es decir, gracias a esta interpretación los derechos humanos y fundamentales no son fuente inmediata del derecho comunitario europeo, sino tan solo fuente mediata vía *principios generales del derecho*.

Ahora bien, aún con la categoría de “*principios generales del derecho comunitario*” el Tribunal de Comunidades Europeas abrió paso al notable desarrollo jurisprudencial<sup>21</sup>, al asumir el control de la normativa comunitaria desde la observancia de los derechos fundamentales y humanos. Así el TJCE consolidó por esta vía el monopolio la interpretación de la normativa comunitaria y primacía sobre las Constituciones de cada Estado<sup>22</sup> impidiendo de esta manera que cada Tribunal Constitucional estatal tutele los derechos humanos y fundamentales cuando se trate de normas y actos comunitarios.

<sup>19</sup> Véase Jesús María Casal H., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, en V Curso Regional Andino de Derechos Humanos organizado por la Comisión Andina de Juristas y publicado por el Consejo Consultivo Laboral Andino en el marco del Proyecto de Consolidación de los Órganos Técnicos del CCLA que financia la AECI y la Fundación Paz y Solidaridad de España, Perú, 2006, p. 9 y 10.

<sup>20</sup> Francisco Rubio Llorente, “Mostrar los derechos in destruir la unión”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas S.A., 2002, p. 144

<sup>21</sup> Derechos como: dignidad humana (sentencia Casagrande de 1974), principio de igualdad (asunto Klöckner-Werke AG de 1976), principio de no discriminación (asunto Defrenne/Sabena de 1976), libertad de asociación (sentencias Confédération syndicale, Massa de 1974), libertad de religión y creencias (sentencia Prais de 1976), protección de la vida privada (sentencia National Panasonic de 1980), secreto médico (asunto Comisión /República Federal de Alemania de 1992), derecho a la propiedad (sentencia Hauer de 1979), libertad profesional (sentencia Hauer de 1979), libertad de comercio (sentencia Intern. Handelsgesellschaft de 1970), libertad económica (sentencia Usinor de 1984), libertad de competencia (sentencia Francia de 1985), respeto de la vida familiar (asunto Comisión/Alemania de 1989), derecho a la tutela judicial eficaz y a un procedimiento equitativo (sentencia Johnson/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary de 1986; sentencia Pecastaing/Bélgica de 1980), inviolabilidad del domicilio (sentencia Hoescht AG/Comisión de 1989), libertad de opinión y de publicación (sentencia VBVB,VBVB de 1984). Véase <http://europea.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/133021.htm>. 08-09-2011.

<sup>22</sup> Véase Francisco Rubio Llorente, “Mostrar los derechos in destruir la unión”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas S.A., 2002, p. 143.

En esta lógica, los derechos así configurados por el TJCE han sido funcionalmente garantizados en relación con los bienes y actividades de la Unión Europea, por lo que podemos decir entonces, que no existe una protección absoluta de los derechos fundamentales y humanos, sino solo aquellos que tienen relación con la función de la Unión Europea. Es decir, el TJCE se hace cargo de la tutela de derechos en tanto tengan relación con las competencias asumidas por la UE. Sin embargo, y valer resaltar que en el proceso comunitario europeo al no constar las materias cuyo ejercicio se transfiere a la comunidad expresamente definidas, y en virtud de la expansión progresiva del proceso, la tutela de los derechos vía pretoriana por parte del TJCE también deberá irse ampliando.

Es importante señalar en este aspecto, que el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales dentro del ordenamiento comunitario europeo surge a partir de la resistencia de los Tribunales Constitucionales europeos, en especial el alemán e italiano, a no abdicar en su función de protección de los derechos fundamentales y humanos. Y es en este sentido que en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de mayo de 1974 (en la que se instaura la tesis denominada Solange I), declaró que en tanto careciese las Comunidades Europeas de “*un catálogo codificado de derechos fundamentales*” que dotase de seguridad jurídica a la protección de los derechos fundamentales y “*mientras que esta certeza jurídica, que no se garantiza meramente por las sentencias del TJCE aunque éstas hayan sido favorables a los derechos fundamentales, no se alcanza en el curso de la futura integración de la Comunidad*”, el Tribunal Constitucional alemán se reserva su propia competencia, para controlar la constitucionalidad de las normas comunitaria que afecten a los derechos fundamentales<sup>23</sup>.

Es con esta decisión hito que el Tribunal Constitucional Federal alemán instauró los siguientes principios en relación de la tutela de derechos humanos y fundamentales en el derecho comunitario:

1. *Que ante una oposición entre derechos fundamentales y derecho comunitario debían prevalecer los primeros.*
2. *Que quien tenía que reparar la vulneración era el Tribunal de Justicia de las Comunidades.*
3. *Que, si dicha reparación no prosperaba, debían actuar los tribunales alemanes*
4. *Que, dichos tribunales, incluido el Tribunal Constitucional Federal, sólo podían inaplicar la norma comunitaria, sin declarar su invalidez*<sup>24</sup>

Lo que pretendió el Tribunal Constitucional Federal alemán fue tutelar el principio fundamental de una protección jurídica efectiva, es decir, asumir la competencia de tutela de los derechos humanos y fundamentales ante el vacío del sistema comunitario en esta materia. Es en esta línea que el Tribunal Federal Alemán declaró posteriormente que “*existe ya ‘un nivel de protección mínimo de los derechos fundamentales que satisface en principio las exigencias desde el punto de vista del Derecho Comunitario’ nivel que no debe ser idéntico al interno sino ‘equivalente’.* Concluye el Tribunal Constitucional Federal alemán indicando que, *mientras se dispense esa protección no llevará a cabo control alguno del Derecho Comuni-*

<sup>23</sup> Álvaro Rodríguez Bereijo, “El valor jurídico de la carta de los derechos fundamentales”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas S.A., 2002, p. 203.

<sup>24</sup> Pablo Pérez Tremps, *Constitución Española y Comunidad europea*, Madrid, Civitas S.A., 1994, p. 152.

tario”<sup>25</sup>, con lo cual, el Tribunal considero que la tutela que otorga en materia de derechos humanos y fundamentales es subsidiaria, es decir, opera solo ante el inexistente control por parte del TJCE.

La exigencia que la protección a nivel comunitario sea “*equivalente*” a la protección de los derechos constitucionales y humanos otorgada dentro de los sistemas internos, fue interpretada como que no puede traducirse en identidad de protección, pues ello implicaría que el ordenamiento comunitario sea el mismo que los ordenamientos nacionales, lo cual supondría la anulación de la idea misma de integración (reconocimiento de diversidad de ordenamientos) y conduciría a otra forma de consolidación política, la federal. Esta “*equivalencia de protección*” el Tribunal Federal alemán la ha entendido en el sentido que la protección de los derechos fundamentales debe ser similar, aunque las técnicas varíen, es decir, el requisito de equivalencia se cumple cuando existe tutela de derechos humanos y fundamentales aun cuando los mecanismos entre los ordenamientos comunitario y nacionales disímiles, lo que a nuestra consideración no podría variar es el nivel de protección, tema que resulta por demás conflictivo y que no ha sido resuelto todavía por parte del TJCE, ni por la justicia constitucional de los Estados parte.

Por su parte, la Corte Constitucional italiana desde su decisión SCCI 183/1973, denominado caso *Frontini* ha mantenido como límite al proceso de integración los “*derechos inalienables de la persona humana*” correspondiéndole por lo tanto el control que éste límite no sea rebasado por el derecho comunitario (SCCI 232/1975, caso *Industrie Chimiche Italia Centrale*). Posteriormente, en esta misma línea con la decisión SCCI 170/1984 la Corte Constitucional posibilitó a que los jueces y tribunales ordinarios no apliquen normas nacionales contrarias al derecho comunitario, manteniendo como límite para su aplicación los derechos inalienables de la persona humana y los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano<sup>26</sup>.

La falta de un cuerpo normativo que establezca de una manera clara y precisa el catálogo de derechos fundamentales de la Comunidad Europea ha llevado a pensar la opción teórica de procurar la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de manera que la última palabra en materia de derechos humanos la tenga siempre el Tribunal de Estrasburgo (TJCEDH), incluso cuando el acto cuestionado por vulnerar derechos humanos provenga exclusivamente de la aplicación del derecho comunitario, previo agotamiento de los recursos que ofrece el ordenamiento jurídico comunitario.

Así en un principio parecía éste el criterio que el TJCE iba a manejar, toda vez que en la sentencia sobre el asunto denominado *Nold*, de 14 de mayo de 1975, el TJCE se pronunció precisando que no sólo serán las tradiciones comunes estatales, *principios generales del derecho comunitario*, las que inspiren su labor en la tutela de los derechos humanos y fundamentales, sino que también podrán acudir a “*los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o de los que sean signatarios*”, dejando entrever con este pronunciamiento, la singular función que cumple el

---

<sup>25</sup> Véase Pablo Pérez Tremps, *op.cit.*, p. 153.

<sup>26</sup> Véase *Ibidem*, p. 154

CEDH en la garantía de un estándar mínimo europeo en la protección de los derechos humanos dentro del proceso comunitario<sup>27</sup>.

Sin embargo este criterio no se mantuvo pues posteriormente tanto de la jurisprudencia del TJCE, así como de la del TJCEDH se pudo deducir que la regulación de la CEDH no tiene más que un carácter eminentemente inspirador dentro del proceso comunitario europeo. De la jurisprudencia del primero, TJCE, se puede hacer mención a la sentencia denominada *Johnston*, de 15 de mayo de 1986, número 222/84, por medio de la cual se declara que la CEDH es un texto que “*conviene tener en cuenta*”, pero que “*no vincula a la Comunidad en cuanto tal y no constituye un elemento de Derecho comunitario*”<sup>28</sup>. En tanto que en la jurisprudencia del TJCEDH podemos mencionar el caso *Bosphorus Airways vs. Irlanda* resuelto mediante sentencia de 30 de junio de 2005, en el cual, ante la denuncia de violación de derechos humanos originada por la estricta ejecución de autoridades irlandesas de normas comunitarias, el TJCEDH abordó la problemática de las relaciones entre la protección comunitaria de estos derechos y la que tiene encomendada con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, estableciendo que si la Unión Europea ofrece en términos generales una protección de los derechos humanos equivalente a la asegurada por el Convenio, no entrará a controlar las decisiones o normativas comunitarias, ni los actos estatales de estricta aplicación, a menos que en el caso concreto se observe una insuficiencia manifiesta en la tutela del derecho<sup>29</sup>.

Solventar la pregunta ¿cuando resulta manifiesta la tutela del derecho?, no es una cuestión pacífica de solucionar, y el panorama se complica más si la protección dispensada a nivel comunitario no debe ser idéntica a la de los sistemas jurídicos nacionales sino tan sólo equivalente. Finalmente sobre este aspecto es de anotar que la solución que la Unión Europea se adhiera al CEDH ha sido rechazada por el TJCE en 1996, para lo cual se argumentó que de acuerdo con los tratados de la Comunidad Europea el Tribunal, el TJCE carecía de competencias para celebrar un tratado internacional<sup>30</sup>.

Ante la ausencia de un catálogo de derechos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea promulgada en diciembre del año 2000, conocida como Carta de Niza, colmo el vacío de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea sobre una “*Declaración de Derechos*” aplicables ante las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales por las instituciones y órganos comunitarios, haciendo visible la conciencia de la necesidad de articular la protección comunitaria de los derechos humanos y fundamentales.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es proclamada en la ciudad de Niza conjuntamente por el Consejo Europeo, la Comisión y el Parlamento Europeo, sin que se le haya otorgado un valor jurídico obligatorio. Sin embargo de ello, y a pesar de no poseer valor jurídico vinculante para las instituciones comunitarias, la Carta sirve de guía para la interpretación de los derechos fundamentales para el TJCE. La denominación que se le da a la esta Carta es variado pero el sentido esencial se mantiene como una “*f fuente de inspiración*” en tanto una codificación de los derechos y valores de las tradiciones constitu-

---

<sup>27</sup> Véase Marco Aparicio Wilhelmi, *Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El Art. 93 de la Constitución española como cláusula de apertura en la interrelación ordinal en un marco pluralista*, Universitat Autònoma de Barcelona, tesis doctoral, capítulo II, 2002.

<sup>28</sup> Véase *Ibidem*.

<sup>29</sup> Véase Jesús María Casal H., *op. cit.*

<sup>30</sup> Véase Jesús María Casal H., *op. cit.*

cionales comunes de los Estados miembros, o como “*documento interpretativo*” en la aplicación de los actos de las instituciones comunitarias<sup>31</sup>.

#### B. *En la Comunidad Andina*

Para partir al análisis de la protección de los derechos humanos y constitucionales a nivel de la Comunidad Andina, en primer lugar haremos referencia al grado de integración existente en este proceso, para lo cual nos apoyaremos en los conceptos de derecho comunitario.

Caloggero Pizzolo realiza una distinción entre derecho de integración y derecho comunitario en el sentido que al derecho de integración le es aplicable las normas del derecho internacional general, éste nunca dotado de autonomía que le permita obtener identidad fuera de él, de tal modo que la denominación derecho de integración hace referencia a un tipo de proceso de integración jurídicamente regulado por el derecho internacional general, es decir un tipo de asociación y cooperación. En tanto que derecho comunitario es una especie de los procesos de integración, el comunitario se encuentra determinado por principios diversos jurídicamente, regulados por él mismo<sup>32</sup>.

Pérez Tremps considera que debe partirse de la distinción entre el derecho de la integración, como género, más cercano al derecho internacional, pero particularizado en función del marco en el que se produce y de los objetivos a los que atiende, y el Derecho comunitario, como especie a la que tiende a evolucionar el género, ordenamiento jurídico propio dotado de autonomía frente al derecho internacional, gracias a los principios de efecto directo y primacía de sus normas, así como por los procedimientos de adopción de decisiones<sup>33</sup>.

Queda claro entonces, a partir de esta distinción de tipo terminológico, que integración guarda alusión con un proceso de cooperación, no así con el derecho comunitario autónomo. En esa línea, las cláusulas constitucionales que se refieren a “*integración*” no tienen relación con el derecho comunitario, y por consiguiente la lectura sistemática de los textos constitucionales latinoamericanos darían lugar a la interpretación que respecto al control de los tratados de integración es plenamente procedente el control de constitucionalidad previsto para el caso del derecho internacional general.

Ahora bien, la óptica de la real voluntad de integración de los Estados parte reflejada, en primer lugar, por en el grado de cesión del ejercicio de competencias soberanas, y en segundo lugar, por su libertad para responder a los compromisos comunitarios, son los elementos que denotan que un proceso se sitúe en un plano de integración o un proceso comunitario. Es decir, el derecho comunitario sería un sistema jurídico que nace del derecho de integración, pero que por su desarrollo adquiere autonomía del derecho internacional. La cesión paulatina del ejercicio de competencias estatales nos lleva a la conclusión que la integración es un fenómeno gradual y dinámico, en el que coexisten distintos grados de evolución, tanto en su planteamiento inicial como en su desarrollo ulterior.

La Comunidad Andina con la estructura supraestatal de la que se encuentra dotada, rebaso el nivel de la integración, sin embargo, no ha llegado a los niveles comunitarios euro-

---

<sup>31</sup> Véase Álvaro Rodríguez Bereijo, *op. cit.*

<sup>32</sup> Véase Caloggero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, Ediart, 2002, p. 86-87

<sup>33</sup> Véase Pablo Pérez Tremps, *op. cit.*

peos, por lo que podríamos decir, que el proceso de integración andino se encuentra en un nivel intermedio entre la integración en el sentido del derecho internacional general y el derecho comunitario, lo cual no ha permitido que el debate de la garantía de los derechos humanos y constitucionales sea una cuestión primordial a resolver.

Y es así que a diferencia de lo ocurrido en el proceso comunitario europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCAN) en su operar ha sido pasivo en relación a la tutela de los derechos constitucionales y humanos, limitándose a las fuentes que comprende el ordenamiento comunitario conforme lo determina el Art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>34</sup>. Así lo demuestra por ejemplo el fallo de 20 de febrero de 2002, proceso 56-DL-2001, en el cual se alegaba vulneraciones a derechos humanos por parte de las instituciones comunitarias, sin embargo el TJCAN resolvió el caso sin necesidad de pronunciarse sobre su competencia para examinar violaciones a derechos humanos cometidas por instancias comunitarias<sup>35</sup>.

No obstante lo anotado en el punto anterior, el TJCAN si ha recurrido a los *principios generales*, en igual sentido que el TJCE para realizar la interpretación e integración del derecho comunitario andino, así por ejemplo tenemos los fallos en los procesos: 4-N-92 de 28 de enero de 1993 en el cual el TJCAN declaró en relación con el derecho a la defensa y al debido proceso que la solución recogida en la Resolución impugnada “*resultaría contraria a los principios generales del derecho, al principio de legalidad, al derecho de defensa y al principio del debido proceso*”. En la sentencia del proceso 2-AI-96 de 13 de agosto de 1997 el Tribunal aplica el principio de inmutabilidad de la sentencia con autoridad de cosa juzgada y se sustenta para ello en la categoría de los *principios generales del derecho*. En el proceso 116-AI-2003, sentencia de 21 de abril de 2004 el TJCAN invoca, con igual fundamentación, el principio de admisibilidad del desistimiento en todo estado del proceso mientras no se haya pronunciado el fallo definitivo, con la misma categoría de *principios generales*<sup>36</sup>. Finalmente la sentencia del proceso 90-IP-2008 de 22 de agosto del 2008 determina que:

*“Más allá de los fines meramente empresariales, de eficiencia y productividad, la normativa comunitaria en esta materia debe interpretarse siempre teniendo en cuenta los derechos de primer orden enunciados, ya que la libertad empresarial debe desarrollarse dentro del marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales y, por lo tanto, no es un derecho absoluto que no tenga límites. Es por lo anterior, que todos los artículos que componen la Decisión 197 deben observarse a la luz de este principio en conjunción con el objetivo principal del desarrollo de la ganadería y la agroindustria en la región”* (El énfasis nos pertenece)

<sup>34</sup> “Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

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

<sup>35</sup> Véase Jesús María Casal H., *op. cit.*

<sup>36</sup> Véase *Ibidem*.

Podemos decir entonces, que los derechos humanos y constitucionales han tenido una presencia tenue en la aplicación del Derecho Comunitario por parte del TJCAN.

Una reflexión con respecto a este tema, consideramos que lo prescrito en el Art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, atinente a las fuentes del ordenamiento jurídico comunitario, no opera en el vacío, es decir el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina puede y debe requerir en su actividad hermenéutica de la base que sustenta a dichas fuentes normativas comunitarias y en ese sentido que operan los derechos humanos y constitucionales. La existencia de un “ordenamiento jurídico comunitario” implica la vigencia de, a más de las disposiciones normativas comunitarias, de un conjunto de principios jurídicos que fundamenten el proceso de integración –Constituciones de los Estados parte-, Normas Supremas que responden a un sistema de protección y garantía de derechos humanos y constitucionales. Las Constituciones, así como los instrumentos de Derechos Humanos que han suscrito los Estados Parte del proceso de la CAN son los instrumentos que se encuentran subyacentes a la normativa comunitaria, consecuentemente las instituciones comunitarias se encuentren vinculadas a estos derechos como límites en su gestión.

A nivel de la Comunidad Andina, al igual que en el caso de la Unión Europea ante la ausencia de una Carta de Derechos Fundamentales, se promulgó la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (en adelante CADH) como puerta de ingreso de los derechos humanos y constitucionales en el derecho comunitario. Ésta fue aprobada el año 2002 por el Consejo Presidencial Andino, y en el mismo sentido que la Carta europea, no constituye fuente inmediata de derecho comunitario. La Carta está llamada a “inspirar” las fuentes inmediatas del derecho comunitario andino. Y es en este contexto que el Art. 96 de la CADH determina que “El carácter vinculante de esta Carta será decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno”, sin que hasta la fecha exista un pronunciamiento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores sobre este asunto.

Y en el mismo sentido que la Carta de Niza, la Carta Andina orienta la labor de identificación de los derechos que deben ser tratados como “principios generales del derecho comunitario andino” por parte del TJCAN, adicionalmente, puede guiar la actuación de todas las instituciones de la Comunidad, aun cuando no posea un carácter vinculante directo y general. Así la Decisión 613, ya mencionada en puntos anteriores de este estudio, conforme lo prescrito en el Art. 3 supedita la incorporación de los países del MERCOSUR en calidad de asociados de la Comunidad Andina, a la adhesión de los mismos a la Carta Andina de Derechos Humanos. Por lo que podemos concluir, que aún sin valor jurídico determinado por el órgano competente, la praxis comunitaria le está dotando de un valor referencial de observancia, pues, su respeto se constituye en condición indispensable para que un país pueda ser asociado de la Comunidad.

Finalmente, vale mencionar que la actual relación entre el derecho comunitario andino y el derecho internacional de derechos humanos es de exclusión, es decir, el derecho comunitario andino, se encuentra al margen del control correspondiente a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, las instituciones supranacionales comunitarias, facultadas para dictar normas aplicables directa y preferentemente en el ordenamiento jurídico de los países parte, pueden sin embargo llegar a vulnerar derechos humanos tutelados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, frente a lo cual, en nuestro criterio, deben articularse mecanismos adecuados de protección.

En efecto, es preciso recordar que las obligaciones de respeto y garantía de los Estados atinentes a los de derechos humanos no terminan en virtud de su incorporación a acuerdos de integración supranacional y de la cesión del ejercicio de competencias. Las obligaciones internacionales con relación a la observancia de los derechos humanos siguen vigentes incluso en relación con actuaciones efectuadas en ejecución de normas comunitarias, de ahí que si el sistema comunitario andino no tiene los mecanismos de protección adecuada de los derechos humanos los Estados podrían ser censurados por incumplimiento de sus compromisos internacionales de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>37</sup>

### III. SOLUCIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE A NIVEL COMUNITARIO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALES

Al igual que ocurrió en Europa, los Tribunales y Cortes Constitucionales deben asumir, aunque sea de una manera subsidiaria, la tutela de los derechos humanos y constitucionales, a manera de presión hasta tanto se reconozca el carácter vinculante de la Carta Andina de Derechos Humanos, tal como sucedió en la teoría *Solange I* alemana. En el caso ecuatoriano en particular podríamos pensar que las garantías jurisdiccionales de los derechos eventualmente tendrían cabida en cuanto a la responsabilidad atinentes a la vulneración de derechos, pues, como hemos ya mencionado, el formar parte de un proceso de integración no le exime al Estado de las responsabilidades asumidas, tanto a nivel internacional en materia de derechos humanos, como a nivel nacional.

El TJCAN en la misma línea que el TJCE debe desarrollar el reconocimiento de los derechos humanos y constitucionales, asumiendo que las fuentes determinadas del derecho comunitario andino tienen su sustento en las Constituciones Andinas, así como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aun cuando los fines de los procesos de integración sean eminentemente económicos existe claras relaciones con la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, especialmente los DESC. En esta misma línea la labor hermenéutica del Tribunal Andino puede apoyarse en la Carta como fuente de *inspiración* o documento de *interpretación*.

El vacío en la protección de los derechos humanos y constitucionales por parte del sistema comunitario andino hace que éste carezca de las bases democráticas materiales. En este contexto, consideramos que los órganos comunitarios también deben preocuparse en buscar mecanismos de protección equivalente en materia de derechos humanos y constitucionales, al existente en los de los ordenamientos jurídicos nacionales. En este orden de ideas, el ordenamiento comunitario andino debe ofrecer al menos una *equivalencia* en la protección de los derechos humanos y constitucionales que los ordenamientos nacionales de los Estado parte brinda.

Con el fin de no desvirtuar la naturaleza misma del proceso de integración andino, a lo que debe propenderse es en encontrar la compatibilidad entre el ordenamiento supranacional y los ordenamientos nacionales con el fin que las soluciones que se ofrezcan sean realmente las que beneficien a los ciudadanos andinos. Así los mecanismos que se activen para la tutela

---

<sup>37</sup> “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

de los derechos humanos y constitucionales deben ser aquellos que ofrece el sistema comunitario, en virtud de los principios de primacía del derecho comunitario y aplicación preferente de la norma comunitaria.

#### BIBLIOGRAFÍA

Aparicio Wilhelmi, Marco, *Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El Art. 93 de la Constitución española como cláusula de apertura en la interrelación ordinamental en un marco pluralista*, Universitat Autònoma de Barcelona, tesis doctoral, 2002, capítulo II.

Casal H., Jesús María, “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, en *V Curso Regional Andino de Derechos Humanos organizado por la Comisión Andina de Juristas* y publicado por el Consejo Consultivo Laboral Andino en el marco del Proyecto de Consolidación de los Órganos Técnicos del CCLA que financia la AECI y la Fundación Paz y Solidaridad de España, Perú, 2006.

Nino, Calos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984.

Pérez Tremps, Pablo, *Constitución Española y Comunidad europea*, Madrid, Civitas S.A., 1994.

Pizzolo, Caloggero, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, Ediart, 2002.

Quindimil López, Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Universidade da Coruña, Valencia, 2006.

Rodríguez Bereijo, Alvaro “El valor jurídico de la carta de los derechos fundamentales”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas S.A., 2002.

Rubio Llorente, Francisco, “Mostrar los derechos in destruir la unión”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas S.A., 2002.

Uprimy, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, Inédito, 2010.