

**TEMAS JURÍDICOS
DE LA
COMUNIDAD ANDINA**

**GALO PICO MANTILLA
2009**

GALO PICO MANTILLA,

Doctor en Jurisprudencia y

Magister Scientiarum

en

Derecho de la Integración.

En el ámbito jurisdiccional,

el Autor, fue Presidente y

Magistrado del Tribunal de

Justicia del Acuerdo de

Cartagena (Comunidad

Andina); Presidente de la Corte

Suprema de Justicia del

Ecuador; Magistrado de la

Sala de lo Contencioso

Administrativo y Magistrado de

la Tercera Sala de lo Civil y

Mercantil de la misma Corte

Suprema de Justicia.

Es miembro de la Lista de

Árbitros del MERCOSUR y

autor de varias publicaciones.

CONTENIDO

V PRESENTACIÓN

1	TRATAMIENTO PREFERENCIAL PARA ECUADOR Y BOLIVIA EN EL ACUERDO DE CARTAGENA
13	EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA FRENTE A LA CRISIS DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN
27	CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LAS ELECCIONES DIRECTAS DEL PARLAMENTO ANDINO
35	ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ACUERDO DE CARTAGENA
93	ACUERDO DE CARTAGENA Y TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA
107	ESTUDIO JURÍDICO INSTITUCIONAL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA
133	FUNCIONES DEL TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL
151	LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA
175	EL ACCESO DE LOS PARTICULARES A LA

.JURISDICCIÓN COMUNITARIA

199

LA ACCIÓN JUDICIAL DE LOS PARTICULARES Y LA
INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PACTO ANDINO

213

LA DECISIÓN 344 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE
CARTAGENA
RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

241

EL ACUERDO DE CARTAGENA,
ORÍGENES, ESTRUCTURA: ANÁLISIS CRÍTICO

265

CARACTERÍSTICAS Y SIGNIFICADO DEL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA
EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINA

299

COMUNIDAD ANDINA Y TRIBUNAL DE JUSTICIA
RÉGIMEN DE CAPITALES EXTRANJEROS: SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS- ARBITRAJE

313

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
VIGÉSIMO PRIMER ANIVERSARIO DE SU FUNDACIÓN

317

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA COMUNIDAD ANDINA
RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

327

MEDIDAS PENALES DE OBSERVANCIA
DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
SANCIONES EN LA COMUNIDAD ANDINA

343

ANEXO Nº 1

DECLARACIÓN DEL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE
RELACIONES EXTERIORES
SOBRE LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR PARTE DE LA
COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA

345

ANEXO N° 2

PROCESO N° 1-IP-87

Interpretación prejudicial de los artículos 58, 62 y 64
de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena,
solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia

375

ANEXO N° 3

PROCESO N° 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, solicitada por la
Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia

395

ANEXO N° 4

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y RÉGIMEN LABORAL DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA

PRESENTACIÓN

Hace cuarenta años, el 26 de mayo de 1969, los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, después de concluidas las acciones y procedimientos establecidos para llevar adelante las iniciativas e instrucciones Presidenciales y la preparación del documento constitutivo de su agrupación, acordaron aprobar y suscribir el denominado “Acuerdo de Integración Subregional”, al cual se adhirió Venezuela en 1973.

Este documento internacional, de naturaleza comunitaria, ha sido considerado como el cimiento de la “construcción integracionista” de los países andinos, la cual, no obstante los diversos problemas, ocurridos durante estas cuatro décadas, sigue siendo un proyecto común con renovada planificación y desarrollo que puede seguir adelante si se adopta una visión finalmente integradora.

Es así, como para conmemorar los cuarenta años de vigencia del Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena, se ha realizado una serie de actos en los cuales se ha conocido el avance del proceso, se ha recordado algunos detalles de esta acción comunitaria, y se ha presentado estudios y proyectos para nuevas e interesantes realizaciones.

Por nuestra parte, hemos preparado el aporte bibliográfico, que presentamos en esta ocasión con el título “TEMAS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD ANDINA”. Se trata de una exposición sobre varios momentos del proceso de integración, la cual registra desde los primeros pasos de su motivación y preparación, hasta la institucionalización y aplicación del Acuerdo dentro del marco jurídico formado por los instrumentos normativos, tanto en su versión original, como en sus varias modificaciones. Podríamos decir que el conjunto de

TEMAS JURÍDICOS que se reúnen en este volumen, constituye la narración histórica de la hoy Comunidad Andina, especialmente en lo relacionado con las normas fundacionales y las normas derivadas, la evolución jurídica de la legislación comunitaria, y las instituciones que la constituyen. De manera particular, da a conocer lo referente al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, posteriormente denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En resumen, las siguientes páginas de este libro, recogen algunas exposiciones presentadas en Cursos, Seminarios y Conferencias realizadas en distintas ciudades e instituciones y en diversas fechas, dentro de las que corresponden a estos cuarenta años de labor integracionista. Incluye también los “Comentarios” sobre el, Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena y el “Estudio Jurídico Institucional” que constan en la primera parte de la edición impresa de Derecho Andino y de Jurisprudencia Andina, respectivamente.

En varios de estos temas, además de las notas que correspondieron a la ocasión en que fueron presentados, hemos incluido las que, hasta esta fecha, informan con actualidad la situación jurídica de la Comunidad Andina. También, al final de cada tema, queda registrado el nombre del Seminario, Encuentro o Conferencia, el la Institución organizadora, y el lugar y fecha de su presentación.

Galo Pico Mantilla

Quito, diciembre 2009.

TRATAMIENTO PREFERENCIAL PARA ECUADOR Y BOLIVIA EN EL ACUERDO DE CARTAGENA

(Esquema de la exposición)*

El tratamiento preferencial que otorga el Acuerdo de Cartagena (1) a los países de menor desarrollo económico relativo: Bolivia y Ecuador, tiene como propósito fundamental disminuir, en forma gradual, las diferencias de desarrollo entre los países de la subregión andina.

Este tratamiento pretende que los dos países adquieran un ritmo más acelerado en su desarrollo y ofrece con este propósito, una inmediata participación en los beneficios que se pueden alcanzar con la aplicación de los programas de industrialización regional y la liberación del comercio en el área andina.

El Régimen especial orientado a conseguir el "desarrollo equilibrado y armónico" de los países miembros del Acuerdo y la "distribución equitativa de los beneficios" de la integración, consta en un capítulo especial del Acuerdo de Integración Subregional (2) y en las Decisiones de la Comisión, el Órgano máximo de este Tratado.

El referido tratamiento especial, puede resumirse en las siguientes materias:

1. Armonización de políticas económicas y coordinación de los planes de desarrollo.
2. Política Industrial.
3. Política Comercial.
4. Arancel Externo Común y Arancel Externo Mínimo Común.
5. Cooperación Financiera y Asistencia Técnica.

6. Evaluaciones periódicas, informes y propuestas de la Junta del Acuerdo.

1. ARMONIZACIÓN DE POLÍTICAS ECONÓMICAS Y COORDINACIÓN DE LOS PLANES DE DESARROLLO.

1.1. DECISIÓN 24: "Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías". (3)

Mientras en los demás países del Pacto Andino, las Empresas extranjeras deben transformarse en nacionales o mixtas, en un plazo de 15 años, en Bolivia y Ecuador tienen un periodo de 20 años para hacerlo, contados a partir del segundo año de iniciada la producción.

Los mismos plazos corresponden para el caso de las empresas nuevas constituidas después del 1º. de julio de 1971, en Colombia, Chile y Perú y desde el 1º. de enero de 1974, en Venezuela.

La transformación en este segundo caso debe operar de la siguiente manera:

"...15% de inversionistas nacionales al iniciar la producción; 30% al cumplirse la tercera parte del plazo; y, 45% al vencimiento de las dos terceras partes del mismo". En cambio, dentro del régimen especial, al tercer año de iniciada la producción, habrá un 5% de inversionistas nacionales y el 10 y 35% en los mismos plazos señalados anteriormente.

1.2. DECISIÓN 46: Régimen uniforme de la Empresa Multinacional y Reglamento de Tratamiento aplicable al capital Subregional". (4)

Según esta Decisión, los aportes de capital provenientes de Ecuador y Bolivia, tendrían un plazo adicional de cinco años para su cancelación, contado desde la fecha de pago correspondiente a los otros inversionistas subregionales.

1...3. DECISIÓN 57:"Programa Sectorial de Desarrollo Industrial del Sector Metal-mecánico". (5)

El tratamiento para los países de menor desarrollo económico relativo se diferencia del régimen para los otros países, en el hecho de disponer de un año más de plazo para la entrega de los estudios de factibilidad; y de cinco años más en el compromiso de no autorizar inversiones extranjeras directas, para los sectores asignados, ni facilitar las producciones similares. De este modo los compromisos terminarían en 1987 y 1982, respectivamente.

2. POLÍTICA INDUSTRIAL

2.1. DECISIÓN 28 : "Nómina de productos que no se producen en ningún país de la Subregión y que no han sido reservados para programas sectoriales de desarrollo industrial, que se reservan para ser producidos en Bolivia y el Ecuador". (6)

Para cada uno de ellos, se estableció condiciones especiales. La nómina de productos y las condiciones de la reserva en favor de Bolivia y Ecuador, consta en los siguientes anexos de la Decisión 62, sustitutivos de los anexos de la Decisión 28.

Estos productos, gozan de liberación de gravámenes y restricciones desde el 28 de febrero de 1971. La Reserva de mercado tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 1980.

2.2 DECISIÓN 57: "Programa Sectorial del Desarrollo Industrial del Sector Metalmecánico". (7) Este programa consta también entre los mencionados sobre la Armonización de Políticas Económicas.

Los objetivos del programa son los siguientes:

Promover una eficiente industria metalmecánica

Mejorar la estructura del sector industrial

Mejorar el Sistema de adaptación y generación de Tecnología

Crear posibilidades de especialización

Plazo de entrega de los estudios: 3 años

Plazo para iniciar la producción: 3 años prorrogables

Plazo para iniciar la producción: 3 años prorrogables.

UNIDADES ASIGNADAS PARA SER PRODUCIDAS EN LOS DOS PAÍSES (...)

2.3.DECISIÓN 10:"Participación del Ecuador en el Acuerdo de Complementación No. 6 sobre la Industria Petroquímica".(8)

Ecuador no participó en este Acuerdo, porque fue suscrito originalmente sólo por Bolivia, Colombia, Chile y Perú.

3. POLÍTICA COMERCIAL

3.1. PRODUCTOS LIBERADOS. Los productos incluidos en la nómina de desgravación automática, quedan totalmente liberados desde el 31 de diciembre de 1973; y la nómina se refiere a los productos señalados en la letra d) del artículo 45 del Acuerdo.

Los gravámenes fueron reducidos en tres etapas anuales sucesivas: 40, 30 y 30%, a partir del 31 de diciembre de 1971. En Venezuela, quedaron liberados a partir del 1º de mayo de 1974.

La liberación total para los demás países del Acuerdo, se perfecciona el 31 de Diciembre de 1980.

La nómina de los productos que no están comprendidos entre: a) los reservados para programas sectoriales de desarrollo industrial; b) los incluidos en la Lista Común del Tratado de Montevideo; y c) los que no se producen en la Subregión y tampoco fueron reservados para programas sectoriales, fue aprobada mediante la Decisión 27. (9)

El anexo correspondiente a esta Decisión, se sustituyó con el de la Decisión 61 sobre la nómina de productos no comprendidos en los artículos 47, 49, y 50 del Acuerdo, expresada en términos de la NABANDINA. (...)

3.2 DECISIÓN 29: "Nómina de Productos que se liberarán en favor de Bolivia y el Ecuador, el 1º. de enero de 1971", Lista de "Apertura inmediata de Mercados". (10)

Los productos liberados por la Comisión, conforme al artículo 97, letra b) del -Acuerdo Subregional, se enumeran en los Anexos de la Decisión 63, que sustituyen a los correspondientes de la mencionada Decisión 29. (...)

Los productos que fueron seleccionados para programas sectoriales de desarrollo industrial y que no fueron incluidos en ellos, serán liberados el 1º. de enero de 1976.

3.3 DECISIÓN 34: "Márgenes de Preferencia para Bolivia y el Ecuador". (11)

En una serie de productos de especial interés para los dos países se estableció ciertos márgenes de preferencia en los plazos y porcentajes, los cuales constan en el Anexo de la Decisión 65, que sustituye al Anexo de la Decisión 34 (...)

3.4 MÁRGENES DE PREFERENCIA FUTUROS. Así mismo, queda establecido que igual procedimiento al acordado para el otorgamiento de los márgenes de preferencia, deberá adoptarse para el caso de algunos productos de aquellos que, habiendo sido reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, no fueron incluidos en ellos dentro de los plazos previstos en el Acuerdo de Cartagena.

3.5 PROGRAMA DE LIBERACIÓN. El régimen especial establecido en el Acuerdo de Cartagena contempla el siguiente procedimiento para los productos de Bolivia y Ecuador:

Para los productos comprendidos en los programas sectoriales de desarrollo industrial, la liberación se hará según lo aprobado en cada uno de ellos.

Para los productos reservados para dichos programas y no incluidos en los mismos dentro de los plazos correspondientes, la liberación se hará en la forma y plazos que para el efecto establezca la Comisión a propuesta de la Junta de Acuerdo.

Para los productos incorporados o que se incorporen con posterioridad a la Lista Común, la liberación debe cumplirse en la forma y plazos establecidos en el Tratado de Montevideo y en las Resoluciones de la ALALC.

Para los productos que no se producen en la Subregión, y que no formen parte de la reserva prevista en el Artículo 50 en favor de Bolivia y Ecuador, la liberación se produce después de sesenta días de aprobada la mencionada reserva.

Finalmente, para todos los productos no comprendidos en los numerales anteriores, Bolivia y Ecuador deben aprobar reducciones anuales en sus aranceles, equivalentes al 10% cada una, a partir del 31 de diciembre de 1976. De este modo, el proceso se termina el 31 de diciembre de 1985; y, en los demás países termina 5 años antes, es decir el 31 de diciembre de 1980.

3. 6 LISTA DE EXCEPCIONES.

Bolivia fue autorizada para incluir en su lista de excepciones 350 ítems de la NABALAC y Ecuador 650. Los demás países tienen 250 excepciones. El Perú 450 que deben reducirse a 250 y Venezuela que tiene derecho a 200 ítems adicionales.

Los productos incluidos en estas Listas se exceptúan del Programa de Liberación y del proceso de establecimiento del Arancel Externo Común.

Para Bolivia y Ecuador el plazo dura hasta 1990, mientras que para los demás países hasta 1985, fechas en las cuales estos productos quedarán totalmente liberados de gravámenes y restricciones.

4. ARANCEL EXTERNO COMÚN Y ARANCEL EXTERNO MÍNIMO COMÚN.

Bolivia y Ecuador deben iniciar su aproximación anual al Arancel Externo Común, el 31 de diciembre de 1976 y terminar en el año de 1985. Los demás países del Acuerdo inician el proceso de aproximación en la misma fecha, pero terminan cinco años antes: el 31 de enero de 1980.

La aproximación de los Aranceles de todos los países del Acuerdo, excepto Bolivia y Ecuador, a los niveles del Arancel Externo Mínimo Común, termina el 31 de diciembre de 1975, como paso previo para llegar en el futuro, en las fechas señaladas anteriormente, al Arancel Externo Común para las importaciones de terceros países.

5. COOPERACIÓN FINANCIERA Y ASISTENCIA TÉCNICA

Tiene por objeto, conseguir financiamiento y asistencia técnica para plantas y proyectos industriales, mediante la intervención conjunta de los países miembros, ante los organismos nacionales o extranjeros y la Corporación Andina de Fomento (CAF)

6. EVALUACIONES PERIÓDICAS

Esta labor corresponde a la Junta del Acuerdo en relación a Ecuador y Bolivia, con el propósito de "mejorar sustancialmente sus posibilidades de desarrollo y activar cada vez más su participación en la industrialización del área".

Finalmente, el Régimen Especial establece que tienen pleno valor las disposiciones del Tratado de Montevideo y las Resoluciones de la ALALC, a favor de los países de Menor Desarrollo Económico Relativo, en todo aquello que no estuviere en el Régimen Especial del Acuerdo Subregional Andino.

* CURSO: "La Empresa Venezolana y el Pacto Andino"

Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela, 19-06-1974

Escuela Nacional de Hacienda, Ministerio de Hacienda, República de Venezuela. 27-01-75. E.N.H

NOTAS:

(1) "ACUERDO DE CARTAGENA", es la denominación oficial del "ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL" suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile y Perú. (Decisión N° 1 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)

En la historia documental del "Acuerdo de Integración Subregional", registramos a la "Declaración de Bogotá" de 16 de agosto de 1966, suscrita por los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela, y por los representantes presidenciales de Ecuador y Perú, como el compromiso inicial para el estudio y redacción de este Acuerdo.. En efecto, en esta reunión presidencial se resolvió la creación de un organismo intergubernamental que pudiera "proponer, a los más altos niveles de nuestros países las medidas que sean indispensables para materializar los propósitos" expresados en esta Declaración e impulsar "la formación del Mercado Común Regional".

Este organismo fue creado bajo la denominación de "Comisión Mixta", la que sería integrada por un delegado de cada uno de los países participantes. Por Ecuador, intervino el Subsecretario de Industrias Manuel Orellana Ayora, delegado del Ministro de Industrias y Comercio Galo Pico Mantilla.

La citada Comisión Mixta se encargó de estudiar el tema de los "acuerdos subregionales de integración" y concluir su trabajo, con la presentación de un proyecto de Acuerdo de Integración que sería puesto a consideración de los respectivos Plenipotenciarios. Esta labor

integracionista desarrolló en seis reuniones, de las cuales la sexta, y última, se llevó a cabo en dos ocasiones distintas.

En la Primera reunión (20 y 23 de junio de 1967), la Comisión Mixta aprobó las reglas fundamentales que debían aplicarse a los proyectos de acuerdos subregionales; en la Segunda (8 a 12 de julio de 1967), discutió el "esquema del proyecto de acuerdo subregional"; en la Tercera (13 al 16 de agosto de 1967), aprobó el documento denominado "Bases del Acuerdo Subregional"; en la Cuarta, resolvió organizar un grupo de expertos, integrado por representantes de cada uno de los países concurrentes con el encargo de preparar un proyecto de Acuerdo Subregional; en la Quinta (5 al 10 de febrero de 1968), recibió el Informe de Labores del mencionado grupo de expertos, aprobó nuevas reglas para el documento final y encargó al mismo grupo la elaboración del "Proyecto de Acuerdo de Integración Subregional"; y, finalmente, en la Sexta reunión (29 de julio y 9 de agosto de 1968), conoció el citado Proyecto de Acuerdo Subregional.

En esta oportunidad, los representantes: Walter Guevara de Bolivia; Jorge Valencia Jaramillo de Colombia y Salvador Lluch de Chile, manifestaron la disposición de suscribir este documento en los términos aprobados por la "Comisión Mixta". El representante del Perú, Julio de Andrea, expresó sus reservas; el de Venezuela, Héctor Hurtado, manifestó su abstención hasta conocer la posición oficial de su gobierno; y, por último, el de Ecuador, Manuel Orellana Ayora, solicitó expresó lo siguiente:

"Al igual que los demás, el Gobierno del Ecuador ha satisfecho plenamente sus responsabilidades. Ha participado asiduamente en la preparación y discusiones del proyecto de Acuerdo Subregional y ha prestado la colaboración debida en esta primera etapa de esclarecimiento del estatuto para la integración del área.

"Lamenta no poder acompañar a las manifestaciones de las Delegaciones de Bolivia, Colombia y Chile, en el sentido de estar

dispuestas a la inmediata suscripción del proyecto de Acuerdo, en los términos en que se encuentra.

"Bien sabido es que hoy a pocos días cumplirá su mandato el actual Gobierno del Ecuador. El primero de septiembre próximo asumirá sus funciones el nuevo Gobierno. De ahí que deba, al no acompañar a las Delegaciones nombradas, formular una reserva general y preservar la libertad del próximo Gobierno del Ecuador para examinar la materia, exponer su pensamiento al respecto y adoptar las decisiones que juzgue convenientes, con lealtad a los intereses del país y con lealtad a los intereses de la Subregión. Para esto es indispensable una instancia final, una oportunidad para el próximo Gobierno y a la vez para los Gobiernos de los países que aún confrontan dificultades frente al proyecto de Acuerdo Subregional.

"En tal virtud, la Delegación del Ecuador propone y solicita que la VI Reunión de la Comisión Mixta declare un receso de sesenta días y reinstale sus sesiones el 10 de octubre en esta ciudad.

"Confía que no se escapará a la comprensión de los señores Representantes la validez de los motivos de su solicitud y en la certeza de que será acogida, expresa desde ahora su reconocimiento."

La Comisión Mixta aprobó esta propuesta de Ecuador y dio por concluida lo que sería la primera parte de la Sexta Reunión.

Posteriormente, realizó en Cartagena la segunda parte de esta última reunión (5 - 25 de mayo de 1969) y, con excepción del delegado de Venezuela, la Comisión Mixta aprobó el texto final del proyecto de "Acuerdo de Integración Subregional".

Por último, los Plenipotenciarios de los cinco países asociados Tomás Guillermo Elio de Bolivia, Jorge Valencia Jaramillo de Colombia, Salvador Lluch de Chile, José Pons Vizcaíno de Ecuador y Vicente Cerro Cebrián de Perú, suscribieron el "Acuerdo de Integración Subregional" en Santa Fe de Bogotá, el 26 de mayo de 1969 y entró

en vigor el 16 de octubre del mismo año. El Plenipotenciario de Venezuela, Julio Sosa Rodríguez, suscribió este Acuerdo, el 13 de febrero de 1973.

De otro lado, dos países miembros se han separado del Acuerdo: Chile el 30 de octubre de 1976 y Venezuela, el 22 de abril del 2006.

(2) Capítulo XV RÉGIMEN ESPECIAL PARA BOLIVIA Y ECUADOR, del Acuerdo de Cartagena, codificado por la Decisión 563 de la Comisión del Acuerdo publicada en la Gaceta Oficial 940 de 1 de julio del 2003..

(3) La Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena ha sido varias veces modificada y luego sustituida por la Decisión 291 publicada en la Gaceta Oficial 80 de 4 de abril de 1991..

(4) La Decisión 46 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue sustituida por la Decisión 292 publicada en la Gaceta Oficial 80 de 4 de abril de 1991.

(5) La Decisión 57 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena, fue modificada, sustituida y luego derogada por la Decisión 300 también modificada por la Decisión 306 publicada en la Gaceta Oficial 88 de 11 de septiembre de 1991.

(6) La Decisión 28 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena fue derogada por la Decisión 265, y ésta sustituida por las Decisiones 335 y 370 publicada en la Gaceta Oficial 166 de 2 de diciembre de 1994..

(7) La Decisión 57 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue sustituida por la Decisión 146 y ésta derogada por la Decisión 300 publicada en la Gaceta Oficial 82 de 12 de junio de 1991.

(8) La Decisión 10 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue derogada por la Decisión 237 publicada en la Gaceta Oficial 33 de 26 de julio de 1988.

(9) La Decisión 27 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue modificada por varias Decisiones, La última fue la Decisión 79 de mayo de 1974.

(10) La Decisión 29 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, fue modificada por la Decisión 63 de septiembre de 1972.

(11) La Decisión 34 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue modificada por las Decisiones 65 y 112 de febrero de 1977.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA FRENTE A LA CRISIS DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN *

“El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (1) frente a la crisis del proceso de integración” es el tema que con acierto nos ha propuesto la Cuarta Reunión del Comité de Coordinación Técnica del Sistema de Coordinación Permanente entre los Organismos de la Integración Andina; por tanto, dentro de este marco que comprende a los Órganos Principales del Acuerdo y a uno de los factores más críticos para el desarrollo de la integración, como es la crisis del Sistema, vamos a tratar de exponer nuestras ideas tanto sobre los aspectos de orden general, como sobre la participación del Tribunal de Justicia en particular.

Cuando hace ya prácticamente dos décadas se suscribió el Acuerdo de Integración Subregional, denominado Acuerdo de Cartagena, las esperanzas no sólo de los técnicos, de los estudiosos del proceso, de los ideólogos de la acción comunitaria, sino, en general, de Gobiernos y de pueblos de los países de la Subregión Andina fueron altamente significativas. Sin embargo conforme hemos ido avanzando en el proceso, se ha evidenciado la “crisis”, sus motivaciones y consecuencias, al tiempo que hemos buscado sus mejores soluciones.

Aspirábamos a desarrollar la gran tarea integracionista y comunitaria basada en significativos proyectos de orden industrial y comercial. La programación industrial, los programas sectoriales, la programación automotriz que ha debido ser suspendida, el arancel externo común partiendo del arancel externo mínimo común, que tampoco pudo cumplirse; el tratamiento preferencial para los países de menor desarrollo económico relativo que también tuvo dificultades; la tan discutida y comentada Decisión 24, sustituida ahora por la Decisión 220 de la Comisión (2), para regular la inversión extranjera y la

transferencia de tecnología. En fin, hemos transitado por un largo camino de incumplimientos e imprecisiones y hemos tenido que realizar una serie de esfuerzos para alentar el proceso. En los primeros años fue significativo el ingreso de Venezuela, con el Instrumento Adicional para su Adhesión al Acuerdo, luego el Protocolo de Lima, posteriormente el de Arequipa y ahora el de Quito.

Entonces habíamos creído que la solución inmediata era la de ampliar los diversos plazos del Acuerdo, en unos casos cumplidos y en otros por vencerse, lo cual revelaba no sólo el incumplimiento de las partes sino la impracticabilidad de los programas que había previsto el Acuerdo de Cartagena en sus momentos iniciales. Esta acción de los Países Miembros, interpretada en aquella oportunidad como un paso positivo para solucionar la crisis, no dio el resultado esperado. Varias opiniones sostenían que el proceso debía ser lento y que la solución estaba en abrir el camino mediante la ampliación de plazos, para avanzar con la lentitud deseada dentro de los programas y proyectos del Acuerdo pero, lamentablemente, en esa ocasión no concretamos lo que quizá fue advertido, que el error no estaba solamente en los plazos, sino que se trataba de un asunto de conceptos, de principios. Todo esto, en definitiva, ha determinado que se produzca lo que hemos dado en llamar la crisis del proceso de integración andina. Es así, como después de superar la primera década frente a la crisis ya indiscutible, se inicia un nuevo y largo proceso de estudio y negociación de las futuras modificaciones del Acuerdo.

Largo como en muchos casos, difícil como en todos. La Junta, órgano técnico del Acuerdo, en 1982 presenta una "Evaluación del Programa de Reactivación y un Examen de la Situación y las Perspectivas del Proceso", luego elabora estrategias sectoriales, propone modificaciones, en el 85 presenta un proyecto de Protocolo Modificadorio y de este modo, la Comisión asume una tarea similar frente a la crisis, discute, negocia, modifica y llega, por fin, en el 87 al proyecto definitivo del Protocolo Modificadorio, ahora Protocolo de Quito suscrito solemnemente el 12 de mayo de 1987. En medio de esta

significativa labor, un antecedente valioso y una decisión altamente positiva fue, sin duda, la Declaración de los Presidentes Andinos: “Para Nosotros la Patria es América”, de manera particular por sus directivas precisas para la reactivación del sistema.

Ahora, cuando estamos al finalizar la segunda década de la integración andina, quizá podemos decir que hemos “sincerado” el proceso, hemos advertido, con criterio práctico, la realidad económica y social de cada uno de los países de la Subregión y hemos encontrado en el Protocolo Modificadorio, el documento que haría factible la reactivación o el inicio de una nueva etapa del proceso, una vez recogida en sus páginas, la experiencia y anhelos de los países organizados en la comunidad andina.

Hacerlo de otra manera, por ejemplo, solamente ampliar los plazos, como en ocasiones anteriores, habría sido volver a engañarnos con una solución imposible, pues la crisis ha sido más larga de lo que nosotros mismo hemos considerado, comprende prácticamente el tiempo de existencia del Acuerdo; por eso, hemos de convenir que no se ha tratado solamente de desequilibrios industriales, comerciales, tecnológicos, inversión de capitales o programación sobre dimensionada, sino fundamentalmente de un incumplimiento generalizado y, en cierto momento, acordado. Se rompió la decisión que debió ser invariable de cumplir los compromisos y ejecutarlos en la medida y oportunidad en la que fueron celebrados.

Se habló tanto de los incumplimientos que la Junta elaboró una lista, una nómina de incumplimientos en la que se registra el hecho de que no uno, ni dos, sino todos los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, habían incumplido una o más de las Decisiones válidamente acordadas. Es hora, entonces, de que al tiempo de la ratificación del Protocolo Modificadorio se proceda a eliminar todo aquello que tenga que ver con esta actitud tantas veces reclamada. Es más, quizá se ha repetido mucho el caso de los incumplimientos, pero esta oportunidad y el tema de la crisis es la propicia para volver a hacerlo, pues dentro de ella está precisamente, como se ha dicho, el

acuerdo de los Países Miembros de no reclamarse recíprocamente, lo que equivale a no acudir al órgano jurisdiccional en demanda de sus derechos y en denuncia de los incumplimientos. Afortunadamente, superado este hecho a comienzos del presente año, en una instancia en la que tenemos un Protocolo Modificadorio y que la Comisión y la Junta dentro de los propios poderes del ordenamiento jurídico, pueden y deben participar activamente en la evaluación, conocimiento y presentación de reclamos ante el órgano jurisdiccional comunitario, se presentan nuevas esperanzas para el control de la legalidad dentro de nuestro proceso integrador.

Dicho esto, me corresponde reafirmar la participación del Tribunal de Justicia dentro del proceso y frente a la crisis del mismo. Así, comienzo por recordar que todos los países con verdadero entusiasmo y convencimiento digno de todo elogio reclamaban la existencia de un órgano jurisdiccional que se encargara del control de la legalidad comunitaria y así, también con una larga historia de preparación, después de diez años de la firma del Acuerdo de Cartagena, se suscribe el Tratado de creación del Tribunal de Justicia. Al hacerlo se comprometen los países a conceder varias competencias de orden jurídico al organismo comunitario, con la alta responsabilidad y delicada misión de controlar la legalidad de la integración andina, conocer acciones de nulidad o incumplimiento e interpretar las normas del ordenamiento jurídico andino.

Estas funciones esenciales y principales establecidas con un criterio inicial han resultado en la práctica competencias un poco reducidas frente a la gran labor que puede desarrollar y que efectivamente está desarrollando el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

En virtud del Tratado de creación, nos fue consignada la categoría de órgano principal del Acuerdo, el tercero, después de la Comisión y de la Junta. Hago esta referencia, que por cierto es conocida por vosotros, porque en varias oportunidades y, especialmente con motivo de las informaciones publicadas sobre el reciente Protocolo Modificadorio, se ha manifestado que tanto el Tribunal, como el

Parlamento Andino van a ser recién incorporados como órganos principales del Acuerdo de Cartagena.

Es únicamente el Parlamento el que se va a constituir en el nuevo órgano principal del Acuerdo —el cuarto en el orden de aprobación—, el momento que el Protocolo Modificadorio tenga plena validez, mientras que el Tribunal tiene esa condición, repito, desde la vigencia de su Tratado Constitutivo 19 de mayo de 1983, fecha de la última ratificación acordada por la República de Venezuela.

El Tribunal que adquiere su vigencia cuando se hace más evidente la necesidad de solventar la crisis que se venía advirtiendo, debido al compromiso mencionado anteriormente, ajeno a la Institución y al ejercicio de sus acciones jurisdiccionales, se ha visto notoriamente afectado en su labor. Por fortuna, como esta causa principal ha desaparecido, el Tribunal se encuentra plenamente dispuesto a continuar ejerciendo sus atribuciones y controlando la legalidad de modo que revele la alta responsabilidad y seriedad del proceso de integración andina.

Además, es preciso señalar que la participación del Tribunal dentro del sistema no se evidencia solamente por el número de causas que conozca, o por el número de expedientes que en cada una de sus acciones le corresponda decidir, sino precisamente por la alta autoridad que representa en el ejercicio de su labor estrictamente jurisdiccional, así como en su gran tarea de coparticipación en las actividades integracionistas de modo que su voz, definitiva y orientadora en lo jurídico, en determinado momento logre evitar las controversias, pues los países mediante la participación del Tribunal pueden conocer con precisión la norma jurídica a la que atenerse y las responsabilidades que su incumplimiento representa.

Hemos de reconocer que dentro de esa tarea, al Tribunal le corresponde una misión de singularísima importancia, de allí que, tanto nuestra Institución como las demás del Sistema deben dar su aporte para la solución de la crisis y para evitar que se produzcan otros

conflictos de igual naturaleza. Para hacerlo, debemos comenzar por abstenernos de nuevos incumplimientos o acuerdos que no tengan el soporte de la realidad, al igual que compromisos que no se vayan a cumplir o que por cualquier razón no puedan ser ejecutados. Dentro de ese aporte, queda la evidencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de ejercer con toda propiedad y con la independencia que le corresponde, todas las acciones que válidamente le permite su Tratado Constitutivo y el Estatuto aprobado por la Decisión 184 de la Comisión, así como su intervención para la solución de controversias prevista en el Protocolo Modificadorio. Además, queda nuestra promesa de entregar a la causa de la integración todo el esfuerzo posible junto con la voluntad de estar siempre a la disposición de los órganos principales del Acuerdo, de las Instituciones del Sistema, de las autoridades de la Integración Andina y, en fin, de todas las organizaciones vinculadas con el proceso, para dialogar, intercambiar experiencias o realizar tareas conjuntas porque, en definitiva, es esta la acción que puede lograr la solución a la denominada crisis de nuestro proceso de la integración.

Queremos compartir la labor de la integración y demandar respetuosamente el ejercicio de las responsabilidades que corresponden a los órganos del Acuerdo. Particularmente veríamos con satisfacción que la Comisión y la Junta acudan al Tribunal las veces que sean necesarias, para garantizar el cumplimiento del Acuerdo de Cartagena mediante nuestro estudio y resolución de la norma jurídica que se discuta o se vulnere. La jurisprudencia que va creando el Tribunal, contribuye a esta gran finalidad. Por tanto, el Tribunal siempre estará presente con la serenidad que como tal le corresponde, con la altura que caracteriza a un organismo comunitario, con la reflexión y ponderación indispensable para que las resoluciones que se adopten dentro de un marco jurídico técnico, sean las que correspondan al único triunfador que puede haber en las causas de la comunidad: el Proceso de Integración Andina.

A propósito, en ocasión anterior, con motivo de la reciente aprobación de dos sentencias expedidas en las acciones de nulidad

presentadas por el Gobierno de la República de Colombia, demandando al nulidad de las Resoluciones 252 y 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, hemos dicho, que si bien es cierto que se aceptó la petición del Gobierno de Colombia para declarar la nulidad de parte de las mencionadas Resoluciones, también es exacto que en las respectivas sentencias se dejó en claro la amplia facultad de la Junta para ejercer las atribuciones particularizadas en su Reglamento y, en el caso que se discutía, en los procedimientos de aplicación y control de las denominadas cláusulas de salvaguardia.

Hemos dicho que nosotros en estos casos, no podemos hablar de un país ganador o de una Institución triunfadora, tampoco de un país perdedor ni de una institución afectada. En los procesos comunitarios, por su característica especial, por la aplicación del nuevo Derecho de la Integración, que lo estamos elaborando, con esfuerzo y dedicación, debo repetir, el triunfador siempre será el Proceso de la Integración Andina.

Por otra parte, dentro de las actividades del Tribunal, que hemos relatado en documento anterior, podríamos decir que como un medio para evaluar la crisis y buscar soluciones a la misma, estamos organizando una serie de actividades que las catalogaríamos dentro del campo de la coordinación, lo académico y lo docente. Hemos realizado seminarios con materias y temas especialmente dirigidos a sectores no muy vinculados con el proceso o poco informados de los temas de la integración, así como conferencias para auditorios especializados. Además, estamos ejecutando el examen de las cátedras del Derecho de la Integración en las universidades andinas a través de encuentros nacionales de los Decanos de las Facultades de Derecho del área andina en la capital de cada uno de los países y bajo la responsabilidad del magistrado de la correspondiente nacionalidad.

Dentro de este campo, el 20 de agosto pasado, hemos firmado el convenio para institucionalizar la cátedra de Derecho de la Integración en la Universidad Andina Simón Bolívar creada por el Parlamento Andino en Sucre, Bolivia (3). Toda esta labor que nos coloca dentro del

marco de la acción integracionista nos motiva para trabajar con todas las instituciones a las que vosotros muy merecidamente representáis y con las cuales queremos mantener los más estrechos vínculos de cooperación para el desarrollo de la tarea integracionista. Así, por ejemplo, recientemente hemos suscrito con la Junta del Acuerdo un “Memorándum de Entendimiento” que comprende los propósitos enunciados anteriormente (4).

En resumen, creo que con nuestra acción conjunta, demostraremos a la comunidad andina que hay un interés común en la integración, que cada organismo respeta sus compromisos y resoluciones, que ejerce sus respectivas atribuciones y reconoce que el intercambio de experiencias es el que puede enriquecer al proceso y, en consecuencia, debilitar y, luego, vencer a la crisis que nos preocupa.

* CUARTA REUNIÓN DEL COMITÉ DE COORDINACIÓN TÉCNICA DEL SISTEMA DE COORDINACIÓN PERMANENTE ENTRE LOS ORGANISMOS DE LA INTEGRACIÓN ANDINA, LIMA, 28 DE OCTUBRE DE 1987.

NOTAS:

(1) El artículo TERCERO del Protocolo de Trujillo (Firma: 10 de marzo de 1996; Vigencia: 3 de junio de 1997) modificadorio del Acuerdo de Cartagena sustituye la referencia “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” por la de “Tribunal de Justicia de la Comunidad andina”.

(2) La Decisión 220 fue sustituida por la 291 y modificada por la 295 publicada en la Gaceta Oficial⁸¹ de 27 de mayo de 1991.

(3) La Universidad Andina Simón Bolívar representada por el Dr. Julio Garrett Aillón, Presidente de la Comisión Directiva; el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena representado por el Dr. Galo Pico Mantilla, Presidente y el Dr. Hugo Poppe E., Magistrado; y el Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello representado

por el Ing. Gastón R. Mejía B., Director Ejecutivo; acuerdan instituir en la Universidad Andina Simón Bolívar la Cátedra de Derecho de la Integración, conforme a las estipulaciones siguientes:

PRIMERA: ANTECEDENTES

1. La Universidad Andina Simón Bolívar, creada por el Parlamento Andino, conforme a su definición, objetivos y funciones debe:

- Coadyuvar a la realización y al fortalecimiento de los principios fundamentales que presiden la integración y el desarrollo de la comunidad subregional andina;

- Crear conciencia popular y apoyo comunitario indispensables para el cumplimiento de los objetivos y proyecciones del proceso de la integración andina;

- Realizar sus acciones mediante programas especiales y convenios de cooperación con universidades de la subregión, instituciones, fundaciones y también buscando la coordinación con los programas de los órganos y convenios del Acuerdo de Cartagena orientados al común propósito de impulsar la integración subregional.

2. A su vez, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, instituido como garante de la legalidad del Pacto Andino, en la actual etapa de la inserción y recepción del Derecho de la Integración en los Países Miembros del Acuerdo, para el mejor cumplimiento de sus funciones tiene aprobado un Programa para la investigación, docencia y difusión de este novísimo Derecho y, al efecto, debe cumplir acciones mediante:

- La realización, directa o en coordinación con universidades y otros centros culturales de los países signatarios del Acuerdo de Cartagena, de modo preferente y especial con la Universidad Andina Simón Bolívar, de cursos, conferencias, seminarios, etc.;

- La organización de bibliotecas, archivos, centros de información y otros;

-El estudio, la investigación constante y la difusión de la legislación comparada de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, así como del derecho comunitario en general y de la integración latinoamericana en particular.

3. El Instituto Internacional de Integración tiene como objetivos:

-Profundizar el conocimiento de los distintos aspectos de la integración educativa, científica y cultural de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena y los problemas que ella plantea;

-Contribuir a la creación de una conciencia generalizada en los Países Miembros del Convenio Andrés Bello sobre los beneficios de la integración y las condiciones necesarias para alcanzarla;

-Contribuir al establecimiento de dichas condiciones y al logro de los beneficios de la integración, mediante la oportuna asistencia científica, técnica y financiera a los organismos e instituciones regionales o nacionales que desarrollen actividades dentro del marco del Convenio Andrés Bello.

4. La referencia anterior evidencia la concordancia de propósitos de la Universidad Andina Simón Bolívar, del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y del Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, así como la conveniencia de coordinar sus acciones a fin de evitar la innecesaria duplicación de esfuerzos, dentro del común deber de servicio a la integración subregional.

SEGUNDA: CREACIÓN DE LA CÁTEDRA DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

1. Con tales propósitos, las partes acuerdan instituir en la Universidad Andina Simón Bolívar la CÁTEDRA DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN para la docencia, investigación y difusión del Derecho de la Integración, particularmente de la integración andina y de la integración latinoamericana en general.

2. Acuerdos complementarios, que suscribirán las partes, establecerán las reglamentaciones correspondientes para el

funcionamiento de la Cátedra, tanto en la sede de la Universidad Andina Simón Bolívar, como en la sede del Tribunal y, de modo general, en los diversos países de la subregión andina.

TERCERA: CONTRIBUCIÓN DE LAS PARTES

1. Las partes se obligan a efectuar aportes oportunos para el cumplimiento de las actividades que debe efectuar la Cátedra que se instituye por el presente Convenio.

2. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de modo preferente, contribuirá con docentes y conferenciantes de alto nivel académico y científico, con la edición de libros y otras publicaciones afines a la Cátedra y también con la atención de actividades organizativas de las acciones que deban cumplirse fuera de la sede de la Universidad.

3. La Universidad Andina Simón Bolívar contribuirá con sus instalaciones, infraestructura en general y el personal de apoyo necesario.

4. El Instituto Internacional de Integración contribuirá con becas para los participantes de los países andinos y del Convenio Andrés Bello.

CUARTA: VIGENCIA

El presente Convenio tendrá vigencia indefinida y sólo terminará si las partes así lo determinan mediante Convenio escrito.

En expresión de conformidad, las partes suscriben el presente Convenio en tres ejemplares de igual valor, en la ciudad de Sucre a los veinticuatro días del mes de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

(4) La Junta del Acuerdo de Cartagena, representada por su Coordinador, doctor Jaime Salazar Montoya, y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, representado por su Presidente, doctor Galo Pico Mantilla;

TOMANDO EN CUENTA:

Que los objetivos de la integración y la cooperación subregión andina exigen un esfuerzo mancomunado de las instituciones vinculadas al proceso;

Que es conveniente continuar y profundizar la estrecha y mutua colaboración que se ha venido desarrollando entre ambas instituciones.

Que en el marco de sus correspondientes áreas de competencia, existe un conjunto de actividades de interés recíproco que hacen aconsejable su coordinación y posible complementación, a fin de cumplir de manera más eficiente sus programas de trabajo;

SUSCRIBEN el siguiente Memorándum de Entendimiento:

PRIMERO: El Tribunal y la Junta del Acuerdo de Cartagena convienen en aunar sus esfuerzos con el propósito de adelantar acciones en torno a proyectos de interés común y en los cuales coinciden los planes de trabajo, adoptando las modalidades operativas y formas concretas de colaboración y coordinación de esfuerzos que mutuamente se convengan. Asimismo, ratifican su disposición de mantener consultas periódicas para contar con la información actualizada sobre el desarrollo de sus programas de actividades.

SEGUNDO: La cooperación entre las dos instituciones se efectuará, principalmente, mediante la organización de foros, el intercambio de expertos, investigaciones conjuntas y consultas específicas.

TERCERO: Para ejecutar la cooperación señalada, ambas instituciones intercambiarán notas en las cuales contarán, para cada acción, los términos de referencia, fechas, plazos de cumplimiento y presupuesto. En los casos que fuere pertinente, se concertará la coordinación que sea necesaria con otros organismos de carácter regional o subregional.

CUARTO: El presente Memorándum de Entendimiento entrará en vigencia a partir de la fecha de su suscripción; podrá ser revisado por

mutuo acuerdo de las Partes; y regirá por un período de dos años, renovable en forma automática, a menos que una de las Partes notifique oportunamente a la otra su voluntad de no renovarlo.

Hecho en Lima, en dos ejemplares, ambos de igual valor, el veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LAS ELECCIONES DIRECTAS DEL PARLAMENTO ANDINO *

Durante este Seminario denominado “Elecciones directas en el marco del nuevo rol del Parlamento Andino” varios son los temas que deben ser abordados por los expositores, como varias serán también las inquietudes que se aporten dentro de este encuentro en orden a lograr el objetivo propuesto por el Parlamento. De manera particular, estimo que será materia de un seguimiento y de una revisión especial aquellas iniciativas o proposiciones que traten de acercarnos más al propósito de los Parlamentarios Andinos de dar cumplimiento al Tratado Constitutivo del Parlamento, de modo que la representación que hoy ejercen a nivel nacional en cada uno de los países de la subregión pueda tener una proyección subregional, una proyección andina que coloque al Parlamento en aquello que sirvió de pauta para la elaboración de su Tratado; es decir, en una condición similar a la del Parlamento Europeo dentro de la Comunidad Económica.

Sin embargo, comencemos por reconocer el hecho de que indiscutiblemente es difícil la inmediata elección universal y directa de los futuros Parlamentarios Andinos en los respectivos países de la subregión. Surge entonces la primera interrogante que debe ser absuelta por vosotros honorables parlamentarios: ¿esta elección universal y directa debe ser simultánea en los cinco países con listas regionales o con listas nacionales?

Al responder cada una de las inquietudes sobre la materia nos acercamos por cierto, al objetivo fundamental de cumplir con lo estatuido en el propio Tratado Constitutivo. Con criterio objetivo y realista digamos aquello que, acertada o equivocadamente, consideremos que es lo procedente, aunque en determinado momento pueda no satisfacer la legítima inquietud de acelerar los pasos para la

constitución del Parlamento Andino mediante elección universal y directa.

Dentro del tema asignado para esta exposición “Consideraciones constitucionales, sobre las elecciones directas del Parlamento Andino”, como podrán apreciar en el cuadro comparativo que tendré la oportunidad de entregarles, hay una serie de aspectos divergentes en cuanto al sistema legislativo, su organización, composición, período de duración, formas de elección, requisitos para ser Senador o Diputado; así como, por fortuna, también hay coincidencias, sobre todo en el valor supremo de la representación democrática llámese Poder, Rama o Función Legislativa como cada uno de los países de la subregión lo denomina.

Así dentro de estos puntos que podrían englobarse entre las “consideraciones constitucionales” vale la pena destacar varios de ellos, como por ejemplo, el sistema bicameral que corresponde a cuatro de los países contratantes, Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, frente al sistema unicameral del Ecuador. Así mismo, mientras en varios de los países los Senadores tienen la representación general por cada uno de los departamentos, regiones o estados del respectivo país, los Diputados, en términos generales, son elegidos según el número de habitantes de cada una de las circunscripciones a las que representan. En el sistema unicameral del Ecuador son doce los diputados denominados nacionales designados con la votación de todo el país y son cincuenta y nueve los diputados provinciales que representan a lo que en los otros países se llama departamento, región o estado. Siendo así, distinto el sistema de elección, diferente el número de habitantes en cada una de estas circunscripciones y en general en cada uno de los países andinos, el número de los legisladores también es distinto para los Congresos bicameral y unicameral. De los datos que disponemos al momento, aunque no amerita una comparación numérica, es el Congreso de la República del Ecuador el que menos Legisladores tiene en número de la representación popular pero quizá, como un elemento de consideración futura para las elecciones del

Parlamento Andino, habría que establecer el número de Legisladores que formaran parte de esta nueva organización legislativa, quizá en número igual por cada uno de los Países Miembros como es en la actualidad.

Por otra parte, vemos una diferencia en cuanto al período de duración de las funciones, tanto de los senadores como de los diputados: el mayor período para los senadores es de cinco años, en otros casos es de cuatro, período que corresponde también a los diputados nacionales ecuatorianos. En cambio, podemos advertir que en el período de duración de los diputados, los que menos tiempo ejercen sus funciones y por cierto tienen menos oportunidad para intervenir en sus labores constitucionales y en las actividades del Parlamento Andino, son los diputados ecuatorianos cuyo período de representación es solamente de dos años mientras en los demás países es de cuatro o cinco años.

Así mismo, otra norma constitucional que debe servir de base para el estudio que realizamos y para las próximas medidas que se intenten en orden a encontrar los puntos de coincidencia para la elección universal y directa de los parlamentarios andinos, es la norma de reelección o no reelección de los legisladores, pues habrán muchos partidarios de la reelección como también existirán criterios a favor de la no reelección legislativa. En efecto, en los preceptos constitucionales referidos en esta exposición comparativa, observamos que hay una reelección indefinida prácticamente en todos los países con excepción del Ecuador, en donde sólo puede darse este caso después de un período de actuación o cuando el diputado nacional aspire a ser diputado provincial o viceversa el provincial a ser nacional.

Además, si observamos los requisitos constitucionales para ser elegido Senador o Diputado encontraremos que en tres países, Colombia, Venezuela y Ecuador se exige treinta años de edad para ser Senador o Diputado Nacional en el caso de Ecuador, mientras que en Bolivia, este requisito es de treinta y cinco años de edad. En todos los casos, los candidatos deben pertenecer a un partido político o ser

presentados por la organización partidaria a la cual representen o pertenezcan. Hemos anotado también un requisito fundamental que así mismo queda a la consideración de quienes sean los encargados de preparar los documentos finales para lograr la aspiración del Parlamento Andino, y es el de que en Colombia para ser candidato a Senador se exige haber desempeñado durante cinco años una función administrativa o profesional.

Surge entonces una nueva interrogación, ¿cuáles serán los requisitos para ser candidato al Parlamento Andino, los que se requieren para ser Senador o para ser Diputado? Todos los que establecen las cinco Constituciones, parte de ellos, u otras condiciones?...Dentro de esto, advertimos que para el ejercicio de la diputación en cuatro de los cinco países de la subregión, el requisito es tener veinte y cinco años mientras en el quinto, Venezuela, la obligación es tener apenas veinte y un años de edad.

Así presentados los requisitos constitucionales, falta referirnos a la forma cómo vamos a proceder para continuar adelante en la elaboración de los documentos que, de una u otra manera deberían ser uniformes para ejercer la representación parlamentaria de los pueblos andinos con igualdad de derechos y obligaciones en la institución subregional que es el Parlamento Andino. Pregunto entonces, ¿será conveniente acoger los requisitos establecidos para ser Senador o será preferible establecer los requisitos que se exigen para la elección de diputados como mencioné anteriormente? Pienso que ésta es una de las primeras definiciones indispensables para la elaboración del Tratado complementario.

Por otra parte, hay que establecer la oportunidad para la elección; por un sentido práctico electoral se ha de suponer que ninguno de los países abriría un paréntesis en sus actividades normales para fijar la fecha de un nuevo evento electoral, en cuyo caso la elección para el Parlamento Andino podría ser el mismo día que para los parlamentos nacionales, salvo que, como dije anteriormente, se conviniera en una elección simultánea en los cinco Países Miembros.

En todo caso, permítaseme aclarar que éstas apreciaciones son de carácter estrictamente personal que respetan en toda su magnitud las decisiones soberanas de cada uno de los Estados, de sus órganos públicos, sus autoridades y Parlamentarios pero no podemos dejar de reconocer la inquietud que sobre materia electoral se escucha en cada uno de los países y que, en resumen, representan un sólo pensamiento como pueblos libertados por Bolívar, como Patrias integradas con la lucha y el heroísmo de nuestros pueblos que han sembrado una esperanza que es la misma: el desarrollo y progreso de sus países y naturalmente, el anhelo permanente de que las elevadas funciones de cada uno de los Estados, en este caso las Funciones Legislativas puedan dar a sus pueblos las conquistas que resultan del debido ejercicio de la democracia que defendemos, cultivamos y llevamos adelante como el medio más eficaz para poder dar vida a los Parlamentos nacionales, al Parlamento Andino y en fin, a la Comunidad Andina.

Además de las consideraciones expuestas, hay otra que si bien puede carecer de importancia para los efectos de la representación al Parlamento Andino, es preciso mencionarla y es la diferencia que existe en los períodos de reuniones de los Congresos, tanto ordinarios como extraordinarios. Por ejemplo para las reuniones ordinarias en Bolivia, se habla de noventa días, prorrogables a ciento veinte; en Colombia, de ciento cincuenta días; en el Ecuador, son sesenta improrrogables; en el Perú, casi ciento cincuenta días por una parte y ciento cincuenta días por otra, prácticamente todo el año de actividad legislativa y en Venezuela, ciento veinte días por una parte y sesenta días por otra en dos períodos de sesiones ordinarias prorrogables. De otro lado, en cada uno de los países, en los períodos extraordinarios se debe cumplir con requisitos especiales para su convocatoria así como para el desarrollo de sus deliberaciones, pero de manera muy especial y práctica se anota que en los Congresos Extraordinarios sólo pueden conocerse y tratarse los asuntos materia de la convocatoria.

Visto así, en términos generales, el panorama constitucional y las indispensables definiciones, nos toca plantear una primera aproximación al objetivo de esta reunión y a la decisión del Parlamento Andino la misma que estaría dentro de la norma jurídica del propio Parlamento, es decir, dentro del propio Tratado Constitutivo. Se trata de que para la elección de los parlamentarios por sufragio universal y directo correspondiera la preparación, mejor la concertación de un Protocolo Adicional al Protocolo Constitutivo del Parlamento Andino en el que se acuerden los criterios de las representaciones nacionales y los procedimientos que los Estados Miembros deseen adoptar para la elección. (1)

La forma de concretar el trabajo consiste, precisamente, en el intercambio de opiniones y criterios de los propios parlamentarios andinos en torno a lo que sería el protocolo o el primer documento de trabajo para el proyecto de Protocolo adicional.

De este modo, definidos los criterios fundamentales, la alternativa sería la de iniciar y seguir con la preparación del futuro Protocolo Adicional o la de aprobar una Ley interna en cada uno de los países si así lo estiman los señores Legisladores, en las que se establezcan el procedimiento para la elección de la representación nacional al Parlamento Andino, tratando de lograr en lo posible la unificación de la norma electoral como paso previo a la celebración del Protocolo Adicional.

Mientras tanto, independiente del asunto estrictamente jurídico, un primer paso hacia la eventual unificación de criterios podría ser el acordar, desde ahora, un procedimiento similar en los cinco Parlamentos de la subregión para la actual designación de los Parlamentarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela al Parlamento Andino. Sin embargo, dado el período de duración de los parlamentarios en sus respectivos países, se da el caso, y tiene que continuar dándose de que no siempre son los mismos representantes los que participan en las reuniones del Parlamento Andino ya que no

son designados en las mismas fechas porque son diferentes las épocas de instalación de las reuniones de los Congresos Nacionales.

No obstante, la concertación sugerida podría ser incorporada dentro de la correspondiente Ley o Reglamento de las Cámaras Legislativas. Sería así una demostración del esfuerzo de los Parlamentarios para la indispensable unificación de criterios.

El hecho de que se acuerden las normas del procedimiento para la referida elección, quiere decir que se está haciendo uso de la facultad que confiere el propio Tratado Constitutivo del Parlamento con un sólo procedimiento que unifique esa integración parlamentaria. Este sería el paso inicial para la larga tarea que corresponde a los señores Legisladores. Larga y difícil distinguidos Parlamentarios, de allí que lo importante, es identificarse en los procedimientos, coincidir en las ideas y unificarse en los propósitos.

Quedan así, varias ideas, dispuestas de las que para vosotros sean útiles, distinguidos organizadores, honorables legisladores.

* SEMINARIO SOBRE ELECCIONES DIRECTAS EN EL MARCO DEL NUEVO ROL DEL PARLAMENTO ANDINO, Lima, noviembre 25 de 1987.

NOTA:

(1) El "Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes" fue firmado en Sucre-Bolivia, el 23 de abril de 1997 por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros de la Comunidad Andina: Bolivia, Antonio Aranibar Quiroga; Colombia, Maria Emma Mejía Vélez; Ecuador, José Ayala Lasso; y, Perú, Eduardo Ferrero Costa.

ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ACUERDO DE CARTAGENA *

A) Antecedentes. B) Composición. C) Características.
D) Principios. E) Jurisprudencia sobre aplicación directa y preeminencia de la norma comunitaria.

A. ANTECEDENTES

El primer Acuerdo de Integración Subregional, cuyo ordenamiento jurídico es materia de este trabajo, fue celebrado el 26 de mayo de 1969 por los representantes plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, quienes suscribieron este tratado internacional de carácter normativo, con el objeto de promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus países, y acelerar su crecimiento mediante la integración económica a fin de mejorar el nivel de vida de sus habitantes. Dentro de su estructura orgánica, el Acuerdo estableció únicamente dos órganos principales: la Comisión, con carácter político normativo y la Junta con criterio técnico ejecutivo. Aún no se había contemplado la creación de un órgano jurisdiccional, como tampoco se determinó la composición del ahora denominado "Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena".(1)

Es más, en el campo jurídico, la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo y, en aquella época también, del Tratado de Montevideo estaba asignada a la Comisión, órgano máximo del Acuerdo, a la que, además le correspondía ejercer las acciones de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación en los casos de discrepancia que se produzcan, tanto en la interpretación, como en la ejecución de las normas del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión. Por otro lado, para el caso de que la gestión de la Comisión no tuviere éxito, estuvo previsto que la solución de controversias entre los países suscriptores del Acuerdo, definidos como "Países Miembros" debía sujetarse a los procedimientos establecidos en el Protocolo para solución de controversias de la ALALC, a cuyo Tratado constitutivo y

para estos fines, se declaró incluidas las normas del Acuerdo y las Decisiones de la Comisión.

Diez años después de la suscripción del citado Acuerdo de Integración Subregional, el 28 de mayo de 1979, se suscribió el Tratado de creación del Tribunal de Justicia, con el que se establece, tanto este órgano jurisdiccional comunitario generalmente denominado Tribunal Andino de Justicia y para este trabajo simplemente Tribunal, como el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los términos que examinaremos más adelante, con este nombre o, indistintamente, con el de ordenamiento, ordenamiento jurídico u ordenamiento jurídico andino.

La frase "Derecho Andino" se refiere al indicado Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena. Si bien el referido ordenamiento se define a los diez años de iniciada la integración andina con la creación del Tribunal, las primeras manifestaciones para su aprobación aparecen a los pocos años de permanencia del Acuerdo, cuando los organismos de la propia estructura integracionista advierten la impostergable necesidad de contar con la participación de un órgano jurisdiccional propio y definir el conjunto de las normas comunes que, una vez aprobadas por los Países Miembros o los citados órganos principales del Acuerdo, tengan vigor y se apliquen de manera uniforme en los países agrupados dentro del marco subregional andino.

Efectivamente, el 12 de diciembre de 1972, la Junta preparó el documento denominado Primer Informe para el establecimiento de un órgano jurisdiccional dentro del Acuerdo de Cartagena. A este documento, luego de varios años, le sigue el "Proyecto de Tratado" en el que se propone la creación del Tribunal y la definición de lo que sería el ordenamiento jurídico del Acuerdo. Posteriormente, en 1979, se presentaron varios informes con los resultados obtenidos en las reuniones de expertos y en las de representantes plenipotenciarios de los Países Miembros.

En estos documentos que constituyen la historia de la aprobación del ordenamiento jurídico y de la creación del Tribunal, se advierte el largo camino recorrido, los problemas de orden general, los criterios jurídicos y las posiciones técnicas de los participantes. Por ejemplo, en relación con el nombre que debía asignarse al conjunto de preceptos que integrarían el actual ordenamiento jurídico, se propuso el de "estructura jurídica", luego "marco jurídico" y finalmente se aprobó la denominación de "ordenamiento jurídico". Así mismo, en cuanto a su contenido, sin duda, en razón de la vinculación jurídica del Acuerdo de Cartagena con la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC, y de la indispensable declaratoria de compatibilidad con los principios y objetivos del Tratado de Montevideo, en los primeros proyectos se incluyó entre los componentes del citado ordenamiento, a los Protocolos y Resoluciones de la ALALC, junto con "otras normas que emanen de los órganos principales del Acuerdo". Todos ellos, además de los que actualmente conforman el ordenamiento jurídico andino.

Finalmente, al no ser aceptadas estas proposiciones, el ordenamiento quedó conformado con los tratados constitutivos y las reglas aprobadas por sus instituciones que, representando un conjunto de normas propias, originarias y derivadas, fueron adoptadas con idéntico propósito y características comunes para ser aplicadas en un lugar determinado como la subregión andina.

B. COMPOSICIÓN

Con estos antecedentes vemos que el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, quedó conformado por el propio Acuerdo, sus Protocolos e Instrumento adicionales destinados a lograr la integración de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, y el Tratado del Tribunal, las Decisiones y Resoluciones aprobadas por la Comisión y la Junta, respectivamente.

En efecto, el artículo Iº. del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, enumera en forma precisa la referida composición, en los siguientes términos:

"El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado;
- c) Las Decisiones de la Comisión;
- d) Las Resoluciones de la Junta." (2)

Del texto anterior, inequívocamente, se desprende que el propósito de los Países Miembros fue el de independizar definitivamente la acción jurídica del Acuerdo de Cartagena de la correspondiente del Tratado de Montevideo. De allí que esta relación de los instrumentos constitutivos del ordenamiento jurídico andino limitada a sus propias normas, tiene su razón de ser en cuanto reúne los principios que inspiran la conformación de un ordenamiento jurídico propio, le individualizan y le otorgan identidad andina con el objetivo de su aplicación.

Integrado en esta forma, el ordenamiento comprende cuatro componentes que, jurídicamente, estarían agrupados en dos categorías. La primera, compuesta por las normas constitucionales o primarias como el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado que crea el Tribunal de Justicia; y, la segunda, integrada por las normas derivadas como las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. El Acuerdo y el Tratado constituyen el derecho primario y las Decisiones y Resoluciones el derecho derivado, originados de la misma fuente y constituidos por la voluntad de los estados participantes expresada, en el caso de los Tratados Internacionales, a través de sus plenipotenciarios cuya participación es ratificada de acuerdo con los procedimientos constitucionales y legales de cada uno de ellos; en el caso de las

Decisiones, manifestada por los integrantes de la Comisión, también plenipotenciarios de los países miembros; y, finalmente, en el caso de las Resoluciones, demostrada por la Junta en ejercicio de la competencia asignada por el Acuerdo de Cartagena a este órgano principal del mismo.

En conclusión, forman parte de la primera categoría jurídica, el Acuerdo de Integración Subregional denominado Acuerdo de Cartagena, el Instrumento Adicional para la adhesión de Venezuela, los Protocolos Modificatorios de Lima, Arequipa y Quito y el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; y, de la segunda, las Decisiones de la Comisión (311 hasta el 8 de noviembre de 1991 y las Resoluciones de la Junta (309 hasta el 24 de octubre de 1991.

Los demás Tratados, o convenios relativos a otras instituciones que se catalogan dentro del denominado Sistema de Integración Andina, como el Tratado constitutivo del Parlamento Andino, los Convenios Andrés Bello, Simón Rodríguez e Hipólito Unánue, los que crean la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Andino de Reservas -ahora el Latinoamericano de Reservas- y el Acta constitutiva de la Asociación de Empresas Estatales de Telecomunicaciones del Acuerdo Subregional Andino, ASETA, no conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, limitado, por la norma del Tratado, sólo a los instrumentos directamente vinculados con el Acuerdo de Cartagena y el Tribunal de Justicia. Sin embargo, el Parlamento Andino, con la vigencia del Protocolo de Quito, pasó a constituirse en el cuarto órgano principal del Acuerdo con las funciones que le asigna su propio tratado constitutivo.

Por cierto, esta precisión del ordenamiento, es únicamente de carácter jurídico y en ningún caso limitativa de participación alguna en el campo de la integración, pues, considero que conforme se avance en su ejecución y en el proyecto de constituir el "mercado común latinoamericano" se avanzará también en la conformación del ordenamiento jurídico y en la asignación de nuevas funciones a los organismos de la comunidad andina.

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

1. Acuerdo de Cartagena, Instrumento Adicional y Protocolos Modificatorios:

a) Acuerdo de Integración Subregional

Acuerdo de Cartagena, es el nombre con el que se identifica al Acuerdo de Integración Subregional suscrito en Cartagena el 26 de mayo de 1969 por los representantes plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, en los términos y condiciones propuestos en el mismo instrumento internacional, posteriormente ratificado por los respectivos gobiernos de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico de los países suscriptores.

Para que se perfeccione la celebración de este Tratado, considerado al principio como un desarrollo del Tratado de Montevideo de 1960 que estableció la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC, se requirió previamente la declaración de compatibilidad con sus principios y objetivos. Al efecto, este organismo, aprobó las Resoluciones 202 y 203 de su Consejo de Ministros, que contienen, en su orden, las normas de los acuerdos subregionales y las bases para el acuerdo entre Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.

Luego de la suscripción, de conformidad con las previsiones del mismo Acuerdo, la entrada en vigor de este instrumento quedó prevista para la fecha en que la Secretaría Ejecutiva de la ALALC reciba el tercer instrumento de ratificación.

Una vez concluidos estos trámites, el Acuerdo tuvo vigencia para la subregión andina desde el 16 de octubre de 1969. Inmediatamente, el Acuerdo de Integración Subregional, adquiere la denominación oficial de "Acuerdo de Cartagena" mediante la Decisión No. 1 de la Comisión, es decir por medio de la primera norma comunitaria aprobada por este órgano principal del Acuerdo cuyos mandatos se identifican, con el nombre de "Decisiones".

Como se sabe, el Acuerdo de Cartagena, inicialmente, estuvo constituido por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Con posterioridad se producen dos cambios dentro de su organización, el primero, de trascendental importancia para el proceso integrador de la subregión andina, la incorporación de Venezuela al Acuerdo formalizada en 1973 mediante la suscripción del Instrumento Adicional y el Protocolo de Lima y la aprobación de la Decisión 70 de la Comisión; y, el segundo, la separación de Chile, que se produce por medio del Protocolo Adicional suscrito el 5 de octubre de 1976 y la Decisión 102 de la Comisión, la misma que contiene las condiciones para esta separación. Luego de estas modificaciones el grupo quedó integrado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela., a los que nos referimos cuando mencionamos la reconocida denominación de "Países Miembros" del Acuerdo.

Desde el comienzo de su integración, hasta las reformas introducidas por el Protocolo de Quito (12 de mayo de 1987), se comprometieron a "promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común,...". Todos estos objetivos, fueron convenidos "con la finalidad de procurar

un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión".

Con las modificaciones del Protocolo de Quito, se produce un cambio en los términos que expresan el objetivo de los países integrados. Se define la independencia del Acuerdo frente a la ALALC y se amplía el propósito de la formación de un mercado común, al ámbito latinoamericano.

Desde el punto de vista de los objetivos, el cambio anunciado consiste, por una parte, en que se establecen las "condiciones de equidad" y la forma de "integración y cooperación económica y social" para promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros; mientras por otra, se propone "acelerar su crecimiento y la generación de ocupación" al tiempo de referirse a la participación en la integración regional para la constitución gradual de un futuro mercado común latinoamericano.

Estas y otras de las normas del "nuevo" Acuerdo de Cartagena reiteran las características y principios que distinguen a la integración andina y al ordenamiento jurídico del que, precisamente, forma parte el Acuerdo de Cartagena y los instrumentos y tratados que lo modifican.

El Acuerdo de Cartagena, en términos generales, luego de fijar los objetivos y mecanismos, y establecer los órganos del Acuerdo - Comisión y Junta-, regula las diversas materias de la integración, como armonización de políticas económicas, coordinación de planes de desarrollo, programación industrial, programa de liberación, arancel externo común, régimen agropecuario, competencia comercial, cláusulas de salvaguardia, origen, integración física, asuntos financieros y régimen especial para Bolivia y Ecuador. Concluye sus disposiciones, con los artículos referentes a la adhesión, vigencia y denuncia del Acuerdo. Varios artículos comprendidos dentro de sus respectivos capítulos, establecen la vinculación jurídica del Acuerdo de Cartagena con el Tratado de Montevideo, especialmente aquellos de los capítulos referentes a los objetivos, programa de liberación,

competencia comercial, cláusulas de salvaguardia, adhesión y vigencia del Acuerdo.

Durante el estudio de los diversos instrumentos modificatorios, encontraremos que esta vinculación jurídica entre sus correspondientes disposiciones fue modificándose, primero, al resultar innecesaria la declaratoria de "compatibilidad"; luego, al cambiar el lugar de "depósito" de los instrumentos de ratificación; y, fundamentalmente, al modificar las condiciones de "vigencia" del Acuerdo. De la temporalidad inicial, condicionada a que los compromisos que se adquieran en el Tratado de Montevideo no superen los alcanzados por el Acuerdo, se pasó a la vigencia por tiempo indefinido.

b) Instrumento Adicional para la adhesión de Venezuela(3)

En el orden de aprobación de los documentos modificatorios del Acuerdo de Cartagena que, en conjunto, forman parte del ordenamiento jurídico, encontramos en primer lugar al Instrumento Adicional para la adhesión de Venezuela.

Este Instrumento se suscribió, el 13 de febrero de 1973, como resultado de las gestiones realizadas por el grupo andino y las deliberaciones de sus representantes con los delegados de Venezuela para acordar las condiciones de su adhesión al Acuerdo. En este caso, al igual que con el Acuerdo de Cartagena, fue necesario seguir el trámite previo de la declaración de compatibilidad con los principios y objetivos del Tratado de Montevideo y sus correspondientes Resoluciones. Luego vino la ratificación por parte de los Países Miembros y su correspondiente notificación a la Secretaría de la ALALC, como requisito indispensable para la entrada en vigor de este documento. En otros términos, el procedimiento que correspondió al Instrumento Adicional para la adhesión de Venezuela fue el mismo que siguió el Acuerdo de Cartagena de 1969.

Esta adhesión, se suscribió al mismo tiempo que el Instrumento Adicional y el Acta Final de las negociaciones que comprende los

antecedentes y el "Consenso de Lima". La Comisión del Acuerdo completó el conjunto de documentos indispensables para esta adhesión, aprobando la Decisión 70, que contiene las condiciones de la misma.

c) Protocolo Adicional (Separación de Chile)

Luego, dentro de los Tratados comprendidos en el primer literal del artículo Iº. del Tratado de Creación del Tribunal, el 5 de octubre de 1976, se suscribió un Protocolo Adicional al Acuerdo, mediante el cual se estableció una comisión especial integrada con representantes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por una parte; y de Chile, por otra, con el objeto de que se establezca un régimen especial y un plazo definido para ejercer los derechos y obligaciones que correspondan a cada uno de ellos en su carácter de Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, con la condición de que Chile se retiraría del Acuerdo si no se llegare a un entendimiento entre las Partes, dentro del plazo de veinte y cuatro días contados desde la fecha de suscripción de este Protocolo. Como resultado del mismo, la Comisión aprobó la Decisión 102 y se produjo la separación de Chile desde el 30 de octubre de 1976. A partir de esta fecha vuelven a ser cinco los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena.

d) Protocolo de Lima

Posteriormente, el 30 de octubre de 1976, se suscribe un nuevo Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, denominado Protocolo de Lima, mediante el cual se amplían los plazos establecidos en el texto original para el cumplimiento de una serie de obligaciones, al mismo tiempo que se modifican estas disposiciones. Este Protocolo, no requirió la declaratoria de compatibilidad que fue indispensable para el Acuerdo y el Instrumento Adicional, pero mantuvo para los Países Miembros, la obligación de comunicar a la Secretaría de la ALALC el correspondiente acto de aprobación para su entrada en vigor en los Países Miembros. Además de las reformas introducidas por este Protocolo, se facultó a la Comisión para que proceda a codificar el

Acuerdo de Cartagena. En efecto, la Comisión aprobó la primera codificación oficial mediante la Decisión No. 117 (17 de febrero de 1977), la misma que comprende las disposiciones del Acuerdo de Cartagena, el Instrumento Adicional para la adhesión de Venezuela, este Protocolo y la Decisión 102 de la Comisión que señala el 30 de octubre de 1976, como la fecha de terminación para Chile de los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo.

e) Protocolo de Arequipa

En el orden de suscripción de las modificaciones al Acuerdo de Cartagena nos referimos ahora, al Protocolo de Arequipa, firmado el 21 de abril de 1978 por los plenipotenciarios de los cinco Países Miembros. Así mismo, este Protocolo, en términos generales, amplía varios plazos previstos en el texto original del Acuerdo y en el Protocolo de Lima, modifica los programas sectoriales de desarrollo industrial y cambia el programa de liberación.

Por otra parte, mediante disposición expresa, faculta a la Comisión para que, a propuesta de la Junta, pueda prorrogar por un año adicional el plazo establecido para el período de reserva mediante Decisión que se adopte con el voto afirmativo de dos tercios de los Países Miembros sin que haya voto negativo y con las condiciones señaladas por el mismo Protocolo. Además, así como el Protocolo de Lima, este instrumento también faculta a la Comisión para codificar nuevamente el Acuerdo de Cartagena y sus modificaciones. La Comisión, en su oportunidad y en cumplimiento de estos mandatos amplió los indicados plazos y aprobó la codificación mediante la Decisión 147 (7 de septiembre de 1979).

También en este caso, se establece que la vigencia del Protocolo se producirá cuando todos los países hayan comunicado su aprobación a la Secretaría Ejecutiva de la ALALC.

f) Protocolo de Quito (4)

Finalmente, dentro del primer grupo de normas que conforman el ordenamiento jurídico, tenemos el reciente Protocolo Modificador del

Acuerdo de Cartagena, denominado Protocolo de Quito, suscrito el 12 de mayo de 1987. Este instrumento modificatorio, el último registrado hasta la fecha, es el resultado de la búsqueda de nuevos horizontes para el proceso de integración subregional. Jurídicamente, sigue la misma línea que los anteriores en cuanto a los procedimientos de suscripción, aprobación y ratificación que corresponde a un instrumento internacional pero difiere, sustancialmente, en el alcance y contenido de sus disposiciones modificatorias.

En efecto, reitera la autonomía de la integración andina y de su ordenamiento jurídico propiciada por el Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia. Elimina, prácticamente, toda referencia al Tratado de Montevideo. Por ejemplo, no se aplicará las normas de la ALALC en materia de impuestos, sino que el producto originario de un País Miembro tendrá derecho a un tratamiento análogo al que corresponda para los productos nacionales, de características "similares". Los compromisos adquiridos dentro del programa de liberación de la ALALC no prevalecerán en el Acuerdo como estaba previsto para cuando ellos sean más avanzados que el programa subregional. Los acuerdos de alcance parcial podrán suscribirse con todos los países de América Latina. Además se suprime la excepción para aplicar cláusulas de salvaguardia a los productos del programa de Liberación del Tratado de Montevideo y la referencia a la Resolución 173 de la ALALC en relación con las medidas correctivas. La adhesión al Acuerdo queda abierta para "los demás países Latinoamericanos" y el objetivo de la "conversión de la ALALC en un mercado común" es reemplazado por el de la "formación gradual de un mercado común latinoamericano". La norma prevista para la solución de controversias con participación de la Comisión y la sujeción al Protocolo de la ALALC, se reemplaza disponiendo que el ejercicio de esta función corresponde al Tribunal de Justicia del Acuerdo.

De manera preferente, por las consecuencias de carácter jurídico que producen las disposiciones modificatorias, cabe reiterar, tanto la eliminación del requisito de compatibilidad del Acuerdo con los

principios y objetivos del Tratado de Montevideo, como la notificación a la Secretaría Ejecutiva de la ALALC del acto de aprobación de los Países Miembros a los protocolos andinos. Además, como se dijo anteriormente, mientras en el texto original la vigencia del Acuerdo estaba limitada a que los compromisos del Tratado de Montevideo no superen los suyos, la modificación dispone que el Acuerdo permanezca en vigencia por tiempo indefinido.

Finalmente, siguiendo el orden de las disposiciones modificatorias, concluye el proceso de desvinculación de la ALALC, al derogar las normas por las cuales sus Resoluciones debían aplicarse en forma supletoria y las disposiciones del Acuerdo no podían afectar los derechos y obligaciones previstos en el Tratado de Montevideo.

El Protocolo de Quito -como el de Lima y Arequipa- faculta a la Comisión para que, a propuesta de la Junta, proceda a la nueva codificación del Acuerdo, la misma que se aprueba mediante la Decisión 236 (15 de julio de 1988) y que hasta hoy, constituye la tercera codificación del Acuerdo de Cartagena. Las modificaciones aprobadas por el Protocolo de Quito se refieren al texto codificado mediante la Decisión 147 de la Comisión.

De esta manera, termina a través de los mismos instrumentos constitutivos del Acuerdo y del Tratado creador del Tribunal, una larga etapa de desarrollo normativo durante la cual se han producido interesantes discrepancias jurídicas que, en todo caso, han contribuido a consolidar el derecho andino y a precisar el carácter comunitario de las normas creadas por el grupo subregional andino. Nos referimos, particularmente, a las opiniones que se producían sobre la tesis de que el Acuerdo de Cartagena constituía un desarrollo del Tratado de Montevideo por los mecanismos que fueron necesarios para su suscripción y vigencia.

2. Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (5)

El segundo componente del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, es el Tratado que crea el Tribunal de Justicia. Este instrumento representa el resultado de una década de labor durante la cual se confirmó la imperiosa necesidad de que el grupo andino tuviera un órgano jurisdiccional que asuma el control de la legalidad del proceso y, además, complete la estructura orgánica básica de la integración.

En efecto, en virtud de este Tratado, a los órganos legislativos (Comisión) y ejecutivo (Junta), se suma el órgano jurisdiccional (Tribunal), formando así, en el Acuerdo, un marco institucional similar al de la división de poderes prevalecientes en nuestros Estados. Las tres instituciones, Comisión, Junta y Tribunal, en orden de su creación, constituyen los órganos principales del Acuerdo de Cartagena. Los dos primeros, en virtud del propio Acuerdo, y el Tribunal, por mandato del Tratado de su creación.

Posteriormente, en la misma condición y conforme a lo dispuesto por el Protocolo de Quito, se incorporó también al Parlamento Andino instituido mediante tratado de 15 de octubre de 1979. Según el citado Protocolo Modificatorio, al Parlamento y al Tribunal Andino de Justicia, les corresponderá actuar dentro de la comunidad, "de conformidad con las facultades y funciones previstas en los respectivos tratados que los crean".

Con el propósito de que se hiciera realidad la aspiración de los países integrados de contar con un órgano jurisdiccional se presentaron varias y muy valiosas iniciativas. Hubo coincidencia en los puntos fundamentales de lo que constituiría el nuevo órgano de la integración. Por ejemplo, mediante el registro metódico de los documentos que recogen las iniciativas oficiales, encontramos las "Bases de un Tratado para la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena" de 6 de diciembre de 1972 y el "Informe de la Junta sobre el establecimiento de un órgano jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena", presentado el 12 de diciembre del mismo año.

El 8 de agosto de 1978, los presidentes de los países andinos expusieron "la impostergable necesidad de disponer de un Órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo".

Con estos documentos, se advierte que la gestión realizada por la Junta para la creación del Tribunal, se inició con la oportunidad debida, pero además, su trabajo continuó en diversas formas y ocasiones. Se presentaron propuestas e informes, se organizaron reuniones de expertos y de representantes plenipotenciarios y, el 16 de febrero de 1979, se presentó un documento final para la negociación del correspondiente Tratado.

Varios meses después, el 28 de mayo de 1979 los Países Miembros, luego de conocer el mencionado Informe Final presentado por la Junta, suscribieron en Cartagena el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Con esta oportunidad, en la misma fecha, los Presidentes de los países andinos aprobaron el "Mandato de Cartagena" importante documento para la integración andina, en el que, recomendaron la urgencia de la entrada en vigor del Tratado de creación del Tribunal, considerando que de esta manera se "dota al Derecho de Integración de una instancia jurisdiccional e interpretativa" y que, "con la creación de la función jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanza plenitud institucional, reafirma su personalidad jurídica internacional, su propia autonomía y la permanencia de sus objetivos, órganos y mecanismos".

Todas estas precisiones nos ayudarán a robustecer la tesis que sustentamos sobre los principios que caracterizan al derecho de la Integración, en este caso al "Derecho Andino" y más precisamente, al "ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena" del que forman parte las normas del Tratado constitutivo del Tribunal.

Este tratado, suscrito dentro de normas y procedimientos similares a los del Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena, al tener igual jerarquía que éste, modifica varios dispositivos de su texto, estableciendo nuevas condiciones jurídicas para los países de la "comunidad subregional" cuyo éxito se asegura en el Mandato de Cartagena.

El Tratado del Tribunal entró en vigor el 19 de mayo de 1983 una vez que fueron depositadas en la Junta del Acuerdo Secretariado Permanente de la Comisión -no en la Secretaría Ejecutiva de la ALALC-, las ratificaciones de los cinco Países Miembros.

En su texto, el Tratado destaca que la integración económica latinoamericana y, particularmente, la andina, "constituyen un propósito común de desarrollo económico y social" es decir una acción colectiva, más amplia que la acción particular o individual de cada uno de los Estados, circunstancia que da origen a la adopción de normas también comunes y, por tanto, iguales para los integrantes del Acuerdo, sus instituciones y personas.

El Tratado, por otra parte, fundamenta su suscripción en la "Declaración de los Presidentes de los Países Andinos"(Bogotá, 8 de agosto de 1978), con lo cual institucionaliza al más alto nivel el compromiso adquirido por los países suscriptores mediante el citado documento internacional. El texto de esta declaración como el de todas las que se han producido durante las dos décadas de vigencia del proyecto integracionista coinciden en la importancia del proceso y el valor de sus instituciones, de modo tal que fortalecen la característica jurídica que individualiza a las instituciones de la integración que, como el Tribunal, es un organismo sui generis, internacional sí, pero de carácter comunitario, diferente de los tradicionales en razón de los principios contenidos en las normas de su creación y las características de su estructura institucional.

La índole del Tribunal está reflejada en las fundamentaciones del Tratado. Se le atribuye la elevada misión de salvaguardar los derechos

y obligaciones que se derivan del Acuerdo, al tiempo de calificarle como el "órgano jurisdiccional del más alto nivel" y darle el carácter de "independencia" tanto frente a los países suscriptores como ante los demás órganos del Acuerdo, Comisión, Junta y, ahora, Parlamento Andino. Consecuente con lo dicho, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, a través de sus plenipotenciarios, al momento de suscribir el Tratado, reconocieron al Tribunal la "capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente".

La parte dispositiva del Tratado, como ya se mencionó, se inicia con el "ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena". El artículo Iº. dice: "El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos modificatorios e instrumentos adicionales; b) El presente Tratado; c) Las Decisiones de la Comisión; y d) Las Resoluciones de la Junta."

Ordenamiento que tiene características de "identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales", y, como consecuencia, jurídicamente "prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros". (Comisión del Acuerdo de Cartagena, XXIX Período de Sesiones Ordinarias, 28 de mayo al 5 de junio de 1980)

Este Tratado, mediante uno de los artículos, que reviste trascendental importancia por las consecuencias jurídicas que produce, soluciona el problema permanente de la vigencia de las Decisiones de la Comisión -norma jurídica andina- cuando dispone que "serán directamente aplicables" desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo creada por el mismo Tratado. Por vía de excepción, el mismo órgano legislativo o normativo, es decir la Comisión del Acuerdo, puede señalar para la vigencia de las Decisiones, una fecha posterior a la publicación. De esta manera se precisa la forma y oportunidad de la entrada en vigor de estas normas, al tiempo que se

consagra el principio de la aplicabilidad directa, característica esencial del "derecho comunitario".

La posibilidad de que se aprueben Decisiones que aparentemente no serían "directamente aplicables" porque cuando la misma Comisión así lo disponga, "requerirán de incorporación al derecho interno. . . " hemos de entender que no trata de desvirtuar el efecto directo del derecho andino, sino de coordinar esta disposición con la obligación que tienen los Países Miembros de velar por el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico mediante la adopción de medidas de carácter nacional -éstas sí sujetas a las normas de derecho interno de cada País Miembro-, obligación que incluye el abstenerse de cualquier acto que dificulte u obstaculice su normal aplicación.

Por otra parte, el Tratado de Creación del Tribunal, establece el principio de aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino y ordena la interpretación prejudicial para lograr este objetivo. Al juez nacional, que conozca el caso en el que deba aplicar alguna norma del citado ordenamiento le corresponde presentar la solicitud, mientras que al Tribunal, le compete precisar el contenido y alcance de estas disposiciones. La sentencia de interpretación, al igual que las de nulidad o incumplimiento, están exentas de homologación o exequátur en los Países Miembros, disposición con la cual los suscriptores reiteran la independencia del Tribunal, que constituye característica esencial de este organismo jurisdiccional comunitario, que tampoco requiere de otras intervenciones, para dirigirse a las autoridades de los Países Miembros. Puede hacerlo directamente cuando considere necesario para el cumplimiento de sus funciones.

La jurisdicción exclusiva del Tribunal es otra de las particularidades que le otorga el ordenamiento jurídico andino. De acuerdo con ella, los Países Miembros tienen la obligación de someter únicamente al Tribunal de Justicia del Acuerdo, las controversias que surjan entre ellos como consecuencia de la aplicación de cualquiera de las normas del citado ordenamiento o sea del Acuerdo, los Protocolos, el Tratado

del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta.

Otra norma del mismo instrumento establece la "Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena", como medio de comunicación en el que deben publicarse las Decisiones de la Comisión, las Resoluciones de la Junta y las sentencias del Tribunal. La publicación en la Gaceta produce el efecto de aplicación directa de las Decisiones y la entrada en vigor de las Resoluciones. Las sentencias, en cambio, tienen fuerza obligatoria desde el día siguiente al de su lectura, en audiencia, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta.

Para concluir el análisis de este segundo componente del ordenamiento jurídico andino, señalamos las condiciones que se establecieron en el Tratado, para la adhesión, vigencia y denuncia del mismo, así como las condiciones de suscripción. Los Estados que decidan adherirse al Acuerdo de Cartagena, si se diera el caso, deberán hacerlo simultáneamente al Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo. Su vigencia en la Subregión, se produjo el 19 de mayo de 1983 fecha de depósito de la última ratificación en la Secretaría de la Comisión y está supeditada únicamente al tiempo que permanezca en vigor el Acuerdo de Cartagena cuya duración es indefinida como lo establece el reciente Protocolo de Quito, al tiempo de independizar la vigencia del Tratado y del Acuerdo de la que corresponda al Tratado de Montevideo.

Por otra parte, el Tratado del Tribunal no es denunciable por sí sólo, de tal modo que si algún País Miembro del Acuerdo no deseara aceptar el control jurisdiccional, tendría que denunciar tanto el Tratado del Tribunal, como el Acuerdo de Cartagena y de hacerlo a este último se entenderá denunciado el primero.

Este Tratado -como el Acuerdo de Cartagena- fue suscrito sin reservas y expresamente las prohíbe, es decir que no resulta válida ni procedente "la declaración hecha por un Estado signatario para indicar que entiende excluir una determinada disposición del Tratado o que

pretende modificar su alcance o atribuirle un sentido determinado".
(*Charles Rousseau, Derecho Internacional Público, Barcelona, Ariel 1966, p. 46.*)

Además, como reconoce la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Art. 19) un Estado puede formular una reserva al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a un Tratado "... a menos: a) Que la reserva esté prohibida por el Tratado;..." y, este es el caso tanto del Acuerdo de Cartagena como del Tratado del Tribunal que no pueden ser suscritos con reservas.

3. Decisiones de la Comisión (6)

La Comisión, integrada por un representante plenipotenciario de cada País Miembro, es uno de los órganos principales y el máximo del Acuerdo de Cartagena que, con las últimas modificaciones introducidas por el Protocolo de Quito, recibió en forma definitiva y categórica la facultad de "legislación exclusiva" sobre las materias asignadas por el Acuerdo. De esta manera la "expresión de su voluntad" que se produce mediante Decisiones, ha de seguir entendiéndose como el legítimo ejercicio de una potestad indelegable para regular el proceso de integración con valor uniforme y vinculante para los cinco países del Acuerdo, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. La norma legislativa de la Comisión expedida por sus integrantes en ejercicio conjunto de la competencia asignada por estos países a través del Acuerdo, significaría la ley subregional o ley andina destinada a regular los temas de la integración, en forma independiente de la ley nacional o derecho interno de cada uno de los Estados, incluso de manera preferente a ella o excluyente según otras interpretaciones.

Las Decisiones de la Comisión, nombre con el que se conoce a los actos normativos de este órgano principal del Acuerdo, son aprobadas, como norma general, mediante el voto afirmativo de los dos tercios de los Países Miembros. Sin embargo, en atención a la índole de los asuntos que deben ser resueltos por la Comisión, se establecen las siguientes modalidades. La primera consiste en la aprobación con los

dos tercios de votos afirmativos sin ningún voto negativo (asuntos del Anexo I); la segunda, con el voto de dos tercios de los Países Miembros, por lo menos, y siempre que no haya voto negativo sobre las propuestas de la Junta (asuntos del Anexo II); la tercera, con dos tercios de votos afirmativos en los que se incluya el de Bolivia o Ecuador sobre las materias relacionadas con el régimen especial que les corresponda (Anexo III); la cuarta por unanimidad para designar a los miembros de la Junta; y, la quinta, con el voto favorable de por lo menos dos tercios de los Países Miembros, sin que haya voto negativo, cuando se trate de programas y proyectos de integración industrial. Si hay algún voto negativo, la propuesta regresa a la Junta para su posterior consideración, como en el caso de los asuntos del Anexo II.

De lo antes anotado se desprende que la Decisión, como norma subregional, podría obligar a uno o dos de los Países Miembros que no hubieren manifestado su conformidad o inclusive si hubiere votado negativamente, cuando en la segunda consideración del mismo tema se obtenga los dos tercios sin otro voto negativo, o simplemente los dos tercios afirmativos para los programas de integración industrial. En todo caso, la forma de votación general y la que corresponde a puntos específicos es el procedimiento que utiliza la Comisión para ejercer la facultad normativa que el Acuerdo de Cartagena le atribuye sobre los asuntos de su competencia, entre ellos la política general del Acuerdo, las medidas que sean necesarias para lograr su objetivo, la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros. De lo que resulta que la integración económica constituye la singularidad de las funciones de la Comisión y de los objetivos del Acuerdo. Además, según las últimas reformas, la Comisión, puede aprobar, no aprobar o enmendar las proposiciones presentadas por los Países Miembros en conjunto o separadamente, como lo hacía con las provenientes de la Junta.

Por otra parte, las Decisiones de la Comisión, son "directamente aplicables en los Países Miembros... "por mandato del artículo 3º del Tratado del Tribunal, sin embargo veamos también otras normas que

sostienen el mismo principio o que dieron lugar a su configuración definitiva.

El Reglamento de la Comisión, en su texto inicial (Decisión 6 de 25 de octubre de 1969), estableció dos modalidades para la entrada en vigor de sus Decisiones. La primera, la fecha que debía constar en la misma Decisión cuando "sus disposiciones impliquen obligaciones para los Países Miembros o para los órganos del Acuerdo" (Comisión y Junta); y la segunda, la fecha de aprobación del Acta final de la Comisión, cuando las Decisiones no contengan las citadas obligaciones. De este modo, correspondía a la misma Comisión establecer si lo aprobado por ella se encontraba en el un caso o en el otro. En este documento no se establecía, de manera categórica, la aplicabilidad directa de las Decisiones, más bien, sutilmente, se hablaba de las obligaciones que implicaban las mismas.

Más tarde, con las modificaciones introducidas al citado Reglamento (Decisión 218 de 11 de mayo de 1987) se establecieron dos figuras jurídicas fundamentales: la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de las decisiones de la Comisión. Estas reformas del Reglamento coinciden con los preceptos del Tratado creador del Tribunal. En desarrollo de estos principios, la Decisión reformativa establece que la obligatoriedad de la norma se produce desde la fecha de su aprobación; mientras que la aplicabilidad directa, tiene efecto desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, salvo que, excepcionalmente se indique en la misma Decisión, una fecha posterior a la de su publicación. Así mismo, excepcionalmente, cuando la Comisión considere que es necesaria la incorporación de determinada Decisión al derecho interno de cada país, se indicará en el texto de la misma que la fecha de entrada en vigor - no dice la de aplicabilidad directa- debe constar en el acto expreso de incorporación dictado por cada uno de ellos.

Otra reforma al Reglamento de la Comisión (artículo 27 añadido por la Decisión 218) incluye una condición que no consta en el texto del artículo 3° del Tratado del Tribunal, para el caso de adoptarse este

procedimiento, al añadir la siguiente frase: "...por implicar reformas a la legislación interna...", adición que trasciende las fronteras correspondientes al acto normativo de la Comisión al variar, con esos términos, el texto aprobado por el Tratado. La precisión que posiblemente se pretendió lograr con la nueva redacción ha quedado afectada, por la jerarquía de las normas pues, jurídicamente, el artículo 27 de la Decisión reformativa no puede alterar el texto del Tratado y, seguramente no fue esa la intención de los plenipotenciarios, puesto que la frase de "implicar reformas a la legislación interna", como se dijo, no consta en el artículo 3° del Tratado. De haberlo, habría dado lugar, a otras interpretaciones sobre el principio de primacía o aplicación directa de la norma comunitaria frente a la legislación nacional, principio que por su naturaleza hace generalmente innecesaria la modificación expresa de la norma nacional y con mayor razón su derogatoria de acuerdo con los procedimientos internos.

La obligación que se impusieron los Países Miembros, de "...adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", no necesariamente se debe entender como la obligación de derogar las leyes, decretos o resoluciones que de algún modo se opongan a la normativa andina que, por principio, obliga a los Países Miembros y, por tanto, es de aplicación directa en los mismos, pues, además de la obligación anterior existe el compromiso de "no adoptar ni emplear medida alguna que fuera contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación".

En resumen, la Decisión, como parte de las normas pertinentes al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, es de carácter obligatorio y de aplicación directa. En consecuencia, su valor jurídico no está sujeto a otros condicionamientos que los previstos en el propio ordenamiento. Sin embargo, como de todas maneras, se ha presentado el caso de prever lo que se ha denominado "incorporación al derecho interno" sería conveniente que entre los Países Miembros se acuerde un concepto uniforme de lo que se ha de entender por la

citada incorporación, o que la Comisión recoja los criterios sobre el particular y perfeccione la aplicación de esta norma, pues a ella le corresponde resolver si determinada Decisión requiere ser incorporada al derecho interno de los Países Miembros. Con la vigencia de este dispositivo podría entenderse que la incorporación de la norma comunitaria en general, se produce implícitamente al momento de la ratificación del Tratado.

Otro criterio podría ser el de que la incorporación es procedente en el caso de la norma derivada, mediante acto expreso de la función ejecutiva; y, una tercera corriente sería la de que esta incorporación se efectúa al momento de ejecutar cualquier acto administrativo destinado a cumplir la norma comunitaria. Sobre este último criterio hay un valioso concepto de la Junta del Acuerdo, cuyo resumen dice: "...que la incorporación no puede tener otro sentido ni alcance que el de un acto interno mediante el cual se posibilita el conocimiento y observancia de las Decisiones, porque el problema no es de aprobación o vigencia, sino de ejecución y aplicación. En el estado actual del derecho subregional y tomando en cuenta la naturaleza de sus normas, los sujetos del derecho y los destinatarios finales de las obligaciones y derechos, cabe afirmar que las Decisiones tienen efecto inmediato, aunque no siempre son de aplicación directa". (*Manuel Orellana Ayora, Conferencia, "Primeras Jornadas del Derecho de la Integración", Universidad Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1983.*)

Según la misma fuente, la Junta "sintetizó su recomendación de la siguiente manera:

"a) Las Decisiones de la Comisión tienen vigencia y efectos inmediatos, pero no siempre son directamente aplicables;

"b) En tal caso, las Decisiones requieren de actos de ejecución que no son optativos sino obligatorios a fin de garantizar su cumplimiento y el amparo de los intereses legítimos de los Países Miembros y de los particulares, cumplimiento y amparo en los que radica la seguridad jurídica del proceso subregional;

"c) Dichos actos son propios del área de las competencias de la función ejecutiva."

En todo caso, el concepto de aplicación directa referido en la cita anterior quedó debidamente establecido por el Tratado del Tribunal, al igual que la obligatoriedad de las Decisiones de la Comisión.

Efectivamente, la obligatoriedad de las Decisiones nace en la fecha de su aprobación por la Comisión y la aplicabilidad directa en la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo.

Por otra parte, sobre el mismo tema de la vigencia de las Decisiones, la Comisión del Acuerdo, durante el XXIX Período de Sesiones Ordinarias (5 de junio de 1980) formuló el siguiente pronunciamiento:

"Las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia". Excepto esta última frase, el texto anterior, es prácticamente igual al que reza en el citado artículo del Reglamento y, por tanto, los dos contrariamente a los términos del Tratado, repiten el caso de las Decisiones que "impliquen obligaciones". Como hemos dicho anteriormente, cierto es que las Decisiones pueden clasificarse en varias categorías o grupos de acuerdo con las materias reguladas, pero todas ellas por su propia naturaleza jurídica "implican obligaciones" para los Países Miembros del Acuerdo. Tanto es así que el concepto de la "implicación", ha quedado sin valor gracias a la disposición que sobre la aplicabilidad directa de las Decisiones contiene el Tratado del Tribunal.

Efectivamente desde el 19 de mayo de 1983, fecha de entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, este problema ha quedado resuelto al incorporar en el artículo 3º. del Tratado, el principio de aplicación directa de las

Decisiones a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, salvo que la Comisión con el mismo poder normativo establezca una fecha posterior. También en el propio texto y como excepción, puede disponer que la Decisión requiere de "incorporación al derecho interno..." en cuyo caso sería el "acto expreso" de incorporación el que indique la fecha de entrada en vigor en cada País Miembro. Este supuesto significaría que la Comisión hace traslado a las autoridades del País Miembro de la facultad que tiene para disponer, excepcionalmente, la vigencia de una Decisión en fecha posterior a su publicación en la Gaceta, lo cual no desvirtúa, en ningún caso, la obligatoriedad de estas normas desde la fecha de su aprobación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2o. del Tratado del Tribunal.

El grupo de Decisiones aprobadas hasta la fecha de terminación de este trabajo, comprende 309, la última corresponde al LXIV Período de Sesiones Extraordinarias realizado del 5 y 6 de septiembre de 1991. La nómina completa de las Decisiones y el texto de las que han sido objeto de la sistematización, se incorporan en la segunda parte de la obra, y, el índice alfabético elaborado con el propósito de facilitar la identificación de las materias reguladas por la Comisión, al final de este texto.

4. Resoluciones de la Junta (7)

La Junta del Acuerdo de Cartagena, creada como órgano principal del mismo, con funciones técnicas de índole ejecutivo, enumeradas en el Acuerdo de Integración Subregional, al igual que la Comisión, está revestida de facultades normativas, cuyos preceptos de carácter derivado se adoptan con el nombre de "Resolución". El conjunto de ellas, constituye el cuarto componente del ordenamiento jurídico andino.

La Junta adquiere capacidad para tomar sus propias determinaciones en virtud de lo dispuesto por las normas principales - Acuerdo y Tratados- y secundarias -Decisiones- del ordenamiento jurídico, y para hacerlo requiere de la unanimidad de sus miembros.

La Junta, integrada por 3 miembros, está dotada de características singulares que destacan su independencia. Así, su actuación está dirigida exclusivamente a los intereses de la subregión y sus miembros están impedidos de solicitar o aceptar instrucciones de ningún Gobierno, entidades nacionales o internacionales, precisamente para garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones y la regulación de las materias comprendidas dentro del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

Entre las competencias de la Junta, cabe destacar la coparticipación con la Comisión del Acuerdo en los asuntos fundamentales de la integración y, particularmente, el derecho de intervenir en la "decisión de todas sus proposiciones" lo cual contribuye para que su función normativa, sea totalmente coherente con las que le corresponde a la Comisión. Así mismo, de singular importancia para la marcha del proceso y el cumplimiento de las Decisiones y Resoluciones que le corresponde velar, es la competencia de la Junta para presentar "observaciones" cuando considere que existe algún incumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de uno o varios de los Países Miembros y presentar el caso al Tribunal de Justicia si su dictamen motivado fuera de incumplimiento. La jurisprudencia de este organismo no registra ninguna acción promovida por la Junta en la circunstancia que antecede. Tampoco se ha dado el caso de que este organismo solicite el pronunciamiento del Tribunal luego del procedimiento previsto para el reclamo de un País Miembro por el incumplimiento de otro, sin duda, porque a su vez, tampoco recibió ningún reclamo. En todo caso, los recursos jurídicos de que dispone, lo sitúan en una situación extraordinaria para "velar por la aplicación del Acuerdo".

Por otro lado, las Resoluciones y documentos aprobados por la Junta, pueden ser revisados por los otros órganos del Acuerdo. Si los documentos son de carácter interno como informes o propuestas pueden ser aprobados, negados o modificados por la Comisión; en cambio, si son Resoluciones -normas derivadas y reguladoras del

Acuerdo-, pueden ser declaradas nulas o jurídicamente válidas por el Tribunal de Justicia, cuando conozca y resuelva un caso de nulidad que puede ser propuesto tanto por un País Miembro o la Comisión, como por las personas naturales o jurídicas de la subregión cuando las Resoluciones de la Junta "les sean aplicables y les causen perjuicio". Igual procedimiento puede darse con las Decisiones de la Comisión, en cuyo caso, la Junta, también podría impugnar la validez de la norma.

Inicialmente, las Resoluciones de la Junta entraban en vigor en la fecha de su aprobación, sin perjuicio de la inmediata notificación a los Países Miembros, pero desde el 11 de mayo de 1987, fecha de la Decisión 219, modificatoria del Reglamento de la Junta (Decisión 9), las Resoluciones entran en vigor a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, así mismo sin perjuicio de las notificaciones que según la reforma deberán hacerse por carta enviada dentro de las 24 horas y por comunicación cablegráfica remitida el mismo momento de su aprobación.

Sobre esta materia, el Tratado del Tribunal, estableció que las Resoluciones de la Junta entrarán en vigencia "en la fecha y con las modalidades que establezca su Reglamento" (artículo 4º.), lo cual resulta cumplido, antes y después de la entrada en vigor del Tratado.

En resumen, todas las normas expedidas por los órganos principales del Acuerdo que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico andino o sea las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, entran en vigor en la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo -salvo el caso de excepción previsto para las Decisiones-, de modo que la subsiguiente publicación en el Diario, Gaceta o Registro Oficial de los Países Miembros, si es que se realiza, se ha de entender que contribuye a su divulgación y puede constituir uno de los mecanismos internos destinados a cumplir sus previsiones.

Al igual que en el caso anterior, hemos incluido en este trabajo la nómina general de las Resoluciones de la Junta, con su respectivo índice alfabético elaborado por materias. Hasta concluir esta

publicación hemos registrado 308 Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena, la última de fecha 24 de septiembre de 1991.

C. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ANDINO

Varias de las características del ordenamiento jurídico andino, como norma que gobierna las relaciones de la comunidad, no obstante ser consubstanciales al mismo, son definidas con claridad tanto por los Países Miembros a través del Tratado del Tribunal, como por sus plenipotenciarios en la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

a) Obligatoriedad

El Tratado del Tribunal, en consecuencia con lo afirmado en su preámbulo en el que los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela manifiestan estar "conscientes de que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena...", en la parte resolutive, dispone que "las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión" (artículo 2º.) Y, por su parte, la Comisión en el pronunciamiento que define el alcance y características del ordenamiento, entre otros conceptos que mencionaremos luego, después de expresar su opinión sobre la vigencia de las Decisiones manifiesta que "...adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia". (.XXIX Período de Sesiones Ordinarias, 28 de mayo de 1980)

Este pronunciamiento, aprobado un año después de la suscripción del Tratado del Tribunal y tres años antes de su vigencia, confirma la obligatoriedad de las Decisiones convenidas por los países andinos. Además, el concepto de obligatoriedad se distingue de modo inequívoco, cuando el mismo Tratado que "Pacta sunt Servanda... obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".(Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados),, dispone expresamente que "los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el

cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", al tiempo de añadir en el mismo artículo que "se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación", es decir, que los Países Miembros, tienen obligación de hacer lo uno y no hacer lo otro, con idéntica finalidad como es la de cumplir con el ordenamiento jurídico por ellos válidamente convenido. Recordemos que "una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". (Art. 27, primera parte, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En conclusión, la obligatoriedad es inequívoca.

b) Identidad y autonomía propias

El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, "tiene identidad y autonomía propias...", dice la Comisión en el pronunciamiento que relatamos. Estas características se ven patentizadas en los objetivos del Acuerdo, en las normas que lo regulan y en la creación de los órganos principales de la integración con funciones privativas garantizadas por la total independencia de los mismos. En efecto, el grupo andino se rige por sus propias reglas, tanto de carácter fundacional o constitucional, como de orden secundario o derivado desde que los propios Estados participantes decidieron crear una comunidad de naciones con identidad propia, distinta de la de cada uno de ellos, individualmente considerados. Al mismo tiempo, le dotaron de instituciones propias que la gobiernen con autonomía, encargándose del desarrollo y aplicación del tratado constitutivo del Grupo Andino y del control de su legalidad.

c) Derecho Común

Como en el caso anterior y en la misma oportunidad, la Comisión sostuvo que el referido ordenamiento jurídico ". . . constituye un derecho común..."considerando, indudablemente, el origen de sus normas, el procedimiento de adopción, los objetivos de las mismas y el

ámbito de su aplicación. Efectivamente, relacionando entre sí las características del ordenamiento andino, no cabe duda que si partimos de la obligatoriedad del Acuerdo y los Tratados al debido cumplimiento de las Decisiones y Resoluciones de los órganos comunitarios, hemos de aceptar que el conjunto de estas normas, constituye el derecho común de los cinco Países Miembros del Acuerdo.

d) Parte de los ordenamientos jurídicos nacionales

La Comisión, luego de señalar que el ordenamiento jurídico del Acuerdo tiene identidad y autonomía propias y constituye un derecho común, añade que "...forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales". Ahora bien, como estos ordenamientos son aprobados por las autoridades competentes señaladas por la Constitución y las leyes de cada país, podríamos concluir que esta afirmación efectuada por los plenipotenciarios de cada uno de los Países Miembros del Acuerdo, "en ejercicio conjunto de poderes concedidos", significa el reconocimiento de los principios de aplicabilidad directa de las normas comunitarias y de prevalencia sobre las normas nacionales.

D. PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO

Los principios que consagran el efecto directo o aplicación directa y la primacía o prevalencia de la norma comunitaria aceptados por los Países Miembros mediante el Tratado del Tribunal y el pronunciamiento de la Comisión, también han sido reconocidos por la comunidad jurídica internacional como inherentes al Derecho de la Integración. La doctrina sostiene que la norma comunitaria no se contrapone con la nacional, puesto que no se trata de un derogatoria expresa ni tácita, como a primera vista se podría interpretar, porque cada una de las respectivas instituciones - comunitaria o nacional- conservan la autonomía y poder normativo atribuidos por sus propios ordenamientos jurídicos. Se trata de preceptos diferentes no superiores los unos a los otros-, diversos, porque unos son comunitarios y otros nacionales.

a) Efecto directo de la norma comunitaria

El efecto directo, o aplicabilidad directa, de las normas del ordenamiento jurídico andino, si bien puede ser entendido como una consecuencia de la primacía o prevalencia de la norma comunitaria, tiene origen en el Tratado del Tribunal. Su texto, dispone que "las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros...", con lo cual queda plenamente establecido que la aplicación de la norma comunitaria, no está sujeta a otro procedimiento de aprobación que el establecido por el mismo ordenamiento jurídico. Este concepto de la aplicabilidad directa en el derecho andino está fundamentado en la obligación que tienen los Países Miembros, de asegurar el cumplimiento de las normas del citado ordenamiento, inclusive con la abstención de cualquier medida que pudiera ser contraria a dichas normas.

En garantía de este principio, pueden reclamar las instituciones y personas de la comunidad andina el incumplimiento de cualquier precepto comunitario que sea parte integrante del ordenamiento, ante el Tribunal de Justicia del Acuerdo o los Tribunales nacionales competentes. Al Tribunal, como órgano instituido para el efecto, le corresponde dictar la correspondiente sentencia en las acciones de incumplimiento, así como en las de nulidad y, en general, declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias e interpretarlo uniformemente. Al Tribunal nacional que sea competente conforme a los preceptos de orden interno, le corresponde conocer las acciones intentadas por las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas por el incumplimiento por parte de los Países Miembros, de la obligación -varias veces mencionada- de asegurar la ejecución de las normas del ordenamiento y de no adoptar ninguna medida adversa a su debida aplicación.

Este principio, ha sido debidamente desarrollado y aplicado por los Tribunales comunitarios en la resolución de varias causas, en los términos que reproducimos como parte de la Jurisprudencia citada en esta obra.

b) Primacía de la norma comunitaria

En el concepto de primacía o "prevalencia" del Ordenamiento Jurídico andino sobre las normas nacionales, aparece formalmente enunciado en la declaración de los integrantes de la Comisión, plenipotenciarios de los Países Miembros, aprobada en los siguientes términos durante el XXIX Período de Sesiones Ordinarias: "El ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros". En este pronunciamiento se añade que "Los preceptos enunciados, si bien son inherentes al Acuerdo de Cartagena y sustentan su eficacia, han sido consagrados explícitamente en el Tratado que crea el Tribunal de Justicia. . ."En consecuencia, al reiterar este principio de la prevalencia, los Países Miembros destacan el carácter inseparable del Acuerdo y sus principios cuya aplicación resulta indispensable para asegurar el propósito comunitario.

En resumen, por el principio de la primacía de la norma comunitaria, sus preceptos prevalecen sobre la norma nacional, o lo que es lo mismo, el derecho andino prevalece sobre el derecho nacional. La primacía no significa jerarquía interna entre las dos normas, más bien tiene relación con la competencia normativa o legislativa asignada a los organismos de la integración a través del tratado constitutivo de la comunidad, en este caso, por medio del Acuerdo de Integración Subregional. Este principio como el anterior ha tenido debida aplicación en los casos y conceptos que también se reproducen a continuación.

E. JURISPRUDENCIA SOBRE APLICACIÓN DIRECTA Y PREEMINENCIA DE LA NORMA COMUNITARIA

Para completar la primera parte de este trabajo, incorporamos al texto, un resumen de las sentencias que profundizan el vigor de los principios de aplicación directa y preeminencia de la norma comunitaria.

Cada uno de los casos se explica debidamente en los documentos que nos ocupan, clasificados en dos grupos que comprenden la

jurisprudencia europea y la jurisprudencia andina. Esta última, ciertamente, apoyada en los conceptos de alto valor jurídico contenidos en la primera, procedentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya institucionalidad y funciones tienen semejanza -no igualdad- con las correspondientes al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

1. Jurisprudencia Europea (Resumen)

1.1 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

- Aplicabilidad directa

a) Sentencia Van Gend Loss, 1963

El principio de aplicabilidad directa tiene su primera manifestación en la sentencia Van Gend Loss del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expedida cuando el Tribunal Administrativo de Holanda (Tariefcommissie) le consulta si el artículo 12 del Tratado de la Comunidad producía efectos inmediatos y creaba derechos individuales que el Juez nacional debía ampararlos.

El Tribunal, al responder la solicitud, sostuvo que: "el objetivo del Tratado CEE es el de instituir un mercado común cuyo funcionamiento concierne directamente a los sometidos a la jurisdicción de la Comunidad, implica que este Tratado constituye algo más que un acuerdo que se limitará a crear obligaciones mutuas entre los Estados contratantes; que esta concepción se encuentra confirmada por el preámbulo del Tratado que, más allá de los Gobiernos, contempla a los pueblos y, de manera más concreta, por la creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus nacionales; ...que, además el papel del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es asegurar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales confirma que los Estados han reconocido al Derecho Comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones; que la comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del

cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho Comunitario, independiente de la Legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico; que éstos nacen no solamente cuando el Tratado hace una atribución explícita en su favor, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias..." (Subrayados nuestros).

b) Sentencia Franz Grad, 1970

El mismo Tribunal sostiene que el concepto de aplicabilidad directa, no sólo corresponde a los Reglamentos como dispone el Tratado sino también a otras normas de las instituciones comunitarias. Al respecto afirma lo siguiente: "Que en sus observaciones el Gobierno Federal ha sostenido la opinión de que al distinguir entre los efectos de los reglamentos por una parte y los de las decisiones y directivas por la otra, el artículo 189 había excluido la posibilidad para las decisiones y directivas de continuar los efectos contemplados por la cuestión, estando tales efectos reservados a los reglamentos; considerando sin embargo, que si, en virtud de las disposiciones del artículo 189, los reglamentos son directamente aplicables y, en consecuencia, dada su naturaleza, susceptibles de producir efectos directos, no resulta de ello que otras categorías de actos contemplados por este artículo no puedan jamás producir efectos análogos; ...que si los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de una disposición reglamentaria, esta diferencia no excluye que eventualmente el resultado final, consistente en el derecho, para los administradores, de alegarla en vía judicial, sea el mismo que el de una disposición reglamentaria directamente aplicable;..."

c) Sentencia Simmenthal, 1978

En este caso, el Tribunal sostuvo que la aplicabilidad directa "... significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario; que este efecto afecta igualmente a todo juez que, conociendo de un asunto en el marco de su competencia, tenga por misión, en cuanto órgano de un Estado miembro, proteger los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario.(...)todo juez estatal, con competencia en una determinada materia, viene obligado a aplicar íntegramente el derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda norma eventualmente contraria contenida en la legislación estatal, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria..."

- Preeminencia

a) Sentencia Costa Enel, 1964

De otro lado, el principio de preeminencia del derecho comunitario frente al nacional, ha sido puntualizado, de modo categórico, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, en la sentencia Costa Enel expedida con motivo de la alegación presentada por el Juzgado Conciliador de Milán, en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional al aplicar una Ley interna no puede adoptar el artículo 177 del Tratado de la Comunidad. Al respecto el Tribunal dijo: "considerando que a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al constituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más particularmente de

poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos; considerando que esta integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de fuente comunitaria, y más generalmente los términos y el espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta; (...) considerando que la preeminencia del derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, según los términos del cual los reglamentos tienen valor "obligatorio" y son "directamente aplicables en cada Estado miembro"; que esta disposición, que no se acompaña de ninguna reserva, no tendría ningún alcance si un Estado pudiera unilateralmente anular sus efectos por un acto legislativo oponible a los textos comunitarios; considerando que del conjunto' de estos elementos resulta, que, surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado no podría, pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la comunidad; que la transferencia operada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, implica pues una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad".

b) Sentencia Simmenthal, 1978

Además de la cita anterior de esta sentencia en la parte referente al principio de aplicabilidad directa, en esta vez, transcribimos algunos conceptos que dan valor a la primacía de la norma comunitaria, al decir: "que todo juez nacional ante el que se recurre en el marco de su

competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea, ésta anterior o posterior a la norma comunitaria: (...) que sería, en consecuencia, incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica - legislativa, administrativa o judicial- que tuviera por efecto el disminuir la eficacia del derecho comunitario por el hecho de rehusar al juez competente para aplicar este derecho, el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que es necesario para obviar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente obstaculicen la plena eficacia de las normas comunitarias; (...) en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en su relación con el derecho interno de los estados miembros, no solamente el de convertir en inaplicable de pleno derecho por el hecho mismo de la entrada en vigor de aquellas, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también... el de impedir la aprobación lícita de nuevos actos legislativos, en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias".

Después de estas consideraciones, el Tribunal concluye diciendo que: "El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional."

c) Sentencia *Handelsgesellschaft*, 1970

Al resolver sobre la validez de dos Reglamentos comunitarios eventualmente contrarios a preceptos constitucionales de Alemania, el Tribunal afirmó lo siguiente: "Considerando que el recurso a normas o

nociones jurídicas de derecho nacional, para la apreciación de la validez de los actos dictados por las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto atentar a la unidad y, a la eficacia del derecho comunitario; que, en efecto, el derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede, por su propia naturaleza, verse judicialmente contradicho por normas de derecho nacional sean cuales sean, sin perder su carácter comunitario y sin que sea puesta en cuestión la base jurídica de la Comunidad misma; (...) que la invocación de violaciones infligidas sea a los derechos fundamentales tal como están formulados en la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar la validez de un acto comunitario o su efecto en el territorio de este Estado; (...) que la salvaguarda de estos derechos (fundamentales de la persona humana), a pesar de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe estar asegurada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad."

1.2 Tribunal Constitucional de Karlsruhe (RFA), 1967

- Actos supranacionales

Por otra parte, dentro de la misma línea de pensamiento del Tribunal de las Comunidades sobre la aplicación de los principios básicos del derecho comunitario europeo, jurídicamente aplicables al derecho andino, el Tribunal constitucional de Karlsruhe (RFA), declaró que:

"Los reglamentos del Consejo y de la Comisión son los actos de un poder público especial "supranacional", creado por el tratado y nítidamente diferente del poder público de los Estados miembros. Las instituciones de la CEE ejercen derechos soberanos de los cuales los Estados miembros se han despojado en beneficio de la Comunidad que han creado. La Comunidad no es en ella misma un Estado, y tampoco en un estado federal. Es una comunidad de naturaleza especial, en vía de integración progresiva, una institución a la cual la

República Federal de Alemania, al igual que los otros Estados miembros, ha "transferido" algunos derechos de soberanía. De esta manera se creó un nuevo poder público autónomo e independiente con respecto al poder público de cada Estado miembro; esos actos no necesitan ser aprobados (ratificados) por los Estados miembros y tampoco pueden ser anulados por éstos. El tratado CEE representa de alguna manera la constitución de esa Comunidad. Las reglas jurídicas determinadas por las instituciones comunitarias en el marco de sus competencias que se desprenden del tratado ("Derecho Comunitario Secundario") constituyen un orden jurídico propio que no remite al derecho internacional público ni al derecho nacional de los Estados miembros. El derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros son "dos órdenes internos distintos y diferentes"; el derecho creado por el tratado CEE surge de una "fuente autónoma". Existe dentro de ese orden jurídico, un sistema particular de salvaguardia del derecho.

"El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asegura el respeto del derecho en la interpretación y en la aplicación del tratado CEE (art. 164). Controla la legalidad de los Actos del Consejo y de la Comisión (art. 173). También el Consejo puede plantear un recurso ante él, al igual que la Comisión o un Estado Miembro, y además toda persona física o moral dentro de la Comunidad, concernida directa e individualmente por una decisión de las instituciones de la Comunidad, puede plantear un recurso ante el Tribunal (art. 173, párrafo 2). También puede plantearse un recurso de carencia (art. 175). Se desprende de la naturaleza jurídica de la comunidad que los actos sentenciados soberanamente por sus instituciones en el marco de su competencia, actos de los que forman parte los reglamentos previstos por el art. 189, segundo párrafo del tratado, no son actos del poder público alemán en el sentido del artículo 90 de la ley sobre el Tribunal constitucional federal. De esto se desprende que no es admisible un recurso constitucional dirigido contra tales actos..."

1.3 Tribunal de Casación de Francia, 1964.

- Aplicabilidad directa

Al resolver el caso de la Administración de Aduanas contra la Sociedad de Cafés Jacaues Vabre, este Tribunal también sostiene el principio de aplicabilidad directa de la norma comunitaria y dice "... Pero visto que el tratado del 25 de marzo de 1957, que en virtud del artículo considerado de la Constitución tiene una autoridad superior a la de las leyes, instituye un orden jurídico propio integrado al de los Estados miembros; "...que en razón de esta especialidad el orden jurídico que ha creado es directamente aplicable a los nacionales de esos Estados y se impone a sus jurisdicciones; y que por lo tanto es de derecho y sin exceder sus poderes que el Tribunal de apelación decidió que el artículo 95 del tratado debía ser aplicado en este caso, con exclusión del artículo 265 del Código de Aduanas, aunque este último texto fuera posterior; ...".

2. Jurisprudencia Andina (Resumen)

2.1 Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena

-Primacía y aplicabilidad directa

También este Tribunal, órgano jurisdiccional del grupo andino, junto a consideraciones inherentes al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, ha sostenido los mismos principios jurídicos de aplicabilidad directa y primacía de la norma comunitaria, en las siguientes sentencias expedidas sobre los asuntos sometidos a su jurisdicción.

a) Nulidad de la Resolución 252 de la Junta del Acuerdo

Al pronunciar la sentencia de nulidad de una parte de la Resolución 252 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, (10 de junio de 1987) dijo:

"Además, el caso que se examina se debe resolver, precisamente, dentro de la normativa vigente del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, que es el que regula las relaciones de sus integrantes y todo el proceso de la integración en el Pacto Andino, y que es una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los Países Miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado

por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobierno (...). Todo proceso de integración consiste, fundamentalmente en superar los límites nacionales de los países que intentan integrarse para lograr el surgimiento de una unidad mayor que funcione como tal, en conjunto. Concretamente, dentro del Acuerdo de Cartagena se busca, en una primera instancia, la liberación de los intercambios comerciales o sea la libre circulación de mercancías, lo cual supone la eliminación de gravámenes y restricciones de todo orden que impidan o dificulten el tráfico en la subregión de productos originarios de ella (artículo 41 del Acuerdo."

El Tribunal añade el siguiente concepto que resulta válido para todos los casos de aplicación de las cláusulas de salvaguardia por parte de los Países Miembros, dice así:

"La Junta del Acuerdo, concretamente, como organismo técnico encargado en primer lugar de velar por la aplicación del Acuerdo (artículo 15) y depositaria, por tanto, de una especie de cláusula general de competencia en esta materia, debe estar dotada de las facultades indispensables para cumplir su función frente al uso de las salvaguardias, para proteger el interés comunitario, evitar la inseguridad que puede afectar a otro País Miembro, o cualquier tipo de perjuicio injusto que pueda sufrir y para obtener y preservar el necesario y delicado equilibrio de intereses de que se ha hecho mención." (Subrayados nuestros).

b) Nulidad de la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo

En un caso similar al anterior, la nulidad de la Resolución 253 de la Junta (sentencia de 10 de junio de 1987) el Tribunal sostuvo que:

"...En función del precedente análisis ha de tenerse en cuenta, además, que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria, en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento,

el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino. Esta consideración cobra la debida relevancia en las previsiones del Tratado Constitutivo del Tribunal, que al haberlo instituido como el órgano jurisdiccional con capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es decir, como órgano del control de legalidad en el Acuerdo, en su artículo 5 es taxativo al disponer que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación."

c) Interpretación de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión (Proceso 1-IP-87)

Así mismo, el Tribunal, al ejercer su atribución exclusiva de interpretación del ordenamiento jurídico, en este caso, de la Decisión 85 de la Comisión que contiene el Reglamento de las normas sobre Propiedad Industrial (sentencia del 3 de diciembre de 1987) en los dos primeros considerandos de la sentencia, precisó las funciones del Tribunal y la preeminencia del Derecho Andino en los siguientes términos:

"1. Función del Tribunal.- Es función básica de este Tribunal indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas "a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros" (art. 28 del Tratado de Creación del Tribunal), objetivo fundamental que está lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales. Estos, de otra parte, tampoco están facultados, en general, para interpretar las normas contenidas en Tratados Internacionales, tarea que compete exclusivamente a las partes, las cuales, en el caso del Pacto Andino, la han delegado en el órgano judicial comunitario, como

medio para lograr la solución pacífica de posibles conflictos que pueden presentarse en el proceso de integración andina; con lo que, además, el nuevo Derecho de la Integración adquiere plena vigencia en la vida misma de los países de la Subregión. Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional. En otros términos, la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino les atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho.

"2. Preeminencia del Derecho Andino.- En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo - 5 junio 1980) Cuando declaró la "validez plena" de los siguientes conceptos:

a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propia, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales;

b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros;

c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión.

En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia. Estos criterios alcanzan vigencia como norma jurídica, con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983-en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro. Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obliga a los Países Miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos Países conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado.”

d) Interpretación de los artículos 5 y 85 de la Decisión 85 de la Comisión (Proceso 1-IP-88)

El Tribunal, en la sentencia de interpretación de los artículos 5 y 85 de la Decisión 85 (25 de mayo de 1988), que forman parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, al considerar la "Aplicación de la Decisión 85 en el tiempo", concluyó esta parte en la siguiente forma: "... Por tal motivo, de todas maneras, el derecho concedido será afectado por la primacía del derecho comunitario, al disponerse que en cuanto a su uso y goce, obligaciones y licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas que este Reglamento (la Decisión 85) contiene. En otras palabras, el órgano generador de la normatividad andina, de conformidad con las tendencias más aceptadas en materia de derechos adquiridos, mantuvo los plazos de duración del derecho establecidos en las leyes nacionales preexistentes pero dada la importancia que la norma comunitaria tiene para el cuerpo social, sometió al beneficiario de la protección a las exigencias del interés general. . . Así, el inciso tercero del artículo 85, dice: Las solicitudes en trámite se sujetarán a lo dispuesto en este Reglamento."

"Esta norma, que ratifica los conceptos propios del derecho comunitario como son el denominado efecto directo y la primacía regula tanto el campo de los derechos sustantivos como el de los actos procesales. De tal manera, que si por ejemplo se tratase de una solicitud de patente presentada con anterioridad a la vigencia de la norma comunitaria, incurso de conformidad con esta última en una causal de exclusión de la patentabilidad no prevista en la ley preexistente, la autoridad competente estará obligada a negarla en aplicación del derecho comunitario. Así, las solicitudes estarán regidas por el Reglamento, en todo lo atinente a los aspectos sustantivos. . ."

e) Interpretación de los artículos 56, 58, 76, 77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión (2-IP-88).

Así mismo, en un nuevo caso de interpretación de la misma Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo, (Sentencia de 25 de mayo de 1988) el Tribunal reiteró los principios de preeminencia del derecho andino y analizó el efecto de la norma comunitaria sobre la norma

nacional, acorde con la doctrina sustentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Al respecto, el Tribunal dice: "Considerando:

"1. Preeminencia del Derecho Andino. Se plantea en el presente caso un supuesto conflicto entre las normas del derecho comunitario contenidas en la Decisión 85, y una norma del derecho interno Colombiano, el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979, anterior en el ordenamiento jurídico de ese país a la vigencia de la Decisión 85. Conviene por lo tanto reiterar antes que nada los principios generales que determinan el valor normativo y el consiguiente efecto jurídico» de las normas del ordenamiento andino, frente a las normas del derecho interno en los Países Miembros del Acuerdo.

"En reciente providencia, también en respuesta a una consulta prejudicial, este Tribunal afirmó lo siguiente: ". . . por lo que estos Países, conforme a esta disposición (artículo 5 del Tratado), se compromete a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación, y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandada ante el Tribunal del Acuerdo, en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículo 17 al 22 del Tratado".

"2. Efecto de la Norma Comunitaria sobre la Norma Nacional. En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ver principalmente Sentencias Costa Enel de 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978) en concordancia, en este punto, con el espíritu de las normas de la integración andina. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de

aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior -que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho- es precisamente la norma comunitaria.

"No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay -se ha dicho- una ocupación de terreno con desplazamientos de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ("preemption"). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él.

"La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos, en determinados casos.

"Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que ello dependería de éste y no de la comunidad. La norma comunitaria, cuando se hace necesario, adopta precisiones que definen su aplicabilidad, como en el caso de los artículos 85 de la Decisión motivo de autos sobre tránsito de legislación.

"El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las sentencias antes citadas, ha afirmado la preeminencia absoluta del derecho comunitario sobre el interno, tesis que resulta ser también aplicable en el ordenamiento jurídico de la integración andina conforme antes de indicó. En la última de las sentencias mencionadas se concluye que "todo Juez nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria."

"3. El Derecho Comunitario y su desarrollo normativo interno.

"En otros términos, el reglamento sobre marcas contenido en la Decisión 85 corresponde a la categoría de las resoluciones que han sido llamadas 'self-executing' y que se caracterizan por ser aplicables directamente en términos de absoluta igualdad de todos los Estados Miembros. Estos, frente a la norma comunitaria, no pueden formular reserva ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los Países Miembros están comprometidos 'a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o de que algún modo obstaculicen su aplicación', como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte, del Tratado del 26 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal.

"Las medidas de simple ejecución que en casos concretos pudiera adoptar un País Miembro tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y uniforme propio de tales regulaciones. La entrada en vigor de éstas, por tanto, ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice, y ello en

virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria. La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse sin vacilaciones ni reticencias en valor del derecho de la integración "

2.2 Corte Suprema de Colombia

a) Preeminencia del derecho comunitario

Recientemente al dictaminar un caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia debía resolver si el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979 (Marcas Productos Farmacéuticos. Pacto Andino) es inexecutable -como se solicitó-, relacionándola con la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, previa la consulta prejudicial que le correspondía formular al Tribunal de Justicia, para resolver, analiza las características del derecho andino y dice (sentencia de lo. de septiembre de 1988):

"En efecto, el precitado inciso 2o. del numeral 18 del artículo 76 ordena: 'Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados'.

"Entonces, dado el carácter pre-eminente del derecho comunitario, autorizado por nuestra Constitución, una norma legal doméstica anterior contraria a una de derecho de la integración ha de entenderse derogada, según la operancia de este fenómeno en el derecho colombiano, o suspendida o desplazada como acostumbra a decirse en aquel derecho-, y una posterior debe tenerse como inconstitucional, no tanto por la fuerza que tenga o el respeto que merezcan los tratados constitutivos o iniciales que constituyen temas controvertibles, sino porque la competencia para regular esas materias, como atributo de la soberanía nacional, ha pasado de las autoridades internas a las comunitarias y esto se ha hecho con fundamento en preceptiva específica de la Carta Política. Hay, indudablemente, una limitación y una transferencia de potestades de los poderes nacionales a favor de

los organismos supranacionales que así, por traslado o cesión, ganan la respectiva competencia."

Por otra parte, la misma sentencia, tras reconocer la competencia interpretativa del Tribunal y la obligatoriedad de la misma conforme a las previsiones de su Tratado constitutivo, dice lo siguiente:

"El correcto entendimiento del artículo 84 de la Decisión 85 según interpretación autorizada del Tribunal, que la Corte comparte, es de que en las materias que ella regula, como las de registro y cancelación de marcas, su régimen es omnicompreensivo, totalizador, reglamenta íntegra y sistemáticamente tales materias y, por lo tanto, no presenta vacíos, resquicios o fisuras que la legislación interna deba remediar, ni requiere de desarrollos ni complementación por parte de ésta, a la cual, eso sí, queda librada la determinación de la oficina nacional competente.

"En efecto, la sentencia de interpretación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena es clara y correcta, además de obligatoria."

b) Conceptos doctrinarios y jurisprudenciales

Por otra parte, la sentencia anterior, recuerda con acierto, el parecer de la Corte Suprema de Justicia sobre "los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales" del derecho comunitario, expresados en la sentencia de 27 de febrero de 1975 (Gaceta Judicial No. 2393) en los siguientes términos:

"Tales reglas -se refiere a los artículos 2 y 3 del Tratado del Tribunal- expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países, comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto-, sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de la materia lo exige, requieren el desarrollo y el trámite nacionales. "...creada una institución supranacional para la integración económica y con capacidad de dictar reglas regionales por encima del derecho interno (y a tal categoría pertenece la organización instituida

por el Pacto Andino) éste ha de cumplirse en todas sus partes, tanto las que describen objetivos y mecanismos, como las que habilitan a sus órganos (la Comisión y la Junta principalmente) para expedir norma de plena eficacia en Colombia."

* DERECHO ANDINO, TJAC, Primera Parte, Comentarios, 1ª Edición, Quito, 1989; 2ª Edición, Quito, 1992.

NOTAS 2009:

(1) El "Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena" establecido por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia (28 de mayo de 1979), en vigor desde el 19 de mayo de 1983, es ahora el "Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina", de conformidad con el Protocolo de Trujillo (10 de marzo de 1996), vigente desde el 3 de junio de 1997.

(2) El ahora "Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina" es el que consta en el artículo 1 del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal, suscrito en Cochabamba el 28 de mayo de 1996 y en vigor desde el 25 de agosto de 1999. Esta disposición adiciona al ordenamiento jurídico establecido por el Tratado original, las siguientes normas: los Protocolos Modificatorios del Tratado del Tribunal; las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; las Resoluciones de la Secretaría General en lugar de las Resoluciones de la anterior Junta del Acuerdo; y, los Convenios de Complementación Industrial Su texto es el siguiente:

"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.”

(3) Transcurridos más de treinta años desde la adhesión de Venezuela, el 22 de abril del 2006, este país notificó formalmente su decisión de denunciar el Acuerdo de Cartagena acogiéndose a lo dispuesto por el artículo 135 del mismo. Para la aplicación de este artículo, se suscribió un Memorándum de entendimiento entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Bolivariana de Venezuela, el cual fue aprobado por la Comisión, mediante la Decisión 641 de 9 de agosto del 2006. (Gaceta Oficial N°1381 de 10 de agosto del 2006)

(4) Después del Protocolo de Quito, tenemos dos nuevos Protocolos modificatorios del Acuerdo de Cartagena: 1. El Protocolo de Trujillo firmado en esa ciudad el 10 de marzo de 1996; y, 2. el Protocolo de Sucre firmado en la ciudad de Quito el 25 de junio de 1997.

4.1. El Protocolo de Trujillo (Suscripción: 10 de marzo de 1996; Vigencia: 3 de junio de 1997) sustituyó el Capítulo II del Acuerdo de Cartagena. Mediante esta modificación creó la Comunidad Andina, como una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional; el Sistema Andino de Integración, integrado por los órganos e instituciones indicados en el mismo Protocolo; el Consejo Presidencial Andino, como el órgano máximo de este Sistema; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con la facultad de expedir Decisiones; y, la Secretaría General, como órgano ejecutivo en sustitución de la Junta del Acuerdo de Cartagena. Consecuentemente, sustituye también los nombres de: “Comisión, Junta, Tribunal de Justicia y Ordenamiento jurídico del Acuerdo de

Cartagena” por los de “Comisión, Secretaría General, Tribunal y Ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. Como en casos anteriores, se faculta a la Comisión para incluir las reformas de este Protocolo en un texto único ordenado del Acuerdo de Cartagena, lo cual se cumplió mediante la Decisión 406 de la Comisión publicada en la Gaceta Oficial 273 de 4 de julio de 1997.

4.2. El Protocolo de Sucre (Suscripción: 25 de junio de 1997; Vigencia: 14 de abril del 2003). aprobó varias modificaciones entre las cuales se advierte las siguientes: modificación del artículo sobre mecanismos y medidas para alcanzar los objetivos del Acuerdo; el Capítulo sobre Relaciones Externas; el Capítulo sobre el Comercio Intrasubregional de Servicios; agrega la categoría de Miembros Asociados para los países hayan convenido un tratado de libre comercio con los Países Miembros de la Comunidad Andina; y, en norma transitoria, regula el Programa de Liberación para el Perú. Además, Igual que el anterior, este Protocolo, autoriza a la Comisión para que expida un nuevo texto ordenado del Acuerdo, éste consta en la Decisión 563 publicada en la Gaceta Oficial 940 de 1 de julio del 2003 y actualmente vigente (2009).

(5) El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, fue modificado por el Protocolo de Cochabamba firmado el 28 de mayo de 1996 y en vigor desde el 25 de agosto de 1999. Este Protocolo Modificatorio dispuso que la Comisión de la Comunidad Andina adopte la Decisión que contenga la codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Esta codificación figura en la Decisión 472 publicada en la Gaceta Oficial 483 de 17 de septiembre de 1999.

(6) Actualmente, la facultad legislativa corresponde a dos órganos de la Comunidad Andina, los cuales pueden expedir sus respectivas “Decisiones”: 1. la Comisión de la Comunidad Andina; y, 2. el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (ANEXO N° 1). Hasta el 30 de noviembre del 2009, fecha de la Gaceta Oficial 1782, son 722 las Decisiones aprobadas por los órganos competentes de la Comunidad Andina.

(7) La facultad de la “Junta del Acuerdo de Cartagena” para expedir Resoluciones, corresponde ahora a la “Secretaría General de la Comunidad Andina”. Hasta el 31 de julio de 1997, fecha de la Gaceta Oficial N°284, la Junta del Acuerdo de Cartagena expidió 506 Resoluciones. Ahora, la Secretaría General de la Comunidad Andina, hasta el 23 de noviembre del 2009, fecha de la Gaceta Oficial. N° 1778, aprobó 1291 Resoluciones.

ACUERDO DE CARTAGENA Y TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA *

1. Acuerdo de Cartagena

“Acuerdo de Cartagena”, es el nombre con el cual la Comisión – órgano máximo y principal del mismo- designó al “Acuerdo de Integración Subregional”. Además, generalmente se le conoce también con la denominación de “Pacto Andino”. Este Acuerdo de Integración Subregional fue suscrito en Bogotá el 26 de Mayo de 1969 por los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela se incorporó en 1973 y Chile dejó el Acuerdo en 1976. Desde ese año, hasta el presente (1989), cuando se cumple la segunda década del proyecto de integración andina, son cinco los países que permanecen asociados en esta empresa comunitaria. (1)

1.1. Objetivos

Los mencionados países se integraron en el denominado “Grupo Andino” con el objetivo fundamental “de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”, comprometiéndose a promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus países mediante la integración y la cooperación económica y social. Así como, a procurar su participación en el proceso de integración regional con la finalidad de de constituir, progresivamente, un mercado común latinoamericano.

Adicionalmente, el reciente Protocolo de Quito, modificadorio del Acuerdo de Cartagena, precisa como objetivos de la integración andina, acelerar el crecimiento de los países suscriptores, incrementar su ocupación, disminuir la vulnerabilidad externa, mejorar la posición andina dentro del contexto internacional, fortalecer la solidaridad subregional, y reducir la diferencias del desarrollo. (2)

1.2. Mecanismos

Para lograr estos objetivos de interés común de los países asociados, es decir de naturaleza comunitaria, se acordó la adopción y desarrollo de varios mecanismos y medidas consideradas indispensables. El Acuerdo inicial y las modificaciones introducidas por el Protocolo de Quito (1987), enumeran, de manera especial, la armonización de políticas económicas y sociales con la aproximación de sus legislaciones; la programación conjunta de la industrialización subregional; la liberación del comercio, con sus programas avanzados; la adopción de un arancel externo común; el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial, la integración física y el tratamiento preferencial para Bolivia y Ecuador.

Además de los indicados mecanismos y medidas, se mencionó algunos programas y acciones de cooperación, sobre el desarrollo científico y tecnológico, la integración fronteriza, el turismo, el aprovechamiento de los recursos naturales, los servicios, el desarrollo y la comunicación social en el grupo andino. (3)

1.3. Estructura institucional

El Acuerdo de Cartagena fue creado con dos instituciones encargadas de la ejecución y desarrollo del convenio internacional, la "Comisión, como su órgano máximo y la "Junta", como su órgano técnico. La primera integrada por los plenipotenciarios de los Países Miembros del Acuerdo, y la Junta compuesta por tres miembros designados por unanimidad de la Comisión. Estos dos órganos principales del Acuerdo, tienen facultades normativas, las de la Comisión se expiden con el nombre de "Decisiones" y las de la Junta con el nombre de "Resoluciones".

Diez años después del Acuerdo, se incorporó al Tribunal de Justicia como otro de sus órganos principales, en virtud de lo dispuesto por el Tratado de creación. Más tarde, casi al cumplirse la segunda década del Acuerdo, mediante el Protocolo de Quito, se agregó al

Parlamento Andino, como un nuevo órgano principal. Es decir que la estructura institucional del Acuerdo, está conformada por la Comisión y la Junta (1669), el Tribunal de Justicia (1979) y el Parlamento Andino (1987). (4)

1.4 Relación Acuerdo de Cartagena - ALALC

El Acuerdo de Cartagena y, por tanto, sus objetivos fueron sometidos previamente, a la declaración de compatibilidad “con los principios y objetivos del Tratado de Montevideo”, de allí que por muchos años ha existido una marcada vinculación institucional y jurídica entre el Acuerdo de Cartagena y la Asociación Latinoamérica de Libre Comercio (ALALC), hoy Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Por ejemplo, las funciones jurisdiccionales de carácter comunitario que ahora corresponde al Tribunal Andino de Justicia; la solución de las discrepancias por interpretación o aplicación del Acuerdo o sus Decisiones que fue asignada a los procedimientos del “Protocolo para la Solución de Controversias” de la ALALC, previa intervención de la Comisión; y la vigencia del Acuerdo, condicionada a que los compromisos que se adquieren en el Tratado de Montevideo no superen los establecidos en el instrumento andino.

2. Tribunal Andino de Justicia

“Tribunal Andino de Justicia”, es el nombre con el cual los presidentes de los países andinos en su Declaración del 8 de agosto de 1978 identificaron al órgano jurisdiccional, cuya necesidad consideraron impostergable para “que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo”.

Con el mismo nombre –aunque éste no fue confirmado por el tratado de creación-, se conoce al “Tribunal de Justicia del Acuerdo de

Cartagena” instituido el 28 de mayo de 1979, por voluntad de los Estados signatarios, luego de una serie de estudios y proposiciones.(5)

2.1. Creación

Durante el proceso de aplicación de los diversos mecanismos de la integración, se hizo evidente la necesidad de revisar la estructura orgánica e introducir varias modificaciones al Acuerdo de Cartagena, particularmente, en orden a garantizar su cumplimiento mediante la creación de un órgano jurisdiccional, al que se le asignaría, en términos generales, el control de la legalidad del Acuerdo; y, por cierto, la solución de controversias originadas de su aplicación o interpretación, la misma que, como se dijo, estaba sujeta al procedimiento establecido por otro tratado internacional.

Para el efecto, luego de confirmar la conveniencia de que el proceso de integración subregional cuente con una institución jurisdiccional propia que forme parte del Acuerdo de Cartagena, la Junta, en 1972, presentó el primer documento que se registra en la historia de la creación del “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”; luego, en 1974 entregó el “Proyecto de Tratado” y su texto fue revisado por dos ocasiones en 1977.

La plausible persistencia en este propósito condujo a la convocatoria de expertos gubernamentales y luego de representantes plenipotenciarios para la negociación del Tratado. Las reuniones se efectuaron entre junio de 1977 y abril de 1979, oportunidad en la que se presentó el Informe Final de los representantes.

En 1978 –un año antes del Informe Final y la correspondiente suscripción del Tratado de creación del Tribunal-, se firmó en Bogotá la declaración de presidentes de los países andinos, en la que, además de lo manifestado anteriormente, recomendaron a la Comisión el examen del proyecto, de modo que culminara al siguiente año, con la suscripción del Tratado del Tribunal.

En efecto los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela el 28 de mayo de 1979, suscribieron el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, integrándolo a la estructura institucional del Acuerdo, como el tercer órgano principal del mismo, con las funciones propias de su índole jurisdiccional. El Tratado entró en vigor el 19 de mayo de 1983, fecha en la cual, con la aprobación de Venezuela, se completó el depósito de los instrumentos de ratificación de los cinco países suscriptores. De inmediato, Ecuador, país sede del Tribunal, realizó las gestiones conducentes a la instalación y funcionamiento de esta institución comunitaria, la misma que inició sus labores el 5 de enero de 1984.

El preámbulo del referido tratado –parte integrante de este instrumento internacional-, entre otros conceptos valiosos, expresa que la integración constituye un propósito común de desarrollo económico y social, “que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros” y que los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela por medio de sus Representantes Plenipotenciarios convienen en celebrar el Tratado de Creación del Tribunal “Seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deber ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los tres órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

Por otra parte, estudio de los antecedentes documentales de la fundación del Tribunal y el texto del Tratado, nos permite concluir que varias disposiciones tienen similitud con el instrumento regulador del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de manera especial, en lo relacionado con las normas que le dan identidad y

características propias debido a los objetivos del Acuerdo y a los principios del nuevo Derecho de la Integración. Es por esta razón que el Tribunal tiene la condición sui géneris de organismo internacional de carácter comunitario, distinto por su naturaleza y funciones, de otros organismos creados por tratados, convenios o acuerdos de características diferentes.

Cabe destacar que el Tratado del Tribunal, además de establecer su composición y determinar las funciones del nuevo órgano comunitario, contiene disposiciones especiales que modifican radicalmente la concepción inicial del Acuerdo de Cartagena en cuanto a su vinculación técnico jurídico con la ALALC. Así, establece su vigencia y la del Tratado del Tribunal, de manera independiente de la que corresponda al Tratado de Montevideo y dispone que los países miembros no sometan ninguna controversia relacionada con el ordenamiento jurídico andino a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento distintos de los establecimientos por el tratado del Tribunal.

Al marco jurídico de la creación del Tribunal, se incorporó posteriormente el Estatuto de esta Organización aprobado por la Comisión del Acuerdo mediante la Decisión 184 de 19 de agosto de 1983 y el Reglamento Interno regulador de las actividades administrativas y jurídicas, aprobado por el Tribunal, en ejercicio de la atribución expresamente concedida por el Tratado.

2.2 . Sede y composición (6)

El Tribunal, tiene su sede permanente en Quito-Ecuador y está integrado por cinco magistrados nacionales de cada uno de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, designados por los respectivos plenipotenciarios, previa la formalidad de un procedimiento especial y el cumplimiento de requisitos individuales equivalentes a los que sean indispensables en los países andinos para el “ejercicio de la más altas funciones judiciales”. La particularidad que se asigna a los magistrados

del Tribunal, es la misma que corresponde al ordenamiento jurídico en general y a sus instituciones, en particular; esto es, la plena independencia para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Esta independencia atribuida a todos los magistrados, está garantizada por las inmunidades establecidas por los usos internacionales y, particularmente, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, además de las facilidades que deben ofrecerles los países del Acuerdo. Los magistrados, por su parte, están obligados a ejecutar sus funciones con dedicación exclusiva, excepto las de naturaleza docente, y abstenerse de cualquier actuación “incompatible con el carácter de su cargo”. Además de los magistrados, la composición administrativa del Tribunal no comprende sino a lo estrictamente indispensable para el cumplimiento de sus tareas específicas. Al respecto, por disposición del Estatuto, corresponde al Tribunal establecer “los procedimientos de selección, modalidades de contratación, categorías y períodos, así como el régimen de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados”.

2.3 . Funciones (7)

Las funciones jurisdiccionales que corresponden al Tribunal, se clasifican en tres grupos: acciones de nulidad, acciones de incumplimiento y solicitudes de interpretación prejudicial.

- Acción de nulidad

En este caso, corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión o de las Resoluciones de la Junta –los dos órganos principales del Acuerdo-, cuando se hubiere observado formalmente que estos preceptos han sido dictados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Este ordenamiento, es el conjunto de las normas fundacionales o constitucionales del Acuerdo y las derivadas del mismo, provenientes de la voluntad de los Estados suscriptores y de los organismos creados para el efecto con poder normativo propio.

Por definición, el citado ordenamiento está conformado por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. Las Decisiones de la Comisión constituyen los actos normativos de carácter obligatorio aprobados con la particularidad de ser aplicables directa y preferentemente en el territorio de los países andinos; y, las Resoluciones de la Junta son; así mismo, actos normativos de orden derivado expedidos por este órgano principal del Acuerdo, en uso de la facultad concedida por el Tratado constitutivo del Pacto Andino.

El Tratado del Tribunal ha previsto que la acción de nulidad pueda ser ejercida por los Países Miembros, la Comisión o la Junta y por las personas naturales o jurídicas siempre que la norma impugnada les resulte aplicable causándoles perjuicios. Se ha de entender que la Comisión, sólo puede impugnar la validez de las Resoluciones de la Junta; así mismo, que la Junta del Acuerdo, sólo podrá intentar la nulidad de las Decisiones de la Comisión. En cambio, los Países Miembros pueden hacerlo contra todas las Resoluciones de la Junta, pero, en cuanto a las Decisiones de la Comisión, únicamente pueden intentar la nulidad de aquellas que no hubieren sido aprobadas con su voto afirmativo. Para este caso, se establece que, entre los anexos de la demanda se presente la certificación de la Junta –Secretaría de la Comisión- confirmatoria de que la Decisión impugnada no fue aprobada con el voto favorable del país que intente la acción de nulidad.

- Acción de incumplimiento

Esta acción puede ser presentada ante el Tribunal, tanto por la Junta, como por los países miembros, en los casos que mencionaremos posteriormente. Al procedimiento de esta acción, corresponde la etapa administrativa y la jurisdiccional. En otras palabras, el incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino y de las obligaciones de él derivadas, podría subsanarse por

dos vías, la administrativa por acción de la Junta y la jurisdicción por acción del Tribunal.

En todo caso, corresponde a la Junta del Acuerdo la facultad de establecer, con dictamen motivado, si existe o no el incumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, tanto en el procedimiento iniciado por ella, como en el tramitado por reclamo de un país miembro.

Cuando la Junta inicia la acción, una vez formuladas las observaciones de incumplimiento, el país reclamado contestará a ellas, dentro del plazo máximo de dos meses. Al vencimiento de éste, la Junta debe emitir su dictamen motivado aún en el caso de que no hubiere recibido la mencionada respuesta. Si con el dictamen se confirma el incumplimiento y el país miembro persiste en su conducta, la Junta “podrá” solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Cuando es un país miembro el que reclama por el incumplimiento de otro, el trámite administrativo es similar al anterior y la Junta en su oportunidad “deberá” solicitar el pronunciamiento del Tribunal. En este caso la solicitud de la Junta se entiende que es obligatoria; en cambio en el anterior, podría interpretarse como si se trataría de una solicitud facultativa pues dice que “podrá”, en lugar del “deberá” que señalamos anteriormente. Sin embargo para tener un criterio más preciso sobre el particular debemos recordar que corresponde a la Junta “velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones”, con lo cual se entendería que podría desaparecer la diferencia que hemos sugerido anteriormente.

Además, en el mismo supuesto de que un país miembro reclame por el incumplimiento de otro, el país denunciante puede acudir directamente, al Tribunal en los siguientes casos: cuando la Junta no propusiere la respectiva acción dentro de los dos meses posteriores a su dictamen de incumplimiento; cuando esta misma institución no emitiera su dictamen dentro de los tres meses siguientes

a la fecha del reclamo; y, cuando el referido dictamen no reconociere el incumplimiento denunciado.

Concluido el trámite de esta acción, si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el país reclamado tendrá la obligación de adoptar las medidas que sean indispensables para la ejecución de la sentencia dentro de los noventa días posteriores a la fecha de notificación de la misma. De no hacerlo, es decir en el supuesto de mantener su actitud de incumplimiento –no solo atentatoria contra las normas del Ordenamiento jurídico del Acuerdo sino lamentablemente contra la filosofía y principios de la integración comprometida-, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Junta determinará los límites dentro de los cuales el reclamante o cualquier otro país miembro, podrá restringir o suspender en forma total o parcial, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país sancionado.

Por otra parte, en lo que se refiere al derecho de las personas naturales o jurídicas, mientras en los casos de nulidad pueden acudir directamente al Tribunal cuando las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta les ocasionen perjuicios al resultarles aplicables, en los casos de incumplimiento, pueden ejercer su acción únicamente ante los Tribunales nacionales que sean competentes de acuerdo con las previsiones del respectivo derecho interno, siempre que resulten afectados sus derechos cuando los países miembros no adoptaren “las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena” o aplicaren cualquier medida “que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”. En resumen, la acción de incumplimiento puede ser presentada ante el Tribunal, por los Países Miembros, la Junta y las personas naturales o jurídicas de la subregión andina en la forma y condiciones señaladas.

- Interpretación prejudicial

En tercer lugar, el Tribunal está facultado para interpretar por la vía prejudicial las normas del Acuerdo de Cartagena, del Tratado del Tribunal, de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta o sea del ordenamiento jurídico del Acuerdo, con la finalidad de “asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

Para este procedimiento, las solicitudes de interpretación prejudicial deben ser presentadas por los jueces nacionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, cada vez que deban aplicar algunas de las normas del citado ordenamiento. La petición es obligatoria para el juez de última instancia y facultativa para el juez cuya sentencia sea susceptible de recursos según la legislación interna.

La interpretación del Tribunal –obligatoria para el juez que conozca del proceso-, tiene que “limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”. En consecuencia está prohibido al órgano comunitario interpretar el derecho nacional y, “calificar los hechos materia del proceso”.

*** XXVII CONFERENCIA INTERAMERICANA DE ABOGADOS**

CARTAGENA – COLOMBIA, Mayo 1989.

NOTAS:

(1) Desde la separación de Venezuela que denunció el Acuerdo de Cartagena el 22 de abril del 2006, los Países Miembros son cuatro: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

(2) El texto de la Codificación del Acuerdo de Cartagena aprobada por la Decisión 563 (Gaceta Oficial 940 de 1 de julio del 2003), dice lo siguiente:

Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

(3) El artículo 3 de la Codificación del Acuerdo de Cartagena aprobada por la Decisión 563, dice lo siguiente:

Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

- a) Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extra regionales en los ámbitos político, social y económico-comercial;
- b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;

- c) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial;
- d) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;
- e) Un Arancel Externo Común;
- f) Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial;
- g) La canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración;
- h) Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios;
- i) La integración física; y
- j) Tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y el Ecuador.

Complementariamente a los mecanismos antes enunciados, se adelantarán, en forma concertada, los siguientes programas y acciones de cooperación económica y social:

- a) Programas orientados a impulsar el desarrollo científico y tecnológico;
- b) Acciones en el campo de la integración fronteriza;
- c) Programas en el área del turismo;
- d) Acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente;
- e) Programas de desarrollo social; y,
- f) Acciones en el campo de la comunicación social.

(4) El Protocolo de Trujillo (10 de marzo de 1996), modificadorio del Acuerdo de Cartagena, vigente desde el 3 de junio de 1997, sustituyó el Capítulo II dando origen a la “Comunidad Andina” integrada por los Países Miembros del Acuerdo y los órganos e instituciones del “Sistema Andino de Integración”, el cual está conformado de la siguiente manera:

- El Consejo Presidencial Andino;
- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- La Comisión de la Comunidad Andina;
- La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- El Parlamento Andino;
- El Consejo Consultivo Empresarial;
- El Consejo Consultivo Laboral;
- La Corporación Andina de Fomento;
- El Fondo Latinoamericano de Reservas;
- El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;
- La Universidad Andina Simón Bolívar;
- Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y,
- Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

(5) En la actualidad (10/2009), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, está conformado por los Magistrados de Bolivia,

Colombia, Ecuador y Perú. Después de la separación de Venezuela, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobó la Decisión 633 (Gaceta Oficial 1356 de 16 de junio del 2006), mediante la cual establece lo siguiente: “El número de Magistrados que integren el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será igual al número de Países Miembros de la Comunidad Andina.”

(6) En la actualidad, además de la acción de nulidad, la acción de incumplimiento y la interpretación prejudicial, el Tribunal de Justicia es competente para conocer y resolver los siguientes casos:

- a) el Recurso por Omisión o Inactividad contra el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, cuando estos organismos se abstengan de cumplir una actividad obligatoria establecida por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, después del requerimiento de parte interesada;
- b) La función arbitral que puede ser ejercida, por acuerdo de las partes, para dirimir, en derecho o equidad, las controversias que surjan de la aplicación o interpretación de los contratos o convenios suscritos entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o de los suscritos entre éstos y terceros; y,
- c) La jurisdicción laboral, mediante la cual el Tribunal es competente para conocer las controversias laborales originadas en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

ESTUDIO JURÍDICO INSTITUCIONAL *

TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA⁽¹⁾

Durante el proceso de aplicación de los diversos mecanismos de la integración andina en los países de la Subregión, se hizo evidente la necesidad de revisar la estructura orgánica del “Pacto Andino” y de introducir varias modificaciones al Acuerdo de Cartagena en orden, particularmente, a garantizar el cumplimiento de sus normas mediante la creación de un órgano jurisdiccional, al que se le asignaría, de manera fundamental, el control de la legalidad en la ejecución del Acuerdo, la solución de controversias que se originen por su aplicación y la interpretación exclusiva de la norma comunitaria.

Es así como la Junta del Acuerdo de Cartagena, en 1972, luego de confirmar plenamente la conveniencia de que el proceso de integración subregional cuente con una institución jurisdiccional propia que sea parte integrante del Acuerdo de Cartagena y a la vez independiente de sus instituciones y de los Gobiernos de los Países Miembros, presentó el primer documento de trabajo que se registra en la historia de la creación del Tribunal, denominándolo “Bases de un Tratado para la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”. Dos años después, en 1974, entregó el “Proyecto de Tratado” cuyo texto fue revisado por dos ocasiones durante el año de 1977.

La plausible persistencia en este propósito creador del Tribunal, condujo a la convocatoria de expertos gubernamentales y luego a la de representantes plenipotenciarios de los países del Acuerdo, con el objeto de proceder a la discusión y aprobación del documento que constituiría el futuro Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Estas reuniones se efectuaron entre junio de

1977 y abril de 1979, oportunidad en la que se presentó el Informe Final de los mencionados representantes.

En 1978 –un año antes del mencionado Informe Final y de la correspondiente suscripción del Tratado de creación del Tribunal-, se firmó en Bogotá la “Declaración de Presidentes de los Países Andinos”, agosto 8 de 1978 ⁽²⁾ en la cual los mandatarios mencionaron de manera concreta la necesidad de crear el “Tribunal Andino de Justicia”, señalando las competencias que deberían corresponderle.

“Dentro de ese espíritu positivo –dijeron los Presidentes- hemos llegado a la conclusión de que los avances registrados en el proceso de integración andina demuestran la impostergable necesidad de disponer de un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo. Nos dirigimos a las autoridades nacionales competentes y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena para que, a la mayor brevedad posible, inicien el examen de la materia, que deberá concluir durante el próximo año con la suscripción del Tratado para la creación del Tribunal Andino de Justicia”

En efecto, el año siguiente aconteció lo propuesto por los Presidentes del Grupo Andino y es así como los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, ⁽³⁾ el 28 de mayo de 1979 suscribieron el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, integrándolo a su estructura institucional, como el tercer órgano principal del mismo, con las funciones propias de su índole jurisdiccional. Los dos primeros órganos principales son la Comisión y la Junta, creados por el mismo Acuerdo de Integración Subregional, denominado Acuerdo de Cartagena mediante la Decisión No. 1 de la Comisión. ⁽⁴⁾

En la indicada fecha, 28 de mayo de 1979, con oportunidad de conmemorarse los primeros diez años del Acuerdo y de “evaluar el desarrollo del proceso subregional de integración” se reunieron en Cartagena, Colombia, los Presidentes de los cinco Países Miembros⁽⁵⁾ y suscribieron el denominado “Mandato de Cartagena”. En este documento los Presidentes del Grupo Andino registraron los siguientes y elevados conceptos sobre las bondades de la integración:

“Hemos tomado conciencia de que nuestro futuro es uno e indivisible y confiere nueva dimensión e imponderables perspectivas a la convivencia entre las naciones andinas, por lo que nos satisfacen los progresos alcanzados en el proceso de la integración subregional, y reconociendo los arduos y complejos problemas que gravitan sobre su futuro, vamos a dar atención prioritaria a las soluciones que exige el afianzamiento de la unión de los cinco países y a proporcionar el invariable respaldo de nuestros Gobiernos a la consolidación del sistema jurídico e institucional previsto en el Acuerdo de Cartagena”.

Por otra parte, como consecuencia de esta afirmación y con el fin de llegar realmente a la antedicha consolidación jurídica institucional, una vez suscrito el Tratado de creación del Tribunal, los Presidentes de los países comprometidos en la integración, se interesaron por la pronta vigencia de este instrumento.

“Recomendamos –dijeron los Presidentes- la urgencia de la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que es una demostración del alto nivel de madurez y estabilidad que adquieran las instituciones del Sistema Andino y constituye la primera experiencia latinoamericana que dota al Derecho de Integración de una instancia jurisdiccional e interpretativa y que, como tal, representa la más clara manifestación de la voluntad indeclinable de nuestros gobiernos de respetar y cumplir las obligaciones y responsabilidades soberanamente

asumidas en el Acuerdo de Cartagena, así como de la irreversibilidad de la integración subregional.

“Con la creación de la función jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanza plenitud institucional, reafirma su personalidad jurídica internacional, su propia autonomía y la permanencia de sus objetivos, órganos y mecanismos”.

En éstos términos, el Mandato de Cartagena, involucra a los países suscriptores dentro del nuevo “Derecho de Integración” con “una instancia jurisdiccional e interpretativa” constituida por el Tribunal de Justicia, cuyas obligaciones y responsabilidades –como afirman los Presidentes- fueron “soberanamente asumidas”.

Estos conceptos de la Declaración Presidencial, a nuestro juicio, significan la reafirmación de los principios que caracterizan al Derecho de la Integración, como son la preeminencia, y la aplicación uniforme y preferente de sus normas.

La recomendación que hicieran los Presidentes para la pronta entrada en vigencia del Tratado del Tribunal, no corrió la misma suerte que la exhortación formulada para la suscripción del mismo. Mientras la firma se efectuó al año siguiente de su recomendación, la ratificación del Tratado concluyó cuatro años después del Mandato de Cartagena, el 19 de mayo de 1983.

A los pocos meses de este encuentro, los Presidentes de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela y el representante del Presidente del Ecuador ⁽⁶⁾ en el Acta de Panamá”, octubre 2 de 1979, aplaudieron la reunión de Cartagena y expresaron el concepto o “definición política de la integración andina” en los siguientes términos:

“... la integración andina constituye la realización de una comunidad de origen, pensamiento, espíritu y destino y... es un hecho vital para sus países, con miras a implantar la justicia social internacional”.

Además, confirmaron *“la necesidad histórica, política, geopolítica, cultural, económica y sociológica que significa para sus pueblos el proceso de integración andina”*.

Asimismo los Presidentes de Colombia, Perú y Venezuela y el Representante del Presidente del Ecuador reunidos con ocasión de la toma de Posesión del Presidente Constitucional de la República del Perú, Fernando Belaúnde Terry, (28 de julio de 1980) al examinar *“la evolución del proceso de integración subregional andino y el cumplimiento de los postulados contenidos en el Mandato de Cartagena y el Acta de Panamá”*, se refirieron así al sistema jurídico institucional de la integración andina:

“Expresamos –dijeron- nuestra viva complacencia por la dimensión política y perfeccionamiento del sistema jurídico – institucional del proceso de integración andino, experimentado a partir del Mandato de Cartagena como una consecuencia natural de la evolución favorable y la consolidación de la integración en el plano socio-económico, y como factor indispensable para una ulterior profundización y apertura del proceso hacia metas elevadas. Entendiendo el proceso como un fenómeno multidimensional, observamos que este desarrollo se ha manifestado sobre todo a través de la institucionalización del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo Andino, del Parlamento Andino y del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, favoreciendo fórmulas originales de vinculación colectiva con interlocutores de la región y de la comunidad internacional”.

Por último, dentro de la relación que antecede, en la reunión conmemorativa de los 150 años del fallecimiento del Libertador Simón Bolívar efectuada en Santa Marta Colombia el 18 de diciembre de 1980, “Los Presidentes de Colombia, doctor Julio César Turbay Ayala; del Ecuador, abogado Jaime Roldós Aguilera; del Perú, arquitecto Fernando Belaúnde Terry y de Venezuela, doctor Luis Herrera Campíns, con el solemne y fraternal testimonio de los otros

Mandatarios presentes en Santa Marta, reafirman en esta oportunidad histórica, la urgencia de acelerar el proceso de integración en que están comprometidos, superando las dificultades existentes y permitiendo que los mecanismos institucionales del Acuerdo de Cartagena alcancen plena operación. La próxima entrada en vigor del Tribunal de Justicia, el ejercicio de las funciones del Parlamento Andino, el ámbito atribuido al Consejo de Ministros y todos aquellos otros entes especializados que forman el Sistema, deben fortificar al máximo la fe de los pueblos y gobiernos en las virtualidades políticas y económicas de la integración, para que, sin desconocer los compromisos de toda la América Latina, los miembros de la Subregión logren el cumplimiento de los objetivos superiores del Grupo Andino y del Acuerdo de Cartagena”.

2. Tratado del Tribunal ⁽⁷⁾

El Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena o “Tribunal Andino de Justicia”, nombre con el que comúnmente se lo menciona, fue suscrito el 28 de mayo de 1979 por los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela en Cartagena, Colombia y se encuentra en vigor desde el 19 de mayo de 1983, fecha en la cual, con el depósito de la ratificación de Venezuela, se completó la entrega de los instrumentos de ratificación de Venezuela, de los cinco países suscriptores. De inmediato, Ecuador, país sede del Tribunal, realizó las gestiones conducentes para la instalación y funcionamiento de esta institución comunitaria, la misma que inició sus labores el 5 de enero de 1984.

El preámbulo del referido tratado –parte integrante de este instrumento internacional-, entre otros conceptos orientadores, expresa que la integración constituye un propósito común de desarrollo económico y social, “que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la

integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros” y que los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela por medio de sus Representantes Plenipotenciarios convienen en celebrar el Tratado de Creación del Tribunal “SEGUROS de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

A continuación, el texto del Tratado, dividido en seis capítulos, establece en primer lugar y de manera taxativa la conformación del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena; señala expresamente el carácter obligatorio de las Decisiones de la Comisión y la particularidad de ser “directamente aplicables” en los países suscriptores del Tratado. Añade la obligación de los Países Miembros de asegurar el cumplimiento del citado ordenamiento jurídico mediante la aprobación o abstención de las medidas que sean necesarias para la fiel aplicación del conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico establecido por el mismo Tratado del Tribunal.

En segundo lugar, el Tratado dispone la creación del Tribunal como órgano principal del Acuerdo -el tercero en orden de aprobación, luego de la Comisión y la Junta- y establece la sede de la nueva institución comunitaria. Al tiempo de regular la integración del Tribunal, faculta a la Comisión para la aprobación del Estatuto y al Tribunal para la expedición de su Reglamento Interno.

En tercer orden, establece la competencia del Tribunal para conocer y resolver las acciones de nulidad, las acciones de incumplimiento y las solicitudes de interpretación prejudicial, señalando el procedimiento para cada uno de estos casos.

En cuarto lugar, dentro del conjunto de Disposiciones Generales precisa que la solución de controversias relacionadas con el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, se sujetará a los términos del Tratado del Tribunal, con lo cual modifica el procedimiento que regía con anterioridad a la vigencia de este instrumento internacional y elimina tanto la participación de la Comisión, como la sujeción al Protocolo para la solución de controversias de la ALALC. El Protocolo de Quito avanza más en estas modificaciones al sustituir la norma correspondiente del Acuerdo y disponer que las controversias sobre el citado ordenamiento jurídico se sujetarán únicamente a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Por otra parte, en el mismo capítulo, el Tratado crea también la “Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena”. En ella deben publicarse los instrumentos aprobados por los tres primeros órganos principales del Acuerdo, es decir, las Decisiones de la Comisión, la Resolución de la Junta y las Sentencias del Tribunal.

En quinto orden, se regula las condiciones para la suscripción – sin reservas- y la vigencia del Tratado. En este capítulo, también se modifica radicalmente la concepción inicial del Acuerdo de Cartagena en cuanto a su vinculación técnico- jurídica con la ALALC. Se establece que la vigencia del Acuerdo y la del Tratado del Tribunal, será independiente de la que corresponda al Tratado de Montevideo y se dispone que la vigencia del Tratado del Tribunal sea por todo el tiempo que permanezca en vigor el Acuerdo de Cartagena.

En último lugar, las Disposiciones Transitorias, se refieren a la acción de nulidad que podía ser ejercida ante el Tribunal contra las Decisiones y Resoluciones aprobadas por los órganos principales del Acuerdo con anterioridad a la vigencia del Tratado.

Esta breve descripción del contenido del Tratado –38 artículos y 3 disposiciones transitorias- no tiene otro propósito que servir de marco

general introductorio al conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal que, en forma sistematizada, se reproduce en esta obra.

Adicionalmente, cabe destacar que tanto los antecedentes documentales de la creación del Tribunal, como el texto de su Tratado constitutivo, al concederle identidad y características propias vinculadas con los objetivos del Acuerdo de Cartagena y los principios del nuevo Derecho de la Integración, otorgan al Tribunal la condición *sui generis* de organismo comunitario u organismo internacional de carácter comunitario, diferenciándolo por su origen, naturaleza y funciones, de otro tipo de organizaciones creadas por instrumentos diferentes a los que corresponden a la integración andina.

3. Estatuto del Tribunal

Al marco jurídico de la creación del Tribunal, se incorporó posteriormente el Estatuto de esta organización aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena mediante la Decisión 184 de 19 de agosto de 1983, publicada en el Gaceta Oficial No. 2 de 7 de septiembre de 1983. ⁽⁸⁾ Esta Decisión es parte integrante del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, como lo es el mismo Acuerdo, sus protocolos adicionales y modificatorios, el Tratado del Tribunal, las demás Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. ⁽⁹⁾

El Estatuto comprende tres títulos. El primero de ellos, con seis capítulos, regula, dentro de los términos del Tratado, la integración del Tribunal, su funcionamiento y la participación de los representantes, abogados y asesores de las partes que actúan ante el Tribunal. El segundo, en cinco capítulos norma el procedimiento para las acciones de nulidad e incumplimiento, las solicitudes de interpretación prejudicial, la revisión de las sentencias, las sanciones por incumplimiento de las normas y el impedimento y recusación de los Magistrados. El tercero y último título, comprende el capítulo de

las Disposiciones Finales y el capítulo de las Disposiciones Transitorias.

Los procesos, sean de nulidad o incumplimiento, se inician con una demanda cuyos requisitos se enumeran en el Estatuto. En los casos de nulidad, continúa con la contestación seguida de la prueba correspondiente y las audiencias públicas para conocer y debe señalar “sus efectos en el tiempo” y la de incumplimiento, “las medidas que el País Miembro correspondiente deberá adoptar para su ejecución”.

La sentencia tiene fuerza obligatoria desde el día siguiente a su lectura en audiencia; sin embargo, puede ser enmendada o ampliada en el caso de tener errores o inexactitudes comprobadas o en el de no haberse resuelto algún punto controvertido. También puede ser objeto de aclaración cuando así lo solicite un País Miembro, la Comisión o la Junta del Acuerdo.

Por otra parte, los procesos de interpretación prejudicial, comienzan con la solicitud de interpretación –facultativa u obligatoria según el caso- elevada por los Jueces Nacionales, con la “relación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo cuya interpretación se requiere” y los demás requisitos previstos por el Estatuto.

El Tribunal debe expedir la sentencia de interpretación dentro de los treinta días siguientes al de la recepción de la correspondiente solicitud.

Toda sentencia debe estar firmada por el Presidente, los demás Magistrados y el Secretario, es decir que no se admiten “votos salvados ni opiniones en disidencia”.

4. Reglamento Interno ⁽¹⁰⁾

El Reglamento Interno del Tribunal, instrumento regulador de sus actividades administrativas y jurídicas, fue aprobado por este mismo organismo en uso de la atribución concedida por el Tratado de su creación. El texto inicial fue acordado por el Tribunal el 15 de marzo de 1984. La primera modificación aprobada el 9 de mayo del mismo año sobre asuntos de carácter administrativo, se encuentra incorporada en el texto publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 8 de 6 de julio de 1984. La segunda reforma acordada el 19 de junio de 1985, forma parte de la última codificación reglamentaria y se refiere a las sesiones del organismo señalando expresamente los casos judiciales y administrativos para los cuales es indispensable la sesión plenaria del Tribunal. Es decir, la sesión que debe realizarse con la concurrencia de los cinco Magistrados que lo integran. ⁽¹¹⁾

El Reglamento como expresa su disposición general “... desarrolla las normas del Estatuto relativas a la organización y funcionamiento del Tribunal y a los procedimientos judiciales que se sigan ante este órgano jurisdiccional”, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

El texto de este documento, está dividido en tres títulos. El primero, luego de la mencionada disposición general, contiene seis capítulos que tratan de los Magistrados principales y suplentes, del Presidente, el Secretario, la organización administrativa, las sesiones judiciales y administrativas y la actuación de los representantes, abogados y asesores. El título segundo, en cuatro capítulos, desarrolla las normas relativas al procedimiento judicial, las normas generales, las notificaciones, los términos, la demanda para las acciones de nulidad e incumplimiento, la contestación, prueba, audiencia y sentencia. Por último, el título tercero contiene las disposiciones finales y transitorias.

5. Sede y Composición

El Tribunal, tiene su sede permanente en la ciudad de Quito, capital de la República del Ecuador. Está integrado por cinco magistrados nacionales de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela ⁽¹²⁾ designados por unanimidad de los respectivos plenipotenciarios, previo el cumplimiento de un proceso especial y de los requisitos equivalentes a los que sean indispensables en los países andinos para el “ejercicio de las más altas funciones judiciales”. El desempeño de la magistratura implica dedicación exclusiva a la misma y plena independencia para el ejercicio de sus funciones, particularidad que se asigna a los magistrados del Tribunal en concordancia con la que corresponde al ordenamiento jurídico en general y a sus instituciones, en particular.

Además de los magistrados, la composición administrativa del Tribunal se rige por la norma comunitaria de su Estatuto según la cual corresponde al Tribunal establecer “los procedimientos de selección, modalidades de contratación, categorías y períodos, así como el régimen de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados”.

6. Competencias del Tribunal

Las competencias asignadas al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena mediante el Tratado de su creación, se clasifican en tres grupos: Acción de Nulidad, Acción de Incumplimiento e interpretación Prejudicial. ⁽¹³⁾

1. Acción de Nulidad

Esta acción cuya finalidad fundamental es la de preservar la legalidad en el procedimiento de aprobación de las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta que constituyen el conjunto de normas comunitarias derivadas, puede ser ejercida ante el Tribunal por parte de los Países Miembros, la Comisión, la Junta, y

las personas naturales o jurídicas de los países signatarios cuando la norma impugnada siéndoles aplicable, les cause perjuicio. Los Países Miembros pueden intentar la nulidad de las Decisiones de la Comisión que hubieren sido aprobadas sin su voto afirmativo y de las Resoluciones de la Junta sin ninguna limitación. La Comisión, por esta vía, sólo puede impugnar la validez de la Resoluciones de la Junta y ésta, a su vez, puede intentar únicamente la nulidad de las Decisiones de la Comisión. En todo caso, es procedente si se inicia dentro del año siguiente a la fecha de vigencia de la norma impugnada.

Para que la acción de nulidad de las Decisiones de la Comisión, intentada por un País Miembro sea aceptada, es indispensable que entre los anexos de la demanda se presente la certificación de la Junta –Secretaría Permanente del Acuerdo- en la que conste que la Decisión impugnada no fue aprobada con el voto favorable del país que propone la acción de nulidad.

En consecuencia, dentro de esta acción, el Tribunal es competente para declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta, cuando para su aprobación se hubieren desconocido las previsiones del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y este hecho fuese impugnado ante el Tribunal, dentro del año de vigencia de la norma, por los organismos y personas facultadas para ello, o sea, por los Países Miembros, la Comisión o la Junta, en su caso, y las personas naturales o jurídicas cuando la norma atacada “les sean aplicables y les causaren perjuicio”.

Hasta la fecha de edición de esta obra sólo un País Miembro ha planteado la nulidad de varios actos normativos. Concretamente, Colombia ha demandado la nulidad de las Resoluciones de la Junta números 237, 252 y 253. ⁽¹⁴⁾

La Resolución 237 (8 de agosto de 1984) se refiere a la solicitud de Ecuador para la aplicación del artículo 58 del Acuerdo de

Cartagena cuyo texto dispone que el hecho de la incorporación de determinados productos en las listas de excepciones de los Países Miembros no tiene valor frente a las exportaciones de Bolivia y Ecuador que a juicio de la Junta hubieren “sido objeto de comercio significativo” con el respectivo país, o tuvieran perspectivas de serlo. Igual beneficio concede esta disposición a los productos que, aunque estuvieran incluidos en las listas de excepciones de los otros países, tuvieran a criterio de la Junta “perspectivas ciertas e inmediatas de exportación desde Bolivia o el Ecuador al país que los tenga exceptuados de la liberación del intercambio”. En este caso, la Junta, determinó “la existencia de comercio significativo de tubos (incluidos sus desbastes) y barras huecas de aluminio originarias del Ecuador, clasificados en el ítem 76.06.00.00 de la NABANDINA” y como consecuencia sostuvo que la inclusión de estos productos en la lista de excepciones de Colombia no afecta a las exportaciones provenientes de Ecuador.

La Resolución 252 (16 de abril de 1986) se relacionada con la aplicación del artículo 80 del Acuerdo de Cartagena, solicitada por Colombia para las importaciones originarias de Venezuela. Este artículo, en resumen, dispone un trámite especial por parte de la Junta o el pronunciamiento definitivo de la Comisión, cuando la devaluación monetaria aprobada por uno de los Países Miembros, diere lugar a que se modifiquen las “condiciones normales de competencia” entre los respectivos países. El país que se considere perjudicado, debe proponer –y adoptar si fuere el caso- las medidas que considere “adecuadas la magnitud de la alteración”, para protegerse de la misma. Sobre este asunto, la Junta autorizó a Colombia la aplicación de varias medidas correctivas transitorias para las importaciones originarias de Venezuela, disponiendo que se le informe mensualmente sobre la aplicación de las mismas y recomendando el plazo de su vigencia.

Adicionalmente esta Resolución dispone que los dos países en cuestión –Venezuela y Colombia- informen mensualmente la

variación del tipo de cambio de sus monedas y de los índices de precios al consumidor con el objetivo de que la Junta pueda observar el proceso de la alteración producida por la devaluada monetaria “y determinar la eventual modificación del plazo previsto en el literal b) del artículo 1º.”, o sea el 16 de agosto de 1986.

La nulidad alegada por Colombia, considerando que la Junta carece de competencia para fijar ex ante y a priori el plazo de duración de las medidas de salvaguardias, se concreta al literal b) del artículo 1º. de la citada Resolución 252 (plazo) y a la parte final del artículo 4º. (Modificación del plazo).

Por último, la tercera norma impugnada, Resolución 253 (1. de Diciembre de 1986), se refiere, igual que la anterior, a la aplicación del artículo 80 del Acuerdo de Cartagena solicitada por Colombia, pero esta vez, para las importaciones originarias de Ecuador.

Igual que en la impugnación anterior, en esta causa se demanda la nulidad del literal b) del artículo 1º. y la parte final del artículo 4º. de la Resolución 253, o sea el plazo recomendado por la Junta y la posibilidad de su modificación. Los fundamentos de la acción son los mismos de la demandada de nulidad de la Resolución 252.

Las sentencias del Tribunal sobre las mencionadas acciones de nulidad han incorporado a la jurisprudencia andina importantes conceptos sobre las facultades de la Junta y los temas relacionados con las Resoluciones cuya nulidad ha sido solicitada, como el tratamiento preferencial para Bolivia y Ecuador, el comercio significativo, las listas de excepciones y la desviación de poder.

“Esta competencia –según la jurisprudencia- faculta al Tribunal para examinar las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, a fin de establecer si se ajustan formal y sustancialmente al ordenamiento jurídico del Acuerdo citado y resolver, en consecuencia, con base en los planteamientos y pruebas allegadas en cada causa, si son válidos total o parcialmente, y en este último

caso regular los efectos de esa nulidad en el tiempo. “(Proceso No. 1-N-85. G.O. No. 15 de marzo 24 de 1986).

6.2 Acción de Incumplimiento

Las normas que integran el Ordenamiento Jurídico Andino generan obligaciones que deben ser ejecutadas por los Países Miembros del Acuerdo, y su incumplimiento puede ser reclamado ante el Tribunal de Justicia previa la etapa administrativa que corresponde conocer y resolver a la Junta.

En consecuencia, la acción de incumplimiento comprende dos etapas, la administrativa que se tramita ante la Junta y la judicial que debe ser presentada ante el Tribunal sea por parte de la misma Junta, o por parte de los Países Miembros, de conformidad con el trámite establecido por la norma comunitaria. En consecuencia, el incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino y de las obligaciones que de él se derivan, puede ser subsanado por dos vías: la administrativa con intervención de la Junta y la jurisdiccional con actuación del Tribunal.

La etapa administrativa reservada a la Junta del Acuerdo puede comenzar por propia iniciativa de este organismo o por reclamo de uno de los Países Miembros. En los dos casos corresponde a la Junta, emitir un dictamen motivado, que reconozca la legalidad o establezca el incumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Cuando la Junta inicia esta acción, una vez formuladas las observaciones de incumplimiento, el país reclamado debe responder al cuestionamiento dentro del plazo máximo de dos meses. Al vencimiento de éste, la Junta, con o sin la respuesta del país reclamado, debe emitir su dictamen motivado. Si la opinión de la Junta es de incumplimiento y el país observado continúa con esta actitud, la Junta “podrá” solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

Asimismo, cuando es un País Miembro el que reclama ante la Junta por el incumplimiento de otro, el trámite administrativo es similar al anterior y la Junta en su oportunidad “deberá” solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Como se ve en los dos casos, la norma comunitaria aplicable utiliza expresiones diferentes “podrá” y “deberá”; sin embargo, aunque en la primera hipótesis, semánticamente, se podrá argumentar que la solicitud de pronunciamiento del Tribunal es facultativa para la Junta y en la segunda, que es obligatoria, considerando el contexto general de la acción de nulidad prevista en el Tratado del Tribunal y la obligación de la Junta atribuida expresamente por el Acuerdo de Cartagena para “velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones”, se ha de entender que no puede haber diferencia en el Trámite final de la acción de nulidad por el uso de dos palabras distintas en el artículo del Tratado que se refiere a la acción iniciada por la Junta y a la propuesta por uno de los Países Miembros.

Sin embargo, en determinados casos, el país denunciante puede presentar directamente al Tribunal la acción de incumplimiento. Este trámite es procedente: a) cuando la Junta no lo solicite dentro de los dos meses posteriores a su dictamen de incumplimiento; b) cuando no emita su dictamen dentro de los tres meses siguientes a la fecha del reclamo; y, c) cuando el referido dictamen no reconozca el incumplimiento denunciado.

Finalmente, si concluido el trámite de esta acción el Tribunal se pronunciare por el cumplimiento, el país sancionado está en la obligación de adoptar las medidas que sean indispensables para la ejecución de la sentencia dentro de los noventa días posteriores a la fecha de notificación de la misma. No obstante, si el país observado mantiene su actitud el Tribunal, en forma sumaria y previa la opinión de la Junta, puede determinar los límites dentro de los cuales se limiten o suspendan parcial o totalmente las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país sancionado.

Dentro de este procedimiento, el Tratado reconoce el derecho de las personas naturales o jurídicas, para ejercer su acción ante “los Tribunales nacionales competentes”, cuando por el incumplimiento de los países Miembros resulten afectados sus derechos porque ellos no adoptaren “las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena” o aplicaren cualquier medida “que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

En resumen, la acción de incumplimiento puede ser presentada ante el Tribunal, únicamente por los Países Miembros y por la Junta del Acuerdo. En cambio, las personas naturales o jurídicas de la Subregión, pueden reclamar el incumplimiento de los Países Miembros del Acuerdo ante los Jueces nacionales de sus respectivas jurisdicciones y ellos, como veremos más adelante, deberán solicitar la interpretación del Tribunal de precepto o preceptos del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena que les correspondería aplicar según los términos de la acción que les hubiere presentado.

Desde el inicio de las funciones del Tribunal (1984) hasta la terminación de esta obra (1990), la acción de incumplimiento no ha sido ejercida por ninguna de las partes autorizadas para ello, a pesar de que los incumplimientos –de todo tipo- han sido conocidos, divulgados y en cierto modo explicados. Al parecer, procedimientos extraños al escogido por los países signatarios del Acuerdo, han primado sobre él o se han antepuesto al mismo. ⁽¹⁵⁾

Se ha preferido “la reciprocidad en el incumplimiento” o la tolerancia en la omisión. Aún se ha dicho que en determinada época, afortunadamente superada, se mantuvo un acuerdo para no demandarse recíprocamente. Por ventaja, sin desconocer esta acción y anticipándose a ella, la realidad observada en la marcha del proceso y la voluntad integradora que se conserva, hicieron que se

adoptara la vía de la negociación como procedimiento para eliminar los incumplimientos. Los más altos dignatarios de la Subregión Andina se comprometieron a suprimir, en términos generales, los gravámenes y restricciones mantenidos o adoptados unilateralmente para el comercio subregional, así como a reconocer la obligación existente de cumplir con lo dispuesto por las normas que constituyen el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena.

La Revista “Grupo Andino” editada por la Junta del Acuerdo (No. 181, 1989), a propósito del tema de los “incumplimientos” y refiriéndose a las restricciones para el comercio impuestas por los Países Miembros, dice:

“Sin embargo, a raíz de la crisis por la que atravesó el Grupo Andino a partir de 1982, los Países Miembros vulneraron estos compromisos al extender unilateral e indiscriminadamente al comercio intrasubregional, restricciones aplicadas con el fin de superar sus problemas de balanzas de pagos. Esta situación, unida a otros factores, dio lugar a una caída sin precedentes del intercambio comercial, y a un clima de desaliento que trajo consigo el incumplimiento caso generalizado del Acuerdo de Cartagena.

“No obstante –añade- los esfuerzos realizados para el retorno a la normativa comunitaria, todavía subsisten en los Países Miembros, en mayor o menor grado, algunas medidas restrictivas unilaterales y otras de carácter cambiario amparadas por el sistema de salvaguardias, que en conjunto continúan obstaculizando el intercambio comercial recíproco. Por tal razón, las acciones comunitarias en el corto plazo deben dirigirse a la búsqueda de soluciones pragmáticas que permitan un adecuado funcionamiento del mercado amplio andino a favor de la producción subregional.”

La materia de los incumplimientos es larga y complicada. Salimos de uno y regresamos a otro o eliminamos el anterior y generamos uno nuevo. En fin, luego de la ejecución del compromiso adquirido por los cinco países para eliminar los incumplimientos, según los

documentos oficiales, a fines de 1989 todavía se registraron muchos de ellos. En el programa de liberación, 270 *ítems*; en el Arancel Externo Mínimo Común, 498 *ítems* y en la aprobación de Decisiones que requieren de este procedimiento, la 162, Industria de Fertilizantes; 91, Industrias Petroquímica; 146, Industria Metalmeccánica; 85, Reglamento sobre Propiedad Industrial –vigente en Colombia, Ecuador y Perú- 197, Mataderos y Comercio de ganado Bovino; 50 y 69, Interacción Temporal de vehículos y 167, Desarrollo Tecnológico Rural.

Posteriormente, como se verá a continuación, la nueva política para sanear los incumplimientos ha producido resultados un tanto satisfactorios. Así, a fines del primer trimestre de 1990, el incumplimiento en la eliminación de restricciones se ha reducido a 7 *ítems* y en el Arancel Externo Mínimo Común a 244, aún cuando en lo referente a la Industria de Fertilizantes ha sido aprobada por los dos países faltantes, Bolivia y Ecuador.

Lo anterior, en todo caso, no significa que los Países Miembros y los órganos del Acuerdo están eximidos de las obligaciones que les corresponde para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Contrariamente, dejar de ejecutar sus obligaciones les conduciría al campo de los incumplimientos del cual anhelamos salir para garantizar la conveniencia y beneficios del proceso de integración andina.

6.3 Interpretación Prejudicial

En tercer lugar, el Tribunal está facultado para interpretar por la vía prejudicial las normas que constituyen el “ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, o sea, las disposiciones contenidas en este Acuerdo, el Instrumento Adicional y sus Protocolos modificatorios, en el Tratado del Tribunal y en las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. El propósito de esta interpretación, como dice el Tratado, refiriéndose al citado

ordenamiento, es el de “asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

Para que el Tribunal pueda iniciar este procedimiento, se requiere que la correspondiente solicitud de interpretaciones prejudicial sea presentada por los jueces nacionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, siempre que les corresponda aplicar alguna de las normas del citado Ordenamiento Jurídico. Esta solicitud es obligatoria para el juez de última instancia y facultativa para el juez cuya sentencia sea susceptible de recursos de acuerdo con la legislación interna, sin embargo esta última también resulta obligatoria porque adquiere este carácter en la instancia final del proceso.

La interpretación del Tribunal –obligatoria para el juez que conozca del proceso-, tiene que “limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del Ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”. En consecuencia está prohibido al órgano comunitario interpretar el derecho nacional o “calificar los hechos materia del proceso”.

Esta competencia, de las tres que corresponden al Tribunal, ha dado origen al mayor número de sentencias; por tanto, la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal hace relación a las materias que han sido objeto de su interpretación. Las solicitudes conocidas y resueltas por el Tribunal hasta la edición de esta obra, han sido presentadas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento de Santander de la República de Colombia. Los organismos jurisdiccionales o “jueces nacionales” de los otros Países Miembros no han solicitado ninguna interpretación prejudicial, seguramente porque todavía no les ha correspondido aplicar las normas del Ordenamiento Jurídico Andino.

Durante el ejercicio de esta función, a partir de 1987, el Tribunal ha interpretado varias normas del Ordenamiento Jurídico Andino,

particularmente los artículos 45 y 54 del Acuerdo de Cartagena, el artículo 5º. del Tratado que crea el Tribunal de Justicia y varios artículos de las Decisiones 85 y 220 relativas al Reglamento sobre la Propiedad Industrial y al Régimen Común de Tratamiento a los capitales extranjeros, respectivamente. ⁽¹⁶⁾

De singular importancia, dada la naturaleza de la integración andina, es la interpretación del citado artículo 5º. del Tratado Constitutivo del Tribunal por cuyo texto los Países Miembros adquieren una doble obligación altamente significativa para lograr los fines de la integración, como la de adoptar “las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena” y el compromiso de “no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria “a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

* “JURISPRUDENCIA ANDINA”, Primera Edición, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990.

NOTAS:

⁽¹⁾ El Protocolo de Trujillo -en vigor desde el 2 de junio de 1997- sustituyó la referencia al “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” por la de “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

⁽²⁾ Bolivia, Juan Pereda Asbun; Colombia, Julio César Turbay Ayala; Ecuador, Alfredo Poveda Burbano, Presidente del Consejo Supremo de Gobierno; Venezuela, Carlos Andrés Pérez; y, Perú, Oscar Molina Pallochía, Representante Personal del Presidente.

⁽³⁾ Bolivia, Gary Prado Salom; Colombia, Diego Uribe Vargas; Ecuador, José Ayala Lasso; Perú, Carlos García Bedoya; y, Venezuela, José Alberto Zambrano Velasco.

⁽⁴⁾ “La Comisión del Acuerdo de Cartagena, Visto: El acuerdo adoptado por la Comisión Provisional, en su Primera Sesión, de Agosto 25 de 1969; DECIDE: Desígnese con el nombre de ‘Acuerdo de Cartagena’ al Acuerdo de Integración Subregional suscrito por los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile y Perú, en Bogotá, el 26 de mayo de 1960.”

⁽⁵⁾ Bolivia, David Padilla Arancibia; Colombia Julio César Turbay Ayala; Ecuador, Alfredo Poveda Burbano, Presidente del Consejo Supremo de Gobierno; Perú, Francisco Morales Bermúdez; y, Venezuela, Luis Herrera Campíns.

⁽⁶⁾ Bolivia, Walter Guevara; Colombia, Julio César Turbay Ayala; Perú, Francisco Morales Bermúdez; Venezuela, Luis Herrera Campíns y, Alfredo Pareja Diezcanseco, representante del Presidente de Ecuador.

⁽⁷⁾ El Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, fue sustituido por el Protocolo Modificadorio celebrado en Cochabamba el 28 de mayo de 1996 y vigente desde el 25 de agosto de 1999, en el cual consta el nuevo texto del Tratado y la Disposición transitoria para que la Comisión del Acuerdo adopte la Decisión que contenga la Codificación del “Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. (Decisión 472 publicada en la Gaceta Oficial 483 de 17 de septiembre de 1999)

⁽⁸⁾ El actual Estatuto del Tribunal de Justicia consta en la Decisión 500 publicada en la Gaceta Oficial 680 de 28 de junio del 2001.

⁽⁹⁾ El Protocolo de Trujillo (10 de marzo de 1996) vigente desde el 3 de junio de 1997, sustituyó a la “Junta del Acuerdo de Cartagena”, por la “Secretaría General de la Comunidad Andina”, como el órgano ejecutivo con la facultad de expresarse mediante “Resoluciones”.

⁽¹⁰⁾ El nuevo Reglamento del Tribunal, derogatorio del aprobado en 1984, está publicado en la Gaceta Oficial 1071 de 27 de mayo del 2004.

⁽¹¹⁾ Desde la separación de Venezuela (22 de abril del 2006), el Tribunal de Justicia está, integrado por cuatro magistrados nacionales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

⁽¹²⁾ Esta forma de integración del Tribunal fue modificada después que Venezuela, el 22 de abril del 2006, denunció el Acuerdo de Cartagena de conformidad con el Artículo 135 del mismo. La norma vigente, dice lo siguiente:

“Artículo 1.- El número de Magistrados que integren el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será igual al número de Países Miembros de la Comunidad Andina.” (Decisión 633 publicada en la Gaceta Oficial 1356 de 16 de junio del 2006)

⁽¹³⁾ El Protocolo Modificadorio de Cochabamba (Suscripción: 28 de mayo de 1996; Vigencia: 25 de agosto de 1999). agregó las siguientes competencias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

- a) El Recurso por omisión o inactividad del Consejo Andino, de la Comisión o de la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- b) la Función arbitral, en derecho o equidad, para las controversias que surjan de la aplicación o interpretación de los contratos, convenios o acuerdos, celebrados entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre ellos con terceros, cuando las partes así lo acuerden; y,
- c) la jurisdicción laboral para resolver los casos de carácter laboral que se presenten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

⁽¹⁴⁾ Dentro del período 1985-2007, las acciones de nulidad fueron 46 de acuerdo con las estadísticas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁽¹⁵⁾ Dentro del período 1985-2007, las acciones de incumplimiento fueron 105, de acuerdo con las estadísticas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁽¹⁶⁾ Dentro del período 1985-2007, los casos de interpretación prejudicial fueron 1407, de acuerdo con las estadísticas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

FUNCIONES DEL TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL *

1. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena conocido como Tribunal Andino de Justicia, es uno de los Órganos principales del Acuerdo de Integración Subregional que, de conformidad con su Tratado Constitutivo, tiene funciones jurisdiccionales de carácter comunitario.

En primer lugar, le corresponde la facultad para declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena, que constituyen actos legislativos y normativos que forman parte del ordenamiento jurídico andino encargado de regular la organización integracionista. En segundo lugar, tiene competencia para conocer y sancionar el incumplimiento de los Países Miembros del Acuerdo a las obligaciones que les corresponde ejecutar por mandato del citado ordenamiento jurídico que equivale a la legislación comunitaria que, independientemente de la legislación nacional, rige al conjunto de países; y, en tercer lugar, dispone de la facultad exclusiva en el grupo andino para interpretar por la vía prejudicial las normas contenidas en el Acuerdo de Integración, en el Tratado del Tribunal y en los instrumentos aprobados por la Comisión y la Junta en virtud de la atribución que para el efecto les concede el Acuerdo de Cartagena del cual son sus órganos principales.

Concretamente, al Tribunal le corresponde, interpretar las normas que conforman el 'ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena', el mismo que por definición está constituido por este Acuerdo, sus Protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, con la finalidad de asegurar la aplicación uniforme de este ordenamiento jurídico, en los Países Miembros del Acuerdo.

2. Dentro del ejercicio de ésta última competencia que le asigna el Tratado constitutivo, el Tribunal ha resuelto varias solicitudes de interpretación prejudicial sobre determinadas disposiciones del Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial, aprobado mediante la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena con la participación de los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; documento que, por su naturaleza, forma parte del ordenamiento jurídico andino y constituye el precepto comunitario destinado a regular los asuntos relacionados con la Propiedad Industrial, en lo relativo a las patentes de invención, los dibujos y modelos industriales y el registro de las marcas.

Por lo dicho, dentro del tema propuesto, la interpretación prejudicial, la Decisión 85 y sus disposiciones interpretadas, ameritan un comentario más detenido, en orden a explicar tanto el procedimiento de la interpretación, como a precisar la aprobación, contenido y vigencia de la norma comunitaria, para luego mencionar las decisiones del Tribunal sobre los temas que han sido materia de su interpretación.

3. La interpretación prejudicial ha sido el procedimiento o la competencia del Tribunal que se ha tramitado con mayor frecuencia. Las solicitudes de interpretación conocidas y resueltas por el Tribunal, han sido presentadas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Norte de Santander de la República de Colombia. Los organismos jurisdiccionales o 'jueces nacionales' de los otros Países Miembros, aún no han solicitado ninguna interpretación prejudicial seguramente porque en las causas que son de su conocimiento todavía no les ha correspondido aplicar ninguna norma del Ordenamiento Jurídico Andino, pues, de lo contrario, debían acudir al Tribunal, ya que este procedimiento de interpretación de la norma comunitaria tiene que ser necesariamente solicitado por las autoridades judiciales de los Países Miembros del Acuerdo, como

requisito indispensable para resolver las causas en las que deban aplicar cualquier norma del citado ordenamiento.

Para que el Tribunal pueda conocer una solicitud de interpretación prejudicial se requiere la presentación de la respectiva petición por parte de los jueces nacionales competentes, la misma que, siendo indispensable en todos los casos en los cuales corresponda la aplicación de alguna norma del citado Ordenamiento Jurídico por parte de los jueces nacionales, en última instancia resulta ser obligatoria. En efecto, la solicitud de interpretación es facultativa para el juez cuya sentencia sea susceptible de recursos según la legislación interna; en cambio, es obligatoria para el juez de última o única instancia.

El Tribunal, por su parte, en la interpretación prejudicial tiene que “limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena. En consecuencia está prohibido al órgano comunitario interpretar el derecho nacional y calificar los hechos materia del proceso.

Esta facultad de interpretación asignada al Tribunal por el Tratado de su creación, es definida por el organismo jurisdiccional, en los siguientes términos:

“Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas ‘a fin de asegurar su aplicación uniforme, en el territorio de los Países Miembros’ (art. 28 del Tratado de Creación del Tribunal), objetivo fundamental que está lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales. Estos, de otra parte, tampoco están facultados, en general, para interpretar las normas contenidas en Tratados Internacionales, tarea que compete exclusivamente a las partes, las cuales, en el caso del Pacto Andino, la han delegado en el órgano judicial comunitario, como medio para lograr la solución pacífica de posibles conflictos que puedan

presentarse en el proceso de integración andina; con lo que, además, el nuevo Derecho de la Integración adquiere plena vigencia en la vida misma de los países de la Subregión. Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del juez nacional". (PROCESO N°. 1-IP-87. G.O. N°. 28 de 15 de febrero de 1988) ⁽²⁾

Asimismo, el Tribunal ha reiterado la facultad de los jueces nacionales para solicitar al órgano jurisdiccional comunitario la interpretación prejudicial de las normas de la integración andina, cuando dice que:

"En otros términos, la legitimación para solicitar a este Tribunal una interpretación jurídica por vía prejudicial, está reconocida únicamente a los Jueces nacionales de los Países Miembros, en los casos específicos señalados en el artículo 29 del Tratado. Ninguna otra persona tiene facultad para promover dicha interpretación. Este Tribunal, en consecuencia, carece de competencia para conocer solicitudes de interpretación prejudicial que provengan de personas que no sean Jueces nacionales que estén conociendo de una causa concreta en la cual deba aplicarse el ordenamiento jurídico de la integración andina, puesto que evidentemente las providencias que en esta materia dicta el Tribunal no están destinadas simplemente a absolver consultas o a esclarecer los alcances de normas comunitarias de modo general. Por el contrario, tales pronunciamientos están destinados a resolver controversias jurídicas concretas sometidas a la decisión de Jueces nacionales, en los

términos del artículo 29 del Tratado, conforme antes se indicó.” (PROVIDENCIA de 25 de abril de 1989. G.O. N°. 43 de 30 de mayo de 1989)

4. El Acuerdo de Cartagena o “Pacto Andino, como generalmente se conoce al Acuerdo de Integración Subregional suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1979, dentro del capítulo correspondiente a la “armonización de las políticas económicas y coordinación de los planes de desarrollo’, incorporó una disposición mediante la cual dispuso que la Comisión, o sea el órgano máximo del Acuerdo, previa la presentación de una propuesta por parte de la Junta, el órgano técnico de la organización, apruebe ‘un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías’, antes del 31 de diciembre de 1970.

Dentro del marco de este mandato, podríamos decir que la Comisión inició el proyecto de disponer de un régimen común destinado a unificar las disposiciones sobre propiedad industrial en los países del Acuerdo mediante la aprobación de la Decisión 24 para el tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías (31 de diciembre de 1970), la misma que, luego de una serie de reformas, en la actualidad (30 de julio de 1990) se encuentra sustituida por la Decisión 220 de la Comisión. ⁽¹⁾

La Decisión 24 (art. 20) estableció para los países de la subregión andina, las condiciones en las cuales se podía celebrar los contratos sobre patentes, enumerando en forma taxativa las cláusulas que no pueden formar parte de ellos. Con el mismo propósito (art. 25) señaló las cláusulas que por ser consideradas restrictivas no pueden formar parte de los contratos de licencia para la explotación de marcas.

Además la misma Decisión 24 (art. 9) acordó que la Comisión a propuesta de la Junta, aprobara un Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial y señaló para el efecto una serie de normas que deberían incluirse en este Reglamento. El anexo II de esta Decisión indica las “Disposiciones que deberá

contener el Reglamento para la aplicación de normas sobre Propiedad Industrial, como los signos, palabras, símbolos o nombres que pueden registrarse como marcas, y los procedimientos para su obtención, publicación, oposición, prioridad, privilegio, nulidad, renovación y cancelación del registro. De igual manera, en cuanto a las patentes, menciona su clasificación, los productos que pueden ser patentados, las condiciones de las mismas, la determinación de los titulares; y, finalmente se refiere a las normas sobre modelos y dibujos industriales.

Por tanto, en la citada Decisión 24 y especialmente en las mencionadas disposiciones se encuentra el antecedente inmediato para la aprobación del régimen común sobre propiedad industrial, contenido en la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo, con el nombre de “Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial” (5 de junio de 1974).

4.1 La Decisión 85 -como todas las Decisiones de la Comisión-, por su naturaleza, forma parte del conjunto de preceptos que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo, pero a diferencia de casi todas, estableció en su propio texto un procedimiento especial para su vigencia, consistente en la “incorporación” del Reglamento aprobado por esta Decisión en los “ordenamientos jurídicos internos” de los países suscriptores, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su aprobación, es decir, hasta el 5 de diciembre de 1974.

Es de suponer que esta redacción utilizada por la Comisión para referirse a la entrada en vigor de esta Decisión estaba relacionada con el artículo 21 de su Reglamento aprobado por la Decisión 6 del mismo organismo, según el cual en el artículo final de la norma se debe indicar la fecha de entrada en vigor cuando las disposiciones de la Decisión impliquen obligaciones para los Países Miembros.

En efecto, el artículo 86 de la Decisión 85 establece de manera concreta que los “gobiernos de los Países Miembros, se

comprometen a adoptar todas las providencias que sean necesarias para incorporar el presente Reglamento en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de esta Decisión. Esto significa que al 5 de diciembre de 1974 debió haberse efectuado la correspondiente incorporación en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; sin embargo, es de lamentar que, seguramente, por el permanente conflicto que genera este tipo de materias, no todos los Países Miembros pudieron cumplir con este compromiso en la oportunidad señalada. Las incorporaciones de esta Decisión a los ordenamientos jurídicos internos de cada País, se produjeron posteriormente: Ecuador lo hizo en 1977, Colombia en 1978 y Perú en 1979. Bolivia, si bien aprobó esta Decisión en 1982 mediante Decreto Ley, a los pocos meses de hacerlo, en virtud de un Decreto Supremo, dejó suspensa la referida aprobación. Venezuela, en cambio, aún no ha efectuado dicha incorporación. De esta suerte, sólo tres de los cinco Países Miembros del Acuerdo, aunque tardíamente, han dado cumplimiento al compromiso establecido en el artículo 86 de la Decisión 85.

A propósito de la vigencia de las normas comunitarias en los países del Acuerdo, vale señalar que afortunadamente con la evolución del proceso y el reconocimiento de los principios del Derecho de la Integración en nuestros países, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, consagró el principio de aplicación directa de las Decisiones de la Comisión y estableció el carácter obligatorio de las mismas a partir de la fecha de su aprobación, lo cual confirma el reconocimiento del carácter comunitario de la norma y de las obligaciones que corresponden a los países integrantes de una comunidad constituida por un Tratado que lleva implícito el principio universal del "*pacta sunt servanda*".

La Comisión, por su parte, siguiendo los preceptos del indicado Tratado, modificó su Reglamento (Decisión 218), incorporando, aunque no totalmente, los principios de obligatoriedad y de aplicación directa de las Decisiones de la Comisión.

4.2. La Decisión 85, que en lugar de Reglamento, podría llamarse Régimen Común sobre Propiedad Industrial, representa con amplitud el ámbito de su aplicación y legisla sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales, y registro de marcas, incluyendo varias disposiciones como la relativa a su incorporación al derecho interno de los países del Acuerdo.

El primer capítulo regula metódicamente desde los requisitos que deben ser cumplidos para obtener la patente hasta la nulidad de la misma. El segundo trata de los dibujos y modelos industriales, su definición, requisitos para el registro, y concluye con el compromiso de los Países Miembros de adoptar la clasificación Internacional del Arreglo de Locarno de 8 de octubre de 1968. El tercer capítulo, legisla sobre las condiciones de los signos que pueden ser registrados como marcas, las modificaciones y el procedimiento para el registro, los derechos que confiere y la facultad para cederlos o transmitirlos. Además, establece el compromiso de adoptar la Clasificación Internacional suscrita en Niza, en 1957.

Finalmente, el capítulo cuarto, comprende las “Disposiciones Varias” destinadas -en su orden- a garantizar la calidad de los productos o servicios objeto de licencia, a prohibir la suscripción unilateral de convenios sobre propiedad industrial contrarios al Reglamento, a reconocer la legislación interna para los asuntos no regulados por él, a garantizar los derechos adquiridos por el tiempo que se hubiere concedido, a disponer que las solicitudes en trámite deben sujetarse a los términos de la Decisión y, finalmente, a establecer el compromiso de los Países Miembros para la referida incorporación de este instrumento en su ordenamiento jurídico interno dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de su aprobación.

Dentro de este contexto, precisamente por la referencia a los artículos que tratan de preservar los derechos adquiridos por las leyes nacionales y dejar al derecho interno los asuntos no regulados por el Reglamento. Es preciso reiterar que la Decisión 85, por su

índole de norma comunitaria -como todas las Decisiones de la Comisión-, no deroga las disposiciones nacionales encargadas de regular materias similares en los países de la Subregión ni se confunde con ellas pues, en virtud del mencionado principio de aplicabilidad directa, es, al mismo tiempo, de preferente aplicación frente a una norma similar que pertenezca al derecho interno de los países asociados, los cuales, al vincularse jurídicamente, autorizaron la aprobación de normas comunes a las cuales deben sujetar sus actos en materias determinadas.

Entonces, no se trata de una derogatoria expresa ni tácita de la norma nacional producida por la vigencia de la norma comunitaria como podría entenderse si se diera el caso de dos normas nacionales aprobadas por el mismo poder legislativo, pues en el Derecho de la Integración la figura jurídica es diferente. Para éste, la norma nacional puede subsistir aunque se encuentre en oposición con el precepto comunitario al que no le corresponde cuestionar la validez de la norma nacional, solo que, en atención a sus principios, la norma comunitaria produce el desplazamiento de la norma nacional, es decir, deja de ser aplicada para dar paso a la norma común.

Por esta razón, si todavía -a los veinte años de la integración andina- resulta discutible el determinar cuál es la norma que corresponde aplicar en determinado caso, el particular, afortunadamente, puede ser superado a base de los principios fundamentales del derecho comunitario consagrado con reconocido fundamento en la jurisprudencia europea y. ahora. en la jurisprudencia andina.

4.3 Para concluir el estudio de la Decisión 85, acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, registrando el concepto de este órgano jurisdiccional sobre la citada norma:

“La Decisión 85, que contiene el ‘Reglamento para la Aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial’ (patentes de invención,

dibujos y modelos industriales y registro de marcas), dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena con base en el artículo 27 del Tratado inicial, es una regulación jurídica completa, en cuanto a los asuntos de que trata, expedida por una institución supranacional con capacidad para señalar reglas en el ámbito regional, que han de aplicarse con preferencia al derecho interno, conforme se ha indicado”..

“Se estableció así un régimen común y uniforme, de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características principales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional. Resulta entonces que la norma interna, anterior o posterior a la vigencia de la Decisión 85, que de algún modo resulte contraria o incompatible con el régimen común, que lo transgreda, desvirtúe o desnaturalice o que simplemente obstaculice su cabal aplicación, deviene inaplicable.”.

“Debe concluirse, en consecuencia, que la Decisión 85 contiene una regulación total o íntegra de los asuntos de propiedad industrial de que trata y que, en tal sentido, en cuanto a los ‘asuntos regulados’, se habría de producir la derogación tácita o implícita del derecho nacional en relación con los asuntos que el derecho comunitario codifica. Este pretendido efecto derogatorio, aceptado en general por el derecho interno, no se compagina sin embargo con el derecho de la integración, conforme antes se indicó. La doctrina prevaleciente, por ello mismo, se inclina con toda decisión por el principio de la aplicación preferente del derecho comunitario, siempre que con él entre en conflicto el derecho interno o nacional. De tal suerte, la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse

automáticamente, bien sea anterior o posterior a la norma integracionista.

“La Decisión 85, en consecuencia, prevalece en principio sobre toda regulación nacional, anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con el derecho interno. De no ser así resultaría imposible alcanzar el objetivo propio del derecho de la integración, que es el de lograr un régimen uniforme para todos los países de la comunidad.”.(PROCESO N°. 2-IP-88 G.O. N°. 33 de 26 de julio de 1988) ⁽³⁾

5. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, al absolver las consultas de interpretación prejudicial sobre determinadas normas de la Decisión 85 y expedir la correspondiente sentencia que debe ser acogida por los Jueces nacionales, ha ido formando su jurisprudencia en materia de propiedad industrial. En ella encontramos el alcance y significado de las disposiciones interpretadas, las cuales comentamos a continuación y se refieren a la Oficina Nacional Competente para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial, al registro de las marcas de fábrica y a las patentes de invención.

5.1 La “Oficina Nacional Competente” a la que se le atribuye la competencia general de ‘administrar’ la Decisión 85, Reglamento sobre Propiedad Industrial, de acuerdo con el espíritu de la norma comunitaria se debe entender que es la Oficina u oficinas que, a juicio del respectivo país, tienen a su cargo los asuntos concernientes a la Propiedad Industrial o las que expresamente sean designadas para ejercer las competencias atribuidas en la citada Decisión a la denominada “Oficina Nacional Competente, de modo que esta Oficina, por disposición de las normas comunitaria y nacional asume la facultad de aplicar tanto los preceptos andinos sobre propiedad industrial como las disposiciones internas sobre esta materia, en cuanto estas últimas no fueren opuestas o contrarias a la norma comunitaria.

En consecuencia, la referencia que hace el Reglamento a esta “oficina” es de carácter genérico, por tanto, entendemos que al hacerlo se refiere a aquél o aquellos organismos nacionales que el respectivo gobierno ha designado como tales o a los que con anterioridad a la vigencia de la Decisión 85, hayan tenido a su cargo la materia de propiedad industrial. En todo caso lo que quiere la Decisión 85 es que el ordenamiento nacional sea el único que determine la “Oficina Nacional Competente” que, dentro de la estructura administrativa del Estado, deba ejercer las competencias atribuidas por el ordenamiento andino.

Esta precisión se hace indispensable en razón de que, resulta totalmente extraño al ordenamiento jurídico andino la determinación o designación del citado organismo nacional competente para la Decisión 85.

A propósito del tema, cabe recordar que el Régimen Común contenido en la Decisión 24, también dispuso que los Países Miembros designen “el organismo u organismos competentes para la autorización, registro y control de la inversión extranjera y de la transferencia de tecnología...” (Artículo D) así como la creación de una “Oficina Subregional de Propiedad Industrial” (art. 54); y que esta última disposición se mantiene con igual texto en la Decisión 220, sustitutiva de la 24.

A esta Oficina subregional que aún no se ha constituido, se le atribuye funciones específicas como las de prestar asesoramiento y constituirse en órgano de enlace entre las correspondientes oficinas nacionales, receptor y difundir informaciones, elaborar contratos tipo de licencia y realizar estudios sobre patentes de invención para presentar recomendaciones a los Países Miembros. Es decir que, de cumplirse con lo establecido por esta norma, el avance y mejoramiento de la propiedad industrial en la Subregión Andina podría estar garantizado, precisamente con la acción coordinada de los Países Miembros la cual se encuentra inscrita dentro del propósito declarado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena

(Decisión 220) de que “El Régimen Común debe tender asimismo a fortalecer la capacidad de negociación de los Países Miembros frente a los Estados, y las empresas proveedoras de capital y de tecnología y a los organismos internacionales que consideren estas materias.

Por su parte, el Tribunal en su sentencia de interpretación establece que el “País Miembro está en libertad para señalar, en cada caso, la ‘Oficina Nacional Competente...” refiriéndose al organismo que se ha de encargar del trámite, registro o cancelación de una marca. Incluye dentro de esta competencia al señalamiento de la oficina encargada de verificar ‘que se cumplan las previsiones comunitarias y, concretamente, lo dispuesto por los artículos 58 a 76 de la Decisión 85’.

A nuestro juicio, con un criterio de amplitud, el Tribunal agrega que “El Ministerio a cargo de asuntos de la salud puede ser considerado como una “Oficina Nacional Competente”, de acuerdo con la Decisión 85, cuando se trate del registro de marcas para productos farmacéuticos”.

Expresamente, el Tribunal señala que la Oficina Nacional Competente “está en la obligación de verificar si una solicitud de registro de marca cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en la Decisión 85...” y establece que debe rechazarla cuando no cumpla con alguno de ellos. Además en esta misma sentencia se aclara que “Es inválido o nulo el registro que se haga pretermitiendo dichos requisitos”

Por otra parte, en lo referente a la intervención de la Oficina Nacional Competente para el trámite de las patentes, el Tribunal sostiene que sin perjuicio de los informes que puede solicitar a expertos o centros científicos y tecnológicos. . . (Art. 22, Decisión 85) ésta oficina, en atención a su criterio y de acuerdo con el derecho interno puede requerir dictámenes o conceptos técnicos y científicos sobre los asuntos que le corresponda resolver.

Como conclusión de esta parte, cabe anotar que el Tribunal de manera concreta dice que “corresponde al derecho interno de cada País Miembro la determinación de cuál es la dependencia administrativa que, como Oficina Nacional Competente, debe ejercer las funciones señaladas por la Decisión 85”.

5.2 En cuanto a “Marcas el Tribunal sostiene con claridad que la Oficina Nacional Competente, es la que debe rechazar las solicitudes presentadas para el registro de las mismas cuando compruebe que se trata de marcas “confundibles” con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad o posterioridad si en este último caso tiene reivindicación válida de prioridad, cuando pertenezcan a una misma clase del nomenclátor. Si se hubiere producido el registro en contravención con estos requisitos-añade el Tribunal-, la Oficina Nacional Competente está en la obligación de disponer la cancelación de la marca.

Igual prohibición de registro señala el Tribunal para las marcas confundibles con otras conocidas y registradas para productos o servicios idénticos o similares, sea que el registro se hubiere realizado en el país o en el exterior. En cambio dice: La prohibición, no tiene efecto cuando se trate de una marca confundible con otra que corresponda a un producto diferente del anterior.

La prohibición de registro resuelta por el Tribunal, también incluye a las marcas que señalen la procedencia geográfica de los productos y servicios cuando pueda producir engaño al consumidor sobre la procedencia que se anuncia.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal, ha establecido que los Países Miembros no pueden agregar requisitos adicionales para el registro de una marca a más de los contemplados en los artículos 56 y 58 de la Decisión 85. De igual modo, el Tribunal precisa que tampoco el derecho nacional puede contemplar causales de cancelación de un registro, adicionales a las prescritas en los artículos 77 y 79 de la citada Decisión.

5.3 Por último, respecto a las patentes de invención, el Tribunal ha dicho que la Decisión 85 cuando dispone que las solicitudes en trámite se sujeten a sus normas, se refiere tanto a los aspectos sustantivos como a los asuntos procesales desde el momento de incorporación de la norma comunitaria al derecho interno de cada país.

Por otra parte, ha precisado que el “estado de la técnica al que se refiere la norma comunitaria, siendo ‘el conjunto de conocimientos existentes que son aplicables al proceso industrial”, está sujeto a los exámenes completos que, sobre el estado de la técnica, pudieren afectar la patentabilidad de las invenciones de acuerdo con los términos de la misma Decisión 85 (art. 21).

El invento -dice el Tribunal- debe tener un título o nombre que lo identifique dado por el inventor. El Título ampara tanto al proceso como al producto cuando la solicitud está dirigida con este propósito. El invento –añade- puede cubrir al producto, al proceso o la mejora. La novedad, corresponde ser determinada por la Oficina Nacional Competente.

Cuando el Tribunal resuelve sobre el examen de la solicitud, que corresponde efectuar a la Oficina Nacional Competente, señala que el examen preliminar comprende un análisis formal y extrínseco mientras que el examen definitivo se refiere a las condiciones de fondo relativas a la novedad, la aplicación industrial y licitud del invento. Asimismo, aclara que luego del procedimiento correspondiente y el examen del memorial descriptivo, las reivindicaciones y los dibujos o planos explicativos, puede conceder o negar la patente. Si la concede, puede hacerlo total o parcialmente y en este último caso, sólo para las reivindicaciones aceptadas.

Por otra parte, al referirse a los casos en los cuales no se deberá otorgar patentes por encontrarse dentro de las prohibiciones contempladas en el literal c) del artículo 5 de la Decisión 85, que dice:

“c) Los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal’, el Tribunal ha sostenido que los herbicidas están comprendidos dentro de esta excepción a la patentabilidad’.

6. Finalmente, en relación con el Reglamento Andino, aprobado por la Decisión 85 de la Comisión cabe destacar la preocupación de los órganos principales del Acuerdo de avanzar en el proceso de análisis de esta Decisión contando para el efecto con el aporte de los técnicos nacionales de los cinco países. Sin duda en un futuro -quizá sea cercano- este trabajo dará como resultado la adopción de normas que comprendan un nuevo Régimen Común para la Propiedad Industrial, de modo que inclusive su nombre quede en concordancia con la Decisión 220, constitutiva del Régimen Común para los capitales extranjeros, y refleje exactamente la índole comunitaria de sus disposiciones.

De otro lado, en lo fundamental, si en el análisis de la Decisión 85 se cuenta con la participación de los cinco países integrantes del Acuerdo, es de esperar que se pueda llegar a un consenso sobre el contenido de sus normas, y que, de acuerdo con las disposiciones y principios mencionados anteriormente, la nueva Decisión no quede condicionada al proceso de incorporación al derecho interno”, pues, aunque este procedimiento resultaría jurídicamente procedente, mediante el ‘acto expreso” al que se refiere el artículo vigente, de alguna manera vulneraría los principios básicos del Derecho de la Integración al apartarse -así sea por vía de excepción- del precepto general de que las Decisiones de la Comisión son normas directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo’ (art. 3 del Tratado del Tribunal).

De no ser así, es decir, en el caso de mantener con otros términos, la misma condición establecida por la actual Decisión 85 sobre la vigencia de la norma, nuevamente la comunidad andina se

preguntaría -como en otros casos- cuál es la razón de ser de la integración y de la aprobación de normas comunes si se conoce de antemano que serán aceptadas por unos y desatendidas por otros, en una comunidad en la cual cada día debe renovarse el propósito de vigorizar su integración.

Los observadores del proceso y los estudiosos de la integración, situados al otro lado de los grupos nacionales que intervienen en el comentado proceso de análisis, sólo pueden suponer que el propósito de revisión de las normas sobre propiedad industrial, será el de lograr la unanimidad de criterio entre los cinco países del Acuerdo. La falta de unidad equivaldría a mantener la actual situación del “Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial” en la que solamente tres de los cinco países agrupados en el ‘Pacto Andino”, aceptan lo preceptuado por el Órgano máximo del Acuerdo de Cartagena.

Avanzar, no retroceder, es el único camino para la Integración.

* TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

QUITO, 30 DE JULIO DE 1990.

NOTAS:

(1) La Decisión 220 fue sustituida por la Decisión 291: Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, publicada en la Gaceta Oficial Nº 80 de 4 de abril de 1991. Su anexo fue modificado por la Decisión 295.

(2) ANEXO Nº 2. Proceso 1-IP-87.

(3) ANEXO Nº 3. Proceso 2-IP-88.

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA *

El desarrollo de este tema que con mayor actualidad involucra a los países del Cono Sur, cuyas destacadas autoridades judiciales se reúnen en el II Encuentro de Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur (Sucre, Bolivia, 21 al 25 de septiembre de 1992), me es posible hacerlo en esta hermosa ciudad y ante tan distinguido auditorio, gracias a la honrosa invitación del Excmo. Señor doctor Edgar Oblitas, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de este hospitalario país.

En la hora actual, hablar de integración es introducirse en una geografía llena de componentes especialmente seleccionados para realizar la unificación de las economías nacionales como singular tarea de beneficio común que, por importante y necesaria, trata de abarcar, todos los campos posibles de la unidad programada.

Para hacer realidad, por lo menos algo de lo que la integración sugiere y puede lograrlo, fue necesaria –y seguirá siéndolo- una gran dosis de imaginación y una voluntad férrea capaz de vencer los obstáculos poderosos que dificultan la acción unificadora, especialmente cuando se trata de la integración económica y social entre países que por diversas razones tienen diferentes grados de desarrollo, pues el camino de la unidad no siempre es fácilmente transitable. Lo previsto fue el beneficio colectivo adecuadamente compartido y lo que ha resultado, en algunos casos, es la desigualdad de beneficios disimulada por los compromisos de unidad.

Por esta razón, la integración que significa formar una comunidad de naciones, una comunidad de derecho, no puede ser un proyecto incompleto, vacío del contenido unificador que implica sacrificios y dificultades para lograrla. Dificultades que, como se ha dicho, son mayores cuando se trata de la integración de países de diferente grado de desarrollo sea en una región amplia o en un territorio reducido, equivale decir en una integración regional o en una integración subregional que aunque la negociación, su constitución, el desarrollo del programa y los resultados sean diferentes, la motivación es la misma, el objetivo conjunto es el encuentro satisfactorio de una comunidad organizada dentro de un marco de equidad y de desarrollo compartido.

Además, para las naciones comprometidas y los órganos de Gobierno, la integración significa un compromiso de realización necesaria que, debidamente ejecutado, les permite asegurar el bienestar colectivo con el aporte individual y el esfuerzo conjunto de los asociados.

Ahora bien, mirando con amplitud hacia el final del camino imaginario de la integración, observamos un panorama con los vivos colores de nuestras banderas que estimula la acción conjunta dejando atrás las imágenes tenues, sin color, ayunas de unidad y esfuerzo colectivo.

Para conservar y mejorar la obra ejecutada, es preciso insistir en la realización de los esquemas propuestos y efectuar las modificaciones o sustituciones que se han vuelto indispensables para lograr los objetivos que se expresan con esperanza en los compromisos de unidad válida y soberanamente acordados en instrumentos que generan el Derecho de la Integración o Derecho Comunitario como se le conoce en Europa, o Derecho Andino como se denomina en nuestra Subregión.

En alguno de estos documentos el contenido economicista, comercial o excesivamente programático, le restó espacio al contenido jurídico regulador del proceso e ingrediente necesario para su feliz realización.

Por esta razón, estimo que los juristas –a veces voluntariamente alejados de la integración- deberían participar más en las distintas etapas de la construcción integracionista. De ese modo, si las diferencias o controversias entre las partes resultan inevitables, la solución de ellas provendrá de un acto jurisdiccional debidamente regulado por las normas comunitarias y acertadamente ejecutado por Tribunales encargados de controlar la legalidad en los respectivos procesos de integración. En ellos puede haber varias etapas para su realización, según sean los términos de la norma comunitaria y el grado de integración al que se desee llegar dentro de las clasificaciones tradicionales o de las formas contemporáneas impuestas por la realidad, como la Zona de Libre Comercio, la Unión Aduanera o el Mercado Común.

La primera, es el modelo de integración formado con el propósito de eliminar gradualmente los gravámenes y restricciones u otra clase de medidas, en orden a facilitar el comercio recíproco entre los países asociados manteniendo la posición de cada uno de ellos frente a su relación con terceros países; la segunda, la Unión Aduanera es el grado de integración en el cual, además de los requisitos anteriores, los países suscriptores adoptan una tarifa igual para las importaciones provenientes de terceros mediante un arancel externo común. Por último, el Mercado Común va más allá de la liberación general para las importaciones que se realicen entre los países asociados y de la aprobación de un arancel común para el comercio con terceros países, pues además de estos requisitos, el mercado común se perfecciona con el libre intercambio de personas, bienes y servicios, denominados factores de la producción.

En la hora actual, esta suerte de definiciones, resultan ser convencionales pues la escala de compromiso depende de la forma y los términos de cada proceso integracionista. Así por ejemplo, como se verá en nuestro relato de los objetivos y mecanismos de los diversos esquemas de integración a los cuales haremos referencia posteriormente, observamos que para la integración centroamericana, el Mercado Común sería más bien la antesala de la Unión Aduanera y que para los países del Cono Sur, el Mercado Común está explícitamente señalando en su Tratado Constitutivo con otros elementos como la “coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes” y el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”. Con estos elementos, siguiendo la clasificación anterior, podríamos decir que este proceso avanza en dirección a la Unión Económica que supone la armonización de políticas económicas, monetarias y fiscales.

Estas formas de integración –de una u otra manera- han sido previstas en los instrumentos constitutivos, que son objeto de nuestra exposición, en cuanto se refieren a los objetivos y mecanismos de la integración y, particularmente, a los procedimientos para la solución de controversias en los distintos procesos de integración latinoamericana.

En el Tratado General de Integración Centroamericana –el más antiguo de los que se encuentran vigentes-, Guatemala, el Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, se propusieron “unificar” sus economías e impulsar el desarrollo de Centroamérica, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes. Para lograr este objetivo resolvieron constituir entre ellos un Mercado Común y una Unión Aduanera, estableciendo previamente una zona de libre comercio y un arancel uniforme de acuerdo con los términos del Convenio que sobre equiparación de gravámenes a la importación habían suscrito anteriormente. Además se aprobaron mecanismos de diverso orden, se crearon los órganos de dirección y

administración del Mercado Común, y se resolvió la forma de solucionar sus diferencias.

Al Consejo Ejecutivo le corresponde “asegurar el cumplimiento de los compromisos establecidos” por los asociados, así como resolver los problemas que se susciten con motivo de la aplicación del referido Tratado y a la Secretaría Ejecutiva, le toca velar por la correcta aplicación de sus disposiciones.

En forma complementaria, los países centroamericanos tienen previsto resolver de común acuerdo “las diferencias que surgieren sobre la integración o aplicación” de las disposiciones de su Tratado con la intervención del Consejo Ejecutivo o del Consejo Económico Centroamericano. Sin embargo, para el caso de que no se logre una solución mediante las negociaciones directas, está previsto que las controversias sean resueltas mediante arbitraje de un Tribunal integrado por los respectivos países con Magistrados de las Cortes Supremas de Justicia escogidos de listas previamente elaboradas. Los fallos de este Tribunal, así constituido, causan efectos de cosa juzgada en todo lo relativo a la interpretación o aplicación del Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

Así mismo, varios países latinoamericanos, entre los cuales se incluyen los miembros del Acuerdo de Cartagena y del Mercado Común del Sur junto con Chile y México, decidieron aunar sus voluntades para crear también un “Mercado Común Latinoamericano” en forma gradual y progresiva iniciando esta acción con el establecimiento de una Zona de Libre Comercio, eliminando los gravámenes y restricciones al comercio recíproco y decidiendo armonizar los regímenes de importación y exportación y el tratamiento a los capitales, bienes y servicios con el fin de acelerar el proceso de desarrollo económico de América Latina y asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos.

Esta Asociación formalizada por el Tratado que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio ALALC (1960), sustituido ahora por el Tratado de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI (1980), acordó, además, un Protocolo especial destinado a regular el procedimiento para la Solución de las Controversias que pudieren suscitarse debido a la aplicación del Tratado de Montevideo, sus Protocolos, Resoluciones y Decisiones. Este protocolo especial al que antecedió el “Mecanismo provisional” aprobado por la Resolución 165 de la ALALC, fue adoptado temporalmente por el Grupo Andino hasta la aprobación del Tratado constitutivo de su Tribunal de Justicia, según el cual, el Protocolo de la ALALC debía regir únicamente para casos especiales, considerados como tales las controversias que se presenten entre alguno de los países andinos con otro país suscriptor del Tratado de Montevideo.

El Protocolo para la solución de controversias de la ALALC señala los procedimientos tradicionales para resolver las diferencias entre los Estados partes. Autoriza las negociaciones directas entre los países dándole carácter obligatorio a sus acuerdos; a falta de éstos, prevé la intervención del Consejo Ejecutivo de la Asociación y finalmente, si no hay éxito en la mediación o búsqueda de “avenencia” de las partes, permite acudir a la solución arbitral, la cual puede solicitarse directamente sin necesidad de acudir al Comité Ejecutivo, cuando las partes no cumplan con lo convenido. En las materias que le corresponden a este Tribunal, su jurisdicción es obligatoria y su decisión tiene fuerza de cosa juzgada.

Finalmente, para el caso de que se incumpla con lo dispuesto por el fallo arbitral, a solicitud de la parte interesada, está reservada la intervención de la Conferencia de las Partes Contratantes, órgano superior de la Asociación. De ser así, la Conferencia deberá fijar las medidas que considere indispensable para la ejecución del fallo arbitral y, y por otra parte, los países afectados podrán suspender al país infractor los beneficios que le hubieren otorgado.

El nuevo Tratado de Montevideo (1980) es más amplio en su concepción, considera no sólo la integración de sus países, sino que busca además de colaboración con otros países o grupos de países integrados en América Latina, así como estima conveniente la “cooperación horizontal” con otras áreas de integración y la vinculación con países en desarrollo.

El propósito fundamental del Tratado de Montevideo es el de “asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos” mediante un proceso acelerado de desarrollo económico y social realizado en forma armónica y equilibrada con el objeto de establecer un mercado común latinoamericano como estaba previsto en el Tratado original. Para lograr esta finalidad, así como en los demás esquemas de integración, se establecen varios mecanismos y procedimientos. Cabe resaltar que en esta forma de integración –la más amplia de nuestra América-, se aprobaron ciertos principios orientadores de su acción para dar cumplimiento al compromiso comunitario: el pluralismo –como dice el Tratado- “sustentado en la voluntad de los países miembros para su integración”; la convergencia que tendrá su aplicación en las negociaciones y acuerdos entre países; la flexibilidad que permitiría llegar a la anunciada concertación; los tratamientos diferentes según el grado de desarrollo de las respectivas economías; y finalmente, lo que el Tratado considera principio “múltiple” acordado para que los países puedan convenir, fácilmente, en distintas formas de concertación dentro de los objetivos y funciones del proceso de integración.

En cuanto a la Solución de Controversias dentro de la hoy Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y antes Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), hemos mencionado ya la norma reguladora, contenida en el Protocolo para la solución de controversias, aprobado por las mismas partes contratantes del Tratado de Montevideo.

Luego, en orden a precisar los objetivos de los distintos acuerdos de integración establecidos por la norma rectora de cada proceso veamos, como en el caso de la Asociación Latinoamericana, las dos posiciones del Grupo Andino constituido ahora por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. La primera determinada en el Acuerdo de Integración Subregional (1969) y la segunda, en el Acuerdo de Cartagena codificado con el Protocolo de Quito (1988).

Teniendo como meta final la de “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”, el Grupo Andino se constituyó con el objetivo de promover el desarrollo “equilibrado y armónico” de los países miembros, de facilitar su crecimiento mediante la integración, posibilitar su participación en el proceso convenido mediante el Tratado de Montevideo, y procurar condiciones propicias para la conversión de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en el Mercado Común Latinoamericano que se había propuesto. El Acuerdo de Integración subregional, denominado Acuerdo de Cartagena o “Pacto Andino” como fácilmente se puede identificarlo, desde su constitución hasta antes de los cambios introducidos por el Tratado del Tribunal y el Protocolo de Quito, mantuvo uniformidad de propósitos con la ALALC y condicionamientos a ella para su vigencia. El Acuerdo Subregional, como se sabe, requería la declaratoria de “compatibilidad” por parte de la Asociación para poder ser firmado independientemente de su Tratado, además de que, para la negociación y suscripción, debía seguir el mismo procedimiento regulado por el Derecho Internacional, sea que se llame Tratado, Protocolo o Acuerdo.

El vigente Acuerdo de Cartagena, reitera la finalidad de alcanzar un cambio en el nivel de vida de sus habitantes, mejorándolo en la Subregión en su conjunto. Señala los mismo objetivos de desarrollo equilibrado y armónico y además, precisa que éste debe realizarse “en condiciones de equidad” por medio de la integración, y de la cooperación económica y social que significa un compromiso colectivo. En estos términos se amplía el propósito inicial del Acuerdo

de Cartagena y, por otra parte, se modifica el plan original de procurar la conversión de la “ALALC en un Mercado Común”, resolviendo la participación del Grupo Andino en el proceso de integración regional, para formar gradualmente el mercado común latinoamericano, al cual se refería al Acuerdo del 69, aunque sin esta última palabra que lo identifica.

Así mismo, como en los demás Tratados, los mecanismos para lograr estos objetivos han sido previamente establecidos. El Acuerdo de Cartagena quizá el más avanzado –jurídicamente hablando- entre los demás convenios de la “construcción integracionista” latinoamericana, establece una serie de preceptos que le dan a la integración andina un carácter peculiar. Sin embargo, los países suscriptores del Acuerdo de Integración Subregional, no había previsto convenir simultáneamente en la existencia de un órgano jurisdiccional, a pesar de que tuvieron en cuenta las inobservancias y desacuerdos que podían presentarse por la aplicación de la norma comunitaria y más bien establecieron que sea el órgano técnico de su organización, es decir la Junta del Acuerdo de Cartagena, la que se encargue de “velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión” y que ésta, el órgano máximo de la organización, asuma la solución de las controversias que se originen por la interpretación y aplicación de su Acuerdo Constitutivo mediante los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación. Dispusieron además, que las discrepancias entre los países miembros se sujeten a lo establecido en el referido “Protocolo para la Solución de Controversias” del 2 de septiembre de 1967 suscrito por las partes contratantes del Tratado de Montevideo. La mencionada atribución de la Junta, fue ampliada por el Protocolo de Quito añadiéndole la obligación de velar también por el cumplimiento de sus “propias Resoluciones”.

El eventual sometimiento de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena a los procedimientos establecidos por el Protocolo para la Solución de Controversias de la ALALC, luego de la aprobación del

Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y al mismo tiempo lo modifica, sólo podía ocurrir en las controversias que surjan entre uno de ellos con cualquier otro país que pertenezca al Tratado de Montevideo pero que no sea miembro del Grupo Andino. Este procedimiento, en la actualidad y en los términos originales del Acuerdo, estimo que no podría ejecutarse, porque el Artículo 23 del Acuerdo de Cartagena al que se refiere el Tratado del Tribunal (Art. 33) fue sustituido por el Protocolo de Quito disponiendo que “la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico” del Acuerdo de Cartagena se sujeten a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del mismo Acuerdo.

Como hemos visto, sólo en el caso del Grupo Andino se ha convenido en la intervención de un Tribunal judicial al cual, el Acuerdo de Cartagena le atribuye competencia para solucionar las controversias que surjan como consecuencia de la aplicación de su ordenamiento jurídico y el Tratado de su creación le reconoce “capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

Por otra parte, una norma reciente aprobada por la Decisión 301 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena dice que antes del 31 de diciembre de 1991 los “Países Miembros establecerán un mecanismo informal y flexible para la Solución de Controversias con respecto a los incumplimientos que afectan el comercio intrasubregional”, sin perjuicio de lo establecido en el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Como la mencionada disposición se refiere expresamente a los “incumplimientos”, suponemos que la Comisión del Acuerdo quiso anteponer un procedimiento “informal y flexible” de negociación a la acción de incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino instituida por el Tratado del Tribunal, la cual debe iniciarse precisamente con la observación enviada por la Junta del Acuerdo a

los Países Miembros que incurrieren en la falta. En todo caso, no creo que esta disposición haya contribuido a superar los citados incumplimientos.

A propósito de ellos, cabe reiterar lo que hemos manifestado en otras ocasiones: El Tribunal Andino no se ha pronunciado sobre ningún caso de incumplimiento porque los titulares de esta acción no han hecho uso de ella y hasta la fecha no se ha presentado ninguna demanda de incumplimiento ante el Tribunal. En efecto como relato informativo, antes que como opinión crítica, vale mencionar que la Junta del Acuerdo de Cartagena no ha utilizado la facultad que le concede el Tratado para demandar –luego de un procedimiento previo- el incumplimiento de los Países Miembros; tampoco ninguno de ellos, ha demandado la omisión de otro. Para la Junta, a la cual corresponde “Velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones”, es discrecional acudir al Tribunal luego de observado y comprobado el incumplimiento. Los Países Miembros, en cambio, deben solicitar a la Junta que ésta inicie el trámite administrativo que corresponde a la inobservancia denunciada y sólo después de que ella no hubiere emitido dictamen dentro del plazo legal o éste no fuere de incumplimiento, o la Junta no acudiere al Tribunal cuando su dictamen motivado establece que hay incumplimiento, puede acudir directamente al Tribunal.

Ha sido tan reiterada la omisión y tan elevado el número de incumplimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena compuesto por el propio Acuerdo, el Tratado del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, que últimamente se ha producido una corriente reformativa del Tratado del Tribunal, mediante la cual se propugna la intervención de los particulares como titulares de esta acción en su condición de miembros de la comunidad andina organizada con reglas, instituciones y procedimientos debidamente convenidos. Como hemos mencionado en otras ocasiones, la primera propuesta

modificatoria fue presentada a los países del Acuerdo de Cartagena por el mismo Tribunal de Justicia en 1986. También últimamente, el Tribunal preparó un nuevo proyecto de reformas y, tanto éste como otras proposiciones fueron objeto de un estudio inicial por parte de los plenipotenciarios.

De otro lado, entre los instrumentos que propician la integración de América Latina, figura el Tratado de Asunción, el más reciente de los documentos integracionistas, mediante el cual se creó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Este Tratado advierte la conveniencia de acelerar “los procesos de desarrollo económico con justicia social” y considera que la ampliación de los mercados nacionales debe realizarse a través de la integración y ésta, mediante la utilización de los recursos disponibles, el empleo de medidas especiales, la coordinación de políticas macroeconómicas y la “complementación de los diferentes sectores de la economía, a base de los principios de gradualmente, flexibilidad y equilibrio”. También reconoce la conveniencia “de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes” poniendo énfasis en el desarrollo científico y tecnológico y en la modernización de sus economías.

El Tratado de Asunción define en forma precisa lo que para los Estados partes debe ser un Mercado Común. Anota que éste significa la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos; la adopción de un arancel externo y una política comercial común frente a terceros; la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales de los países miembros y la armonización de sus respectivas legislaciones. Esta asociación, en los términos del Tratado, está basada en “la reciprocidad de derechos y obligaciones” entre los Estados partes.

En cuanto sus divergencias, estos Estados, se comprometieron a adoptar un “Sistema de Solución de Controversias” de carácter provisional hasta el 31 de diciembre de 1994.

En este proceso, como en los otros acuerdos de integración, las controversias se relacionan directa y exclusivamente con la “aplicación del Tratado” sin invadir los campos propios del Derecho Internacional o del Derecho Interno de cada uno de los países asociados. El citado procedimiento contenido en el Anexo III del Tratado de Asunción comprende tres etapas: la primera se refiere a las negociaciones directas; la segunda, a la resolución de las diferencias por medio del Grupo Mercado Común, órgano ejecutivo del MERCOSUR, en el caso de que fracasen las negociaciones directas; y, la tercera, a la intervención del Consejo del Mercado Común en su condición del órgano superior, cuando haya sido imposible resolver la diferencia mediante la intervención del órgano ejecutivo.

Por otra parte, al suscribirse el Tratado de Asunción se convino en la adopción posterior de un sistema de Solución de Controversias para el período de transición, lo cual se ha cumplido mediante el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991.

A este documento también de carácter provisional le deberá reemplazar un nuevo Protocolo que, con la misma finalidad –y de cumplirse en el plazo previsto- deberá firmarse a finales de 1994.

El Protocolo de Brasilia, además de cumplir con el propósito de ser un instrumento regulador de las controversias entre los Estados partes, sancionó varias disposiciones que constituyen importantes modificaciones al Tratado de Asunción. En la misma oportunidad, mediante “Decisión” obligatoria para sus miembros se aprobó el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común y en éste se estableció que debe pronunciarse mediante “Resoluciones”. De este modo a los mandatos de los órganos de la integración del

MERCOSUR y del Grupo Andino, les corresponde la misma denominación. Así el Consejo del Mercado Común y la Comisión del Acuerdo de Cartagena se expresan mediante “Decisiones”, y el Grupo Mercado Común y la Junta del Acuerdo de Cartagena, se pronuncian por medio de “Resoluciones”. Tanto las unas como las otras son normas obligatorias que forman parte del derecho derivado de su respectiva organización.

Cuando entre en vigencia el Protocolo de Brasilia, el MERCOSUR tendrá un segundo y también transitorio sistema de solución de controversias, cuya vigencia terminará el 31 de diciembre de 1994, fecha en la cual se espera tener el tercer instrumento que constituirá el “Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común”. Sin embargo, en el caso de que no se cumpliera oportunamente con esta previsión, continuaría en vigencia el Protocolo de Brasilia, hasta que lo sustituya el instrumento que se acuerde como sistema permanente.

Las controversias que puedan producirse dentro del MERCOSUR deben estar limitadas al Tratado de Asunción, a los Acuerdos celebrados en el marco del mismo Tratado, a las Decisiones del Consejo y a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y deben referirse especialmente a la aplicación o incumplimiento de estas normas y a la interpretación de las mismas.

A propósito, adviértase que en el Grupo Andino, el ordenamiento jurídico está taxativamente descrito por el Tratado del Tribunal, forman parte de él, el Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos Modificatorios, el Tratado del Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. En el MERCOSUR se observa la misma orientación jurídica cuando se establece en el citado Protocolo, que el ordenamiento jurídico está constituido por el Tratado de Asunción, los Acuerdos suscritos de conformidad con sus preceptos, las Decisiones del Consejo y las Resoluciones del Grupo Mercado Común. En resumen el ordenamiento jurídico que le

corresponde a cada una de estas organizaciones, está conformado por las normas fundacionales y por las normas derivadas; es decir, por los Tratados de creación y aquellas que fueren expedidas por los órganos comunitarios a los cuales se les haya concedido capacidad legislativa o atribuciones normativas.

El Protocolo de Brasilia, con mayor detalle que el Anexo III del Tratado de Asunción, regula el procedimiento para la Solución de Controversias también en tres etapas, que se distinguen por la forma y los plazos que les corresponde.

La primera, según se desprende de la norma reguladora, consiste en las “negociaciones directas” que deben quedar concluidas en un plazo máximo de 15 días, período durante el cual –lo mismo que en las demás etapas- las partes pueden contar con la asistencia de la Secretaría Administrativa cuya labor debe entenderse como una acción orientadora que realiza en función de los intereses comunitarios.

La segunda etapa de este procedimiento está condicionada al hecho de que las negociaciones directas no den resultado favorable y total, en cuyo caso debe intervenir el Grupo Mercado Común a petición de cualquiera de las partes en disputa. Un procedimiento especial está previsto para esta etapa: este Grupo, luego de considerar la situación planteada, debe escuchar las opiniones de las partes y adicionalmente solicitar el asesoramiento de expertos, si lo considera necesario. Toda esta modalidad debe ser ejecutada dentro de treinta días y concluir con la aprobación de las medidas que el Grupo, mediante “recomendaciones” considere necesarias para solucionar el diferendo.

Por último, la tercera etapa puede tener lugar cuando el correspondiente país no hubiere acatado las “recomendaciones” del Grupo Mercado Común con las cuales se debía finalizar la controversia. En este supuesto, cualquiera de las partes involucradas

en el conflicto pueden acudir al procedimiento arbitral, en cuyo caso se debe constituir un Tribunal integrado por tres árbitros (juristas) de los cuales el tercero debe ser nacional de un estado distinto de aquellos que se encuentren en controversia. La decisión del Tribunal arbitral del MERCOSUR puede ser dada en derecho o “ex aequo et bono” si de ese modo le solicitaren las partes (Art. 19). El plazo para que este Tribunal arbitral expida el correspondiente laudo sobre la desavenencia que se discute es de 60 días prorrogables por 30 días adicionales.

Los fallos de los Tribunales arbitrales del MERCOSUR al igual que las sentencias del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, deben ser suscritos por todos los árbitros o magistrados, del respectivo Tribunal, inclusive por aquellos que no estuvieren de acuerdo con el criterio de la mayoría. En los dos casos no se admiten opiniones ni votos en disidencia, con lo cual se preserva la confidencialidad de las decisiones de los árbitros y de los magistrados para garantizar su total dependencia.

Vencido el plazo que tiene el Tribunal arbitral para resolver el caso, se concede 15 días para el cumplimiento del laudo, con los cuales, en total, habrían transcurrido 150 días desde la primera etapa del trámite hasta la ejecución del laudo arbitral incluyendo la prórroga del plazo para su expedición. Por su parte –en su análisis comparativo para efecto de las conclusiones-, el procedimiento previsto para la acción de incumplimiento en el Grupo Andino, podría concluir también en un plazo relativamente corto de alrededor de 110 días desde la presentación de la demanda, de los cuales, 5 son para regularizar la demanda, si fuere el caso; 30 para contestarla, 5 para regularizar la contestación, si correspondiere, 30 aproximadamente para la prueba; 1 o más días las audiencias públicas; 15 aproximadamente para la presentación de pruebas adicionales si el Tribunal considerare necesario, 15 días para dictar sentencia y un día para la lectura de la misma.

Por otra parte, la legitimación en el MERCOSUR corresponde tanto a los Estados asociados como a las personas naturales o jurídicas. En efecto, el Tratado de Asunción concede a los particulares el derecho a reclamar por el incumplimiento de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico del Mercado Común del Sur: el Tratado de Asunción, los Acuerdos autorizados por el Tratado, las Decisiones del Consejo y las Resoluciones del Grupo. Este incumplimiento por parte de los países del Mercado Común, se produciría mediante la “sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efectos restrictivos, discriminatorios o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común o de las Resoluciones del Grupo Mercado Común”. (Art. 25)

El reclamo de los particulares por el incumplimiento de determinados procedimientos, puede comenzar en la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, que es el organismo integrado por los Miembros titulares y alternos de cada Estado parte acreditados como tales ante el Grupo Mercado Común. El reclamo procede tanto sobre una nueva causa de incumplimiento, como sobre un asunto que se encuentre dentro de las otras etapas del procedimiento. En el primer caso, la Sección Nacional debe expedir su resolución dentro del plazo de 15 días, vencido el cual el particular reclamante puede solicitar el envío de la causa al Grupo Mercado Común, y, en el segundo caso, puede tratar de lograr una solución inmediata o de lo contrario, elevar la causa a conocimiento del Grupo Mercado Común.

Este Grupo debe resolver el reclamo, sea rechazando la solicitud cuando ésta no cumpla los requisitos necesarios o sea convocando a un grupo de expertos para que emitan dictamen al respecto. Si el reclamo se considera procedente, el Grupo Mercado Común, a pedido de un Estado parte -ya no de un particular- puede resolver

que se adopten medidas correctivas o decidir la nulidad de aquellas que se hubieren impugnado.

Si la solicitud del Estado parte no es aceptada por el Grupo Mercado Común, el Estado –no el particular que inició el reclamo– puede acudir directamente al arbitraje que constituye la tercera etapa para la solución de controversias en el MERCOSUR.

La reseña anterior sobre los instrumentos internacionales que dieron origen al Mercado Común Centroamericano, a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, al Acuerdo de Cartagena y al Mercado Común del Sur, dentro del campo de la integración que hemos transitado intelectualmente, nos conduce a concluir que no obstante la diferencia de los términos con los cuales se formalizaron los compromisos y la diversidad de fechas de los acuerdos de asociación, así como los cambios producidos en el transcurso del tiempo y la modificación de sus disposiciones, la finalidad de todos ellos es la misma y su realización está sujeta a reglas previamente establecidas en un ordenamiento jurídico propio. Sus normas desde el momento que se perfeccionan, crean una comunidad de naciones, una comunidad de derecho, con objetivos determinados que buscan el beneficio colectivo ligándolo con el desarrollo económico social.

Esta finalidad común, inherente a todo proceso de integración, como hemos visto, tiene mecanismos diversos para la culminación de sus propósitos, sean de orden comercial, industrial, arancelario, tecnológico o social.

De otro lado, la estructura integracionista llámese técnica, jurídica o administrativa, en los diversos proyectos se dirige, como es obvio, por su norma constitutiva en la cual se ha previsto facultades expresamente definidas para cada uno de los órganos que la integran. Se ha creado órganos superiores con capacidad legislativa, instituciones de carácter técnico, nóminas de árbitros y tribunal comunitario. A cada uno le corresponde determinadas competencias.

Dentro de ellas, está la de velar por la aplicación y cumplimiento de los compromisos pactados, propiciar la conciliación de los intereses entre las partes, solucionar los conflictos que pudieren presentarse e interpretar la norma comunitaria.

En todo caso, los problemas suscitados dentro de los términos señalados anteriormente, quedan finalmente sujetos a la participación de árbitros expresamente designados o a la intervención del Tribunal de Justicia Comunitario.

Ahora bien, como las discrepancias entre los asociados pueden tener origen tanto en la inobservancia de su ordenamiento jurídico, como en la indebida aplicación o interpretación de la norma rectora de la integración, cualquiera que sea el procedimiento para la solución de las controversias o la autoridad que deba resolverlas, estos conflictos son casos especialmente distintos de los que podrían originarse por la aplicación o interpretación de la norma interna de cada uno de los países individualmente considerados, aunque la inobservancia de las disposiciones comunitarias puede ocasionarse también por alguna norma interna contraria al ordenamiento jurídico de la integración.

En consecuencia, el conocimiento, resolución e interpretación de los problemas de orden comunitario correspondiente a los órganos e instancias establecidas por las normas que dieron origen a los procesos de integración, en los cuales la luz del Derecho resulta indispensable para la adecuada utilización de la norma jurídica, para la debida aplicación de sus principios desde la elaboración de los primeros documentos, acuerdos o tratados hasta la ejecución de los mismos y para que el “control de la legalidad” sea entendido con un criterio amplio en el cual prevalezca la finalidad de la norma comunitaria.

Cabe decir que la participación jurídica debe estar presente desde la creación de la norma constitutiva y la aprobación de las disposiciones, hasta la aplicación y cumplimiento de todas ellas.

En general, quizá por ahora, las acciones judiciales en los procesos de integración, como la nulidad de las normas arbitrariamente aprobadas, el reclamo por el incumplimiento de su propio ordenamiento jurídico y la interpretación uniforme de la norma comunitaria, podrían ser suficientes para continuar fortaleciendo las bases del nuevo Derecho de la Integración, sin perjuicio de pensar en una facultad consultiva que podría sustituir en gran parte, sino en su totalidad, a la acción de nulidad, y de estudiar la posibilidad de establecer otras facultades como las existentes en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o aquellas que se desea incluir en el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. La conveniencia de estas últimas aún no ha sido totalmente determinada, ni definitivamente resuelta, porque frente a ellas está la necesidad de impulsar la debida utilización de los recursos existentes, como el medio más idóneo para garantizar el normal desarrollo del proceso integrador.

La aplicación de este conjunto de acciones, aunque se considere limitado, creo que si puede lograr un eficiente control de la legalidad en el proceso integracionista y la aplicación uniforme de la norma comunitaria, además de contribuir a la elaboración metódica de la jurisprudencia andina en particular y latinoamericana en general. Si esto sucediere, el Tribunal Comunitario del Grupo Andino, así como cualquier otro que se constituyere en los demás esquemas de la integración, habría logrado más, muchísimo más, que al tercer una decena de competencia o centenares de causas que esperen su resolución.

Lo ideal sería tener organizada la justicia comunitaria en todos los procesos de integración. Ideal quizá inalcanzable, pero al menos, una esperanza de nuestra comunidad, un anhelo de los todavía

distantes, y muy distantes beneficiarios, de esta nueva forma de vida de nuestros pueblos, de la integración que fue una esperanza ayer, es una conveniencia hoy y será una realidad mañana. Por cierto, debemos reconocer que dentro de estos procesos, llámese Asociación Latinoamericana de Integración, Mercado Común Centroamericano, Grupo Andino o Mercado Común del Sur, nos encontramos frente a un derecho en formación, al Derecho de la Integración o Derecho Comunitario, que es al que nos referimos cuando en la Subregión hablamos del Derecho Andino como el conjunto de normas primarias y derivadas que orientan y regulan la integración económica y social de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

En consecuencia, frente a una nueva realidad jurídica, que va adquiriendo un sólido respaldo de la doctrina y la jurisprudencia, debemos dar paso a la plena aplicación de los Tratados de la Integración, cuyas normas fueron aprobadas no para entrar en disputa con las disposiciones internas de los países asociados sino para regular los asuntos expresamente convenidos en ellas. La norma comunitaria, se ha dicho, ni modifica, ni deroga a la norma nacional. Corresponde al propio derecho interno la derogatoria o sustitución de sus preceptos adecuándolos a los dispositivos de la integración, sin perjuicio de aplicar directa y preferentemente la norma comunitaria. No se trata tampoco de formar un tribunal de índole superior a los tribunales nacionales de los países asociados, puesto que el Derecho de la Integración respeta y reconoce la existencia de dos jurisdicciones diferentes, las cuales más bien resultan ser complementarias cuando la norma comunitaria la asigna una competencia determinada a la jurisdicción nacional.

Por último, al reiterar que los referidos procesos de integración – inclusive aquellos que no hemos mencionado en este trabajo- tienen la misma finalidad, utilizan mecanismos similares y afrontan problemas semejantes, consideramos que también en todos ellos se podría establecer un órgano jurisdiccional propio y aplicar

procedimientos semejantes para preservar la legalidad, sancionar el incumplimiento a lo acordado, solucionar las diferencias que se produzcan e interpretar la norma comunitaria.

La importancia de un Tribunal de Justicia en la Integración, fue destacada por los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, cuando aseguraron que la estabilidad de su compromiso y de los derechos y obligaciones que de él emanan “deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

Esta afirmación de la cual se deducen las competencias del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, es perfecta y válidamente aplicable para los otros esquemas de integración, de allí que, no obstante el que inicialmente se ha descartado la creación de un Tribunal jurisdiccional en el MERCOSUR –al menos para la etapa transitoria-, estimo que los procesos de integración de América Latina deben contar con un órgano jurisdiccional que le de vida jurídica a la integración y complete la estructura del proceso. No se trata, hemos dicho, de un ente superior, vigilante o sancionador sino de un contralor de la legalidad comunitaria, de un tribunal con independencia y responsabilidades propias.

Me atrevo a pensar que la experiencia del Tribunal Andino, nombre con el cual se conoce al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, además de servir para propiciar en los países de la subregión andina la mejor utilización de los procedimientos que les ofrece el Tratado podría ser muy útil para analizar la posibilidad y conveniencia de crear Tribunales judiciales similares en cada uno de los actuales esquemas de integración, inclusive, en aquellos que se encuentran en proceso de formación y piensan todavía en soluciones exclusivamente arbitrales.

Sobre esta idea final, avanzo un poco más, pienso que más allá de la creación de órganos jurisdiccionales para el Mercado Común del Sur y el Mercado Común Centroamericano, cuando hayamos logrado la realización del propuesto Mercado Común Latinoamericano y alcancemos a superar las discrepancias que existen sobre los principios del nuevo Derecho de la Integración – como la preeminencia- y aplicación directa de la norma comunitaria-, podríamos recoger el interés que despierta el Tribunal Andino de Justicia y la atención que bien pueden merecer los nuevos Tribunales, para abrir las puertas de la integración a lo que en el futuro sería el Tribunal Latinoamericano de Justicia o Tribunal de Justicia Latinoamericana.

*** II ENCUENTRO DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS
DEL CONO SUR**

Sucre, Bolivia 21 al 25 de septiembre de 1992

EL ACCESO DE LOS PARTICULARES A LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA *

1. INTRODUCCIÓN

Para el desarrollo de este tema, dentro de la frase jurisdicción comunitaria, hemos de introducir una serie de valores que van desde los propios de las atribuciones concedidas a los Jueces sobre determinadas materias y territorios, hasta el conjunto de normas comunes cuya legalidad y correcta aplicación corresponde preservar a los integrantes de esta jurisdicción, tanto en el territorio de cada uno de los países, como en el de la subregión en su conjunto.

A continuación hemos de recorrer las instancias a las cuales pueden acudir los particulares como titulares de acciones judiciales ante los Tribunales comunitarios y ante los Tribunales nacionales, en cuanto, junto a los primeros, han de constituir la jurisdicción comunitaria encargada de velar por el cumplimiento de las normas de la integración y por su aplicación uniforme en el territorio de los países asociados.

Las palabras que anteceden, facilitan nuestro trabajo permitiéndonos explicar el tema en el sentido de que, cuando hablamos del acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria, nos referimos tanto a la facultad que tienen para acudir a los Jueces nacionales según las previsiones de su derecho interno, como a la posibilidad de recurrir a los jueces comunitarios en virtud de lo autorizado por la norma común, de manera particular, por el Tratado que crea el Tribunal de Justicia y regula las acciones judiciales. Al mismo tiempo nos referimos a los jueces de los países y de la comunidad, como miembros de la jurisdicción comunitaria.

2. TRATADOS Y TRIBUNALES DE LA INTEGRACIÓN

En términos generales, el Tratado que formaliza el compromiso de la unión entre varios países, establece los objetivos y propósitos de la integración, crea instituciones, determina su ordenamiento jurídico y otorga facultades a sus organismos para desarrollar y aplicar las normas de los tratados constitutivos de la organización, con la finalidad de hacer posible el cumplimiento de los objetivos comunes, es decir de aquellos propósitos que por el pacto de unidad dejaron de pertenecer individualmente a los asociados, para convertirse en un proyecto conjunto de aspiraciones colectivas.

En este orden de ideas, cada una de las instituciones o grupos de integración, han establecido las obligaciones que corresponden a los órganos o instituciones de la comunidad -formada por los Estados y sus nacionales-, así como los derechos que en la organización les deben ser atendidos.

En el campo estrictamente jurídico, la aplicación y ejecución de los Tratados, en otras palabras, el control de la legalidad en los procesos de integración -que en adelante serán objeto de nuestro comentario-, ha sido atribuido a los Tribunales comunitarios. En Europa, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en el Grupo Andino, al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena o Tribunal Andino de Justicia.

Al Tribunal de Justicia Europeo, en los términos de los Tratados de la Comunidad Europea, le corresponde garantizar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación” de los Tratados. Al Tribunal Andino, en virtud de su Tratado constitutivo, le incumbe “declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”

Dentro de sus atribuciones, pertenece a estos Tribunales la interpretación del Derecho Comunitario con la finalidad de lograr la aplicación uniforme de las normas de la integración en el territorio de los países asociados. Con este propósito, tanto en la Comunidad

Europea como en el Pacto Andino, se ha recurrido al mecanismo de interpretación prejudicial, el cual se ejecuta mediante el ejercicio de la competencia especial atribuida a los jueces nacionales para conocer y aplicar la norma comunitaria en los procesos nacionales contando para ello con la colaboración interpretativa del Tribunal comunitario. Es decir que esta doble tarea judicial -nacional y comunitaria-, constituye un sistema de cooperación entre los indicados jueces, los cuales, por y para esta labor, constituyen la denominada jurisdicción comunitaria.

En este proceso de colaboración destinado a asegurar la uniformidad en la aplicación del derecho común, el juez nacional conserva la autonomía e independencia reconocidas por su respectivo derecho interno puesto que su labor de cooperación jurídica desarrollada en virtud de lo acordado por un convenio internacional o dispuesto por la norma común que lo autoriza, no significa dependencia o subordinación jerárquica frente a los Tribunales encargados de la interpretación y del control de la legalidad en el ámbito comunitario. De igual modo, la participación de uno y otro en un mismo proceso, no quiere decir, en modo alguno, que el juez comunitario deba intervenir en la esfera atribuida al Juez nacional por el derecho interno ni que, por su atribución interpretativa, sea jerárquicamente superior a los jueces de cada uno de los países de la comunidad. No existe ningún orden o grado entre el Juez comunitario y el Juez nacional. Como hemos dicho, las atribuciones de cada uno de ellos, dentro del espacio del Derecho Comunitario o Derecho de la Integración, son complementarias. Su labor de coordinación y cooperación judicial es indispensable para el cumplimiento de una finalidad común.

A estos Tribunales, además de los propios países miembros de la respectiva Comunidad, de las instituciones que constituyen su estructura orgánica, pueden acudir los particulares de sus respectivas naciones, con el objeto de utilizar determinados recursos en las condiciones que previamente han sido establecidas. En la

Comunidad Europea, por ejemplo, los particulares pueden demandar la nulidad de los Reglamentos, Directivas o Decisiones de los órganos de la Comunidad y acudir al Tribunal para reclamar la omisión en que pudieran haber incurrido sus órganos al no haber actuado no obstante existir requerimiento previo. En el Grupo Andino, los particulares pueden acudir al Tribunal de Justicia para demandar la nulidad de las Decisiones de la Comisión o de las Resoluciones de la Junta y pueden denunciar a ella el incumplimiento del orden jurídico comunitario por parte de los Países Miembros.

Complementariamente, por el citado incumplimiento y para demandar la aplicación de las normas comunes, los particulares pueden acudir a los Jueces nacionales y éstos al Tribunal comunitario para que interprete la norma aplicable al caso en discusión.

3. EL TRIBUNAL EUROPEO Y LOS JUECES NACIONALES

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el órgano jurisdiccional de las tres organizaciones que fueron creadas por el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) (París 18 abril de 1951), por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa) (Roma 25 marzo de 1957), y por el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) (Roma 25 de marzo de 1957), cuyas instituciones fueron unificadas y revestidas de atribuciones comunes mediante el Acta Única Europea (Luxemburgo 17 de febrero de 1986 y La Haya 28 de febrero de 1986), la que, además del texto del Tratado, incluye varias declaraciones, entre ellas, una relativa al Tribunal de Justicia por medio de la cual se establece que las atribuciones señaladas en los respectivos Tratados, “se entienden sin perjuicio de las eventuales atribuciones de competencias jurisdiccionales que puedan preverse en el marco de convenios celebrados entre Estados miembros”.

A este órgano jurisdiccional, así constituido, le corresponde controlar la legalidad de los actos comunitarios denominados Reglamentos, Directivas, Recomendaciones y Decisiones generales e individuales. Su pronunciamiento puede referirse a la incompetencia de los órganos, a vicios sustanciales de forma, a violación del Tratado o de cualquier norma jurídica complementaria, o a desviación de poder.

Los recursos ante este Tribunal pueden ser interpuestos por los Estados Miembros, el Consejo o la Comisión que son los órganos principales de las Comunidades, similares a la Comisión y la Junta, respectivamente. Adicionalmente, pueden hacerlo también las personas físicas o jurídicas contra las Decisiones de las cuales sea “destinatarias” y de aquellas que “les afecten directa e individualmente”. La norma dice que: “toda persona física o jurídica puede interponer en las mismas condiciones (que un Estado Miembro, el Consejo o la Comisión de la Comunidad) un recurso contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente”.

En relación con este requisito que debe cumplir la persona demandante para ejercer la titularidad de la acción, o sea la condición de que sea destinataria de una norma o que ésta le afecte directa o individualmente, el Tribunal Europeo, en sentencia, ha dicho, que los “Reglamentos” (en los términos andinos equivaldría a decir las “Decisiones”) por medio de las cuales se establecen derechos antidumping, “no afectan directa e individualmente a los importadores que no están asociados al exportador, sean o no importadores exclusivos .. .”. El Reglamento le afecta, continúa el Tribunal, “... no en razón de ciertas cualidades que le sean particulares o de una situación de hecho que le caracteriza respecto a cualquier otro sujeto, sino en razón tan sólo de su condición objetiva de importador de los productos contemplados. . .” (*Asunto*

C.157/87 Electroimpex contra Consejo de las Comunidades Europeas, Recop. 1990-7, Pág. 1—3021 y sigtes).

En otra sentencia, el Tribunal de Luxemburgo sostiene que: “Una Decisión de la Comisión, ... dirigida a un Estado miembro y autorizándole a excluir el futuro del tratamiento comunitario los plátanos originarios de determinados terceros países y despachados en libre práctica en los demás Estados miembros, ... constituye, para el concepto de importadores de plátanos, una medida de alcance general que se aplica a situaciones objetivamente determinadas y produce efectos jurídicos para categorías de personas contempladas de manera general y abstracta. ... En consecuencia, no afecta individualmente, en el sentido del párrafo 2 del artículo 173 del Tratado, a una empresa importadora de plátanos aunque, antes de la adopción de dicha Decisión, haya manifestado a la Comisión su oposición a toda medida de este orden y aunque haya presentado periódicamente solicitudes de licencias de importación.”... (Asunto 191/88 Co—Frutta SARL contra Comisión de las Comunidades Europeas, Recop. 1989—3, Pág., 793 y sigtes.).

Este artículo 173 es el que establece que toda persona física o jurídica puede interponer un recurso contra las decisiones de las que sea “destinataria” o le “afecten directa e individualmente”. El Tribunal, en sentencia de 8 de marzo de 1972, afirma que “Las condiciones a las que se refiere el artículo 173.2 subordina los recursos de los particulares contra los actos de las instituciones, no se cumplen si una persona física o moral es afectada en razón de su pertenencia a una categoría contemplada abstractamente y en su conjunto y no en su calidad de destinatario de un acto que le concierne directa e individualmente”. (Asunto 42/71, Recop. XVIII—2, pág. 89).

Además del recurso de anulación contra las disposiciones de la Comunidad Europea, toda persona física o jurídica tiene derecho a recurrir en queja al Tribunal de Justicia, cuando una de las instituciones de la Comunidad, la Comisión o el Consejo, en violación

del Tratado de la organización, no se pronuncie sobre un hecho cuya decisión le ha sido solicitada. No hay un registro especial sobre la admisión y trámite de estos recursos, pero se conoce que generalmente han sido desestimados por no reunir las condiciones que le corresponden.

Así mismo, los particulares pueden acudir al Tribunal en los asuntos de responsabilidad no contractual, según la cual si el Tribunal declara que existe responsabilidad, consecuentemente obliga a la Comunidad a la reparación de los perjuicios mediante acciones materiales o actos normativos. Pocos han sido los casos que se insertan en este recurso puesto que para tener derecho a presentar este reclamo, se deben reunir condiciones muy concretas que generalmente no se cumplen.

También los particulares, en su condición de funcionarios de las diversas instituciones de la Comunidad puedan plantear sus reclamaciones ante el Tribunal, “sobre la legalidad de los actos de las instituciones en su calidad de empleador”. Si el Tribunal declarare la nulidad de determinadas decisiones por ser contrarias al Estatuto de Personal o a sus Reglamentos puede reconocer indemnizaciones de carácter económico en favor de los reclamantes. En la actualidad estos asuntos son de la competencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas creado el 24 de octubre de 1988 en funcionamiento desde el 1º de septiembre de 1989. (*Decisión 88/591/CECA, CEE, EURATOM*).

Este Tribunal en el cual los particulares tienen una activa participación que se calcula en alrededor del 30% de las causas, es unánimemente reconocido por los tratadistas, como un Tribunal Supranacional en razón de tener su origen en las normas acordadas para la integración por varios países, que tanto primarias como secundarias, pertenecen al derecho comunitario europeo, y de ejercer las atribuciones en ellas establecidas. Al mismo tiempo, y como consecuencia de lo anterior, por el carácter *sui géneris* de este

órgano jurisdiccional, se advierte que se trata de un Tribunal diferente a los Tribunales nacionales o internacionales constituidos por las normas de su respectiva organización. Estos conceptos, altamente descriptivos, bien pueden atribuirse plenamente al Tribunal Andino de Justicia.

Incluso en la integración Europea, se ha dicho, que este no es un Tribunal internacional de carácter tradicional, porque, al mismo tiempo, tiene que conocer las acciones que se intenten ante su autoridad, sea como si se tratara de un Tribunal constitucional, o de un Tribunal administrativo como el “Conseil d’ Etat” de Francia, o también, como un Tribunal nacional ordinario. Los Tratadistas europeos concluyen que “La creación de órganos supranacionales para la integración económica, ha dado ocasión para el establecimiento de un Tribunal de este tipo”.

Además de las citadas atribuciones, por otras disposiciones de los tratados constitutivos, este Tribunal está autorizado para interpretar con carácter prejudicial, las normas de los Tratados de la Comunidad, y de los Estatutos de sus organismos, cuando en ellos esté prevista la consulta. Dentro de la misma acción, le corresponde pronunciarse sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad.

Esta facultad es ejercida por el Tribunal Europeo, cuando la interpretación de una norma o la declaratoria de validez de un acto, le es solicitada por la jurisdicción nacional de uno de los Estados Miembros, cuando esta considere que la interpretación le resulta necesaria para pronunciar el fallo en la causa propuesta ante su autoridad en relación con estas materias.

El recurso prejudicial, se produce, justamente, por la intervención de los particulares ante los jueces nacionales, quienes en razón de que tanto las normas primarias como las de derecho derivado son de aplicación directa en el territorio de la Comunidad y por tanto,

generadoras de derechos en favor de los nacionales de los mismos Estados Miembros, suelen invocar estos derechos ante los jueces nacionales cuando se trata de defender sus intereses frente a otros particulares o cuando se presentan acciones contra las instituciones nacionales. Por esta razón, es que dentro de la jurisdicción comunitaria de la que venimos hablando, la acción jurídica de cooperación de los tribunales o jueces nacionales, con los Tribunales comunitarios es relevante para la construcción de la comunidad de derecho creada por los Tratados de la integración.

Este recurso, tanto en Europa como en el Grupo Andino, ha sido el de mayor utilización y, por tanto, ha constituido la acción más importante para el Derecho de la Integración y el aporte más significativo para la jurisprudencia comunitaria.

Bien puede decirse entonces, que el acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria, puede producirse tanto ante los jueces nacionales de los Estados partes, como ante el Tribunal de la Comunidad.

El Tribunal de Luxemburgo, relata que desde el primero y a la vez único caso de interpretación conocido en 1961, el número de consultas fue creciendo hasta alcanzar, en 1985, la cifra anual de 139, con los cuales registró a ese año, un total de 1.444 casos de interpretación prejudicial. Estas cifras revelan no solamente el crecimiento de las reclamaciones de los particulares, sino el cumplimiento de la norma comunitaria por parte de las judicaturas nacionales y comunitarias, al poner en funcionamiento lo que hemos llamado “mecanismo de cooperación” para la interpretación prejudicial y la aplicación de la norma comunitaria. A propósito, vale recordar que la presentación de la solicitud de interpretación es facultativa, cuando la sentencia del Juez que eleva la consulta tiene recursos en el derecho interno y, es obligatoria, cuando sucede lo contrario.

Los siguientes casos ilustran el acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria y el funcionamiento de esta cooperación judicial:

La Comunidad expidió la Directiva (equivale a Resolución de la Junta en el caso Andino) 76/768 según la cual los Estados Miembros debían adoptar las medidas necesarias para que la comercialización de cosméticos se realice solamente cuando cumpla con las disposiciones de esta Directiva sobre los envases, recipientes y etiquetas.

Después de firmado el respectivo contrato entre particulares, un comprador se negó a recibir los productos objeto del contrato aduciendo que no cumplían con los requisitos de la Ley nacional que “contiene normas para la adaptación al Derecho Interno de la Directiva de la Comunidad”.

El vendedor, en cambio, inició su acción ante la jurisdicción nacional en demanda del cumplimiento del contrato, alegando que los productos cumplían lo dispuesto por la citada Directiva 76/768 como requisitos para su comercialización.

El Juez nacional encontró que el régimen nacional establecido por una circular del Ministerio de Sanidad resultaba contrario a los preceptos de la Directiva. Basándose en estas consideraciones decidió suspender el procedimiento y llevar la consulta al Tribunal de Justicia, preguntando si la norma nacional, en la parte correspondiente, es compatible con la Directiva de la Comunidad.

El Tribunal expidió su sentencia, aclarando que la Directiva “se opone a que una normativa nacional exija que se indiquen los datos cualitativos y cuantitativos de las sustancias mencionadas en los productos cosméticos a que se refiere la Directiva”. (Asunto C-150/88, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne* contra *Provide SRL*, Recop. 1989-10, págs. 3891 y sigtes.)

En otro caso, el demandante, después de presentar su solicitud ante las autoridades administrativas para la clasificación arancelaria de una obra de arte dentro de la nomenclatura del Arancel Aduanero Común (AAC) y de no haber sido aceptado su reclamo sobre el dictamen de clasificación con el cual no estuvo de acuerdo, acudió a la jurisdicción nacional. El Juez, considerando que la solución del litigio dependía de la interpretación de ciertas partidas del Arancel Aduanero Común por parte del Tribunal de Justicia, solicitó la correspondiente interpretación prejudicial, para lo cual expuso su argumentación y preguntó si el Arancel de Aduanas debe interpretarse en el sentido de que un objeto como el que era materia del procedimiento debía clasificarse como “obra original de estatuaría o de escultura”, como “cuadro similar” o como “cuadro hecho totalmente a mano”.

El Tribunal, concluido el procedimiento, declaró que: “El Arancel Aduanero Común debe interpretarse en el sentido de que un objeto de arte consistente en una plancha de acero recubierta de vidriados de esmalte cocidos policromados constituye un cuadro hecho totalmente a mano correspondiente a la partida 9701 del citado Arancel”. (*Asunto C-231/89 - Krystyna Grnurzynaska-Bscher contra Oberfinanzdirektion Koln, Recop. 1990—10, Pág. 1—4003 y sigtes.*)

Ahora bien, después de lo dicho, cabe aclarar que el relato de esta jurisprudencia, no tiene importancia únicamente por los fundamentos y la materia de que se trata. Nos interesa, especialmente, como un elemento práctico para demostrar en qué consiste el recurso para los particulares y el procedimiento utilizado por las jurisdicciones nacionales, lo cual, de la misma forma que los ejemplos que tomaremos de la jurisprudencia del Tribunal Andino, contribuirán a facilitar notablemente la comprensión del problema, seguramente, en mejor forma que la que resulte de la sola transcripción de la norma o el breve comentario de la misma. El objeto es demostrar con claridad la forma como se puede lograr el

acceso de los particulares ante los Jueces nacionales de los Países Miembros para reclamar sus derechos, y, por petición de ellos, obtener una interpretación prejudicial del Tribunal comunitario.

4. EL TRIBUNAL ANDINO Y LOS JUECES NACIONALES

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, como sabemos, fue creado por un tratado público suscrito el 28 de mayo de 1969 por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela en su condición de Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, el mismo que entró en vigor el 19 de mayo de 1983.

En este Tratado se concede al nuevo Tribunal comunitario la competencia para “declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnadas por algún País Miembro, la Comisión, la Junta o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el artículo 19 de este Tratado.” Estas condiciones se cumplen cuando las citadas normas “les sean aplicables y les causen perjuicio”. Así mismo, el Tribunal es competente para declarar el incumplimiento en que hubiere incurrido cualquier País Miembro de las “obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena” y por último, en virtud del mismo Tratado, le corresponde al Tribunal “interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

Previamente, el mismo Tratado del Tribunal, en el artículo I dijo que el mencionado ordenamiento jurídico “comprende” el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta.

En lo fundamental, los tres recursos o acciones que se pueden intentar ante el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena son similares a los correspondientes del Tribunal Europeo. En una de ellas, como se ve, los particulares, —sean personas naturales o jurídicas— pueden acceder directamente al Tribunal, previo el cumplimiento de los requisitos señalados anteriormente, los cuales son también semejantes a los que exige el Tratado de la Comunidad Europea. En cambio, en la acción por incumplimiento, los particulares tienen derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes.

Efectivamente, al Tribunal andino le corresponde declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena, normas que, a título comparativo, equivalen a los Reglamentos del Consejo y a las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, respectivamente. Institucionalmente, la Comisión del Acuerdo equivale al Consejo de la Comunidad y la Junta del Acuerdo, a la Comisión de la Comunidad.

La acción de nulidad, ante el Tribunal Andino, además de los Países Miembros, de la Comisión y de la Junta, puede ser intentada también por las personas naturales o jurídicas —se entiende de la subregión— cuando las normas impugnadas “les sean aplicables y les causen perjuicio”, lo cual equivale a la condición de que para acudir al Tribunal Europeo es necesario que el acto comunitario “le afecte directa e individualmente” a la persona reclamante o que esta sea “destinataria” del mismo. Por tanto en las dos jurisdicciones, las restricciones son similares. La regulación europea cuando exige a los particulares que sean “destinatarios” de la norma controvertida y que “les afecte directa e individualmente” cuando la decisión de que se trata sea dirigida a otra persona o aparezca como si se tratara de un Reglamento el cual, por su naturaleza, origina el mismo derecho para toda la Comunidad y es directamente aplicable, equivale al precepto andino de que las normas impugnadas sean Decisiones o Resoluciones “les sean aplicables y les causen perjuicio”.

En cuanto a esta condición el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, entre otros conceptos que conviene mencionar con el ánimo de ampliar la explicación y de facilitar la acción de los particulares ante las mencionadas jurisdicciones, ha dicho lo siguiente:

“Cuando los particulares intentan la acción de nulidad consagrada en su favor por el Derecho Andino, surge entonces la necesidad de que, antes que nada, demuestren a cabalidad que tienen interés para actuar, de lo cual ha de depender lógicamente su *legitimatío ad causan*”.

“En relación con el interés jurídico (legitimación para actuar), en el caso concreto de la acción de nulidad en cabeza de los particulares, autorizada en términos claros y precisos por el artículo 19 del Tratado del Tribunal, la norma reglamentaria contenida en el artículo 37—c) del Estatuto establece, en forma imperativa y categórica, que la correspondiente demanda deberá llevar anexa ‘necesariamente’, el ‘ofrecimiento’ de prueba de que la norma le es aplicable y le causa perjuicios a la persona natural o jurídica que la intenta.

“Entiende el Tribunal que el término ‘ofrecer’, en el contexto de esta norma, quiere decir ‘presentar’. En efecto, según los dos primeros significados que propone el Diccionario de la Real Academia Española, ‘ofrecer’, si bien significa prometer, también quiere decir presentar. Para este Tribunal no cabe duda de que la persona natural o jurídica que intenta una acción de nulidad está en la perentoria obligación de demostrar su interés jurídico, del cual depende su legitimación para actuar, PRESENTANDO, anexa a su demanda, la prueba de que la norma que considera nula ‘le es aplicable y le causa perjuicio’. En ausencia de esta comprobación, el Tribunal no estaría autorizado procesalmente para dar inicio al correspondiente proceso.”...

“... Es evidente entonces que el artículo 19 del Tratado del Tribunal se refiere a una ‘aplicabilidad’ en concreto y en cada caso, cuando se cumplen en la realidad o en la práctica los supuestos de hecho o ‘hipótesis fácticas’ contemplados por la norma en cuestión.”...

“Además de la aplicabilidad propiamente dicha de la norma, a la persona natural o jurídica que pretenda ejercitar la acción de nulidad, el artículo 19 del Tratado del Tribunal exige que de tal aplicación se siga un perjuicio. Este ha de ser, en consecuencia, el efecto directo y específico de la aplicación de la norma, y no un perjuicio indeterminado de orden general, por importante que sea.” (Véase Gaceta Oficial N° 112 del 24 de junio de 1992)

En la otra de las acciones judiciales, en la de incumplimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, las personas nacionales o jurídicas de los Países Miembros del Grupo Andino no tienen —todavía— acceso directo al Tribunal como se ha propuesto desde hace algún tiempo con la finalidad -según los autores de la iniciativa— de acelerar los procedimientos y hacer expedita la justicia andina, puesto que la mayor parte de los incumplimientos se refieren a Decisiones de la Comisión que por su índole de normas comunitarias son de aplicación directa y regulan situaciones determinadas como el comercio subregional, cuyo cumplimiento no puede retardarse por más tiempo que el que estrictamente exija su operación.

Sin embargo de lo anterior, en forma explícita podríamos decir que los particulares pueden ejercer el recurso de incumplimiento de los Países del Acuerdo a lo dispuesto por los actos normativos de la comunidad, mediante una acción directa ante el Tribunal de Justicia o un procedimiento indirecto por medio de los jueces nacionales de los Países Miembros del Acuerdo mediante la utilización del mecanismo de interpretación prejudicial.

Efectivamente, este acceso indirecto de los particulares al Tribunal Andino, se produce teniendo en cuenta que, como consecuencia inevitable de la acción de los particulares (art. 27 del Tratado), los jueces nacionales tienen que solicitar al Tribunal Andino la interpretación de la norma común que les correspondería aplicar en la causa promovida en su jurisdicción (art. 29 del Tratado). Con este procedimiento y con la actuación de la jurisdicción comunitaria, resulta garantizada la aplicación uniforme de la norma común en todos los territorios de los países asociados, con iguales efectos para los miembros de la Comunidad.

Si bien la norma del Tratado que autoriza la intervención de los particulares, en la denominada acción de incumplimiento ante los jueces nacionales, inicialmente, puede parecer confusa, por la remisión que ella hace a “los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, en la práctica, no debe resultar incomprensible si convenimos que esta referencia que hace el artículo 27 del Tratado del Tribunal al derecho interno de los países del Acuerdo, se refiere a las modalidades procesales, a los requisitos y formalidades para demandar, por ejemplo, la nulidad o ilegalidad de cierta norma. En otros términos, a la Jurisdicción y competencia de los jueces nacionales según lo dispuesto por la legislación interna de sus respectivos países.

El citado artículo 27, y la norma a la que este se refiere, dicen lo siguiente:

“Art. 27. Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 5 del presente Tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

“Art. 5. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

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

Las anteriores prescripciones del Tratado del Tribunal, junto con los artículos 28 al 31 que aluden a la interpretación prejudicial y que aún resultan ignorados por la mayoría de los mencionados países, han tenido un considerable desarrollo en la jurisdicción nacional de uno de ellos y en el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como en parte se puede advertir en los siguientes casos:

En el primero de ellos, el actor demanda ante el Consejo de Estado de la República de Colombia en acción de nulidad y en única instancia, la cancelación de un certificado de registro de marca. El Consejo, solicita la interpretación de la Decisión 85 de la Comisión por parte del Tribunal de Justicia, precisando los artículos del Régimen de Propiedad Industrial que considera aplicables al caso en cuestión. El Tribunal Andino, consecuentemente, absuelve la consulta formulada y, entre otras conclusiones dice que: “el estado de la técnica a que se refiere el artículo 2 de la Decisión 85, es el conjunto de conocimientos existentes que son aplicables al proceso industrial” y que “la novedad debe ser apreciada por la oficina nacional competente en la fecha de presentación de la solicitud de patente. Hechos anteriores a esa fecha que constituyan divulgación del invento, le hacen perder la novedad”. (Véase Gaceta Oficial N° 50 de 17 de noviembre de 1989, Proceso N° 6-IP-89).

En otra causa, después que el Juez nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo del mismo Consejo de Estado dictó una sentencia mediante la cual rechazó la demanda de nulidad de varios actos administrativos con los cuales se negó una solicitud de patente

de invención, la parte interesada presentó recurso de apelación de esta sentencia y consideró que se aplicó indebidamente el correspondiente artículo de la Decisión 85 de la Comisión. Con estos antecedentes, el Consejo de Estado, remitió la solicitud de interpretación al Tribunal de Justicia y este resolvió, en sentencia, que el producto para el cual se solicitó la patente está comprendido en la excepción a la patentabilidad y que la Decisión 85 debe ser aplicada en las solicitudes de patentes, tanto en los aspectos sustantivos como en los asuntos procesales. (Véase Gaceta Oficial N° 33 de 26 de julio de 1988, Proceso N° 1-IP-88)

Así mismo, otro actor acudió al Consejo de Estado de Colombia y como pretensión principal solicitó la nulidad de un acto administrativo contenido en una Resolución de la Dirección de Propiedad Industrial, aduciendo que mediante la norma, concedió el registro de una marca figurativa idéntica a la que el actor tiene ya registrada para productos de la misma clase, produciendo confusión entre ellas. Como consecuencia de la nulidad pidió el restablecimiento del derecho, mediante la cancelación del correspondiente registro.

Para resolver el caso, el Consejo de Estado solicitó la interpretación prejudicial de los artículos 56, 58 y 76 de la Decisión 85 de la Comisión. El Tribunal al resolver la interpretación, mediante sentencia declaró que “no es válido el registro de una marca que sea confundible con otra ya registrada por un tercero para productos o servicios comprendidos en una misma clase, en los términos del artículo 58, literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”. (Véase Gaceta Oficial Número 70 de 15 de octubre de 1990, Proceso N° 3-IP-90)

En un nuevo caso, el actor solicitó al Juez nacional que declare la nulidad del acto administrativo que establece un impuesto al valor CIF de las importaciones porque considera que contraviene lo dispuesto por el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena. El Juez

nacional solicitó la interpretación de este artículo, y el Tribunal Comunitario resolvió la interpretación declarando que:

“1. La prohibición de “modificar los niveles de gravámenes” consagrada en el Artículo 54 del Acuerdo de Cartagena rige en concordancia con las normas que regulan el Programa de Liberación y en especial con el Artículo 45 *ibídem*. Los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, en consecuencia, pueden aumentar los “gravámenes”, o sea “los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario” (Artículo 42) que incidan sobre las importaciones de productos originarios de la Subregión, cuando tales productos se encuentren exceptuados del Programa de Liberación (Artículo 45 *ibídem*), por estar incluidos en las nóminas de reserva o en las listas de excepciones de los Países Miembros.” (Véase Gaceta Oficial N° 69 de 11 noviembre de 1990, Proceso N° 1-IP-90).

Por último, dentro de la cita de ejemplos que espero resulten ilustrativos, paso a mencionar un caso de inconstitucionalidad presentado ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia y la consulta de ésta, al Tribunal Andino de Justicia:

El actor solicitó a la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones de la Ley 81 de 1989, alegando en su demanda que la potestad legislativa del Estado Colombiano en materia de propiedad industrial “fue transferida totalmente a la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que es el órgano que tiene la capacidad normativa y decisoria de tales asuntos”.

La norma demandada -dice el actor- usurpó la competencia de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ya que “introdujo tres nuevos criterios para la aprobación de los contratos de licencia de marcas con pago de regalías, inmiscuyéndose indebidamente en materias ya reguladas por los artículos 7° de la Decisión 84, 18 y 24 de la Decisión 220”.

Agrega que ante la introducción de “tres (3) requisitos adicionales para la aprobación de contratos de licencia sobre marcas no establecidas en el ordenamiento jurídico del Acuerdo, está violando el principio y base constitucional de la Carta en su artículo 76 numeral 18, parágrafo 2º, que establece que ésta se debe hacer sobre bases de igualdad y reciprocidad”.

En este proceso, la Corte Suprema de Colombia, dice que como la sentencia con la que termina el proceso que se adelanta para decidir sobre la exequibilidad de la norma acusada, no es susceptible de ningún recurso, decide suspender el trámite hasta tanto se obtenga la interpretación prejudicial que solicita al Tribunal comunitario, del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, por medio del cual se dispuso que la Comisión apruebe un régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

El Tribunal Andino, concluyó su sentencia reconociendo que “los contratos de licencia de marca con pago de regalías”, estaban parcialmente regulados por el Derecho comunitario en forma básicamente indicativa, por cuya razón interpretó la norma consultada en el sentido de que “Los Países Miembros, en consecuencia, conservan su competencia para legislar en esta materia, sobre aspectos no regulados por el Derecho de la Integración, “y que la legislación de los países del Acuerdo sobre este tipo de contratos, debe seguir “... todo caso las pautas establecidas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en cuanto a la importación de tecnología, en general, y teniendo en cuenta las normas comunitarias específicas que regulan la materia, .. “. (Véase Gaceta Oficial N° 69 de 11 de octubre de 1990, Proceso N° 2—IP-90)

Los casos descritos, en los cuales se demuestra el acceso de los particulares a la jurisdicción nacional autorizado por el referido artículo 27 del Tratado del Tribunal constituyen un ejemplo para demostrar, como hemos dicho anteriormente, que este recurso ha

sido utilizado y aplicado con éxito solamente en uno de los cinco países del Acuerdo mientras en los cuatro restantes, todavía no se presentan casos similares, no obstante que, como queda en evidencia, su regulación está destinada a facilitar el acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria, conformada como se ha dicho repetidamente, por los Jueces nacionales que tienen la atribución concedida por el Tratado para aplicar la norma comunitaria, y por el Tribunal del Acuerdo que, a su vez, tiene la particularidad de interpretarla.

Efectivamente, en virtud de esta atribución, al denominado Tribunal Andino de Justicia, le corresponde “interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”. Todos sabemos ya que este ordenamiento jurídico comprende el Acuerdo de Cartagena, el Tratado del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta del mismo Acuerdo.

En el curso de esta exposición se advirtió también la existencia del recurso de interpretación prejudicial o reenvío prejudicial en el Tribunal Europeo, por lo cual, al referirnos a la interpretación andina, conviene destacar la diferencia que existe entre los dos recursos. Mientras el Tribunal Andino es competente únicamente para interpretar las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal Europeo, además de la competencia para interpretar el Tratado y los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo de la Comunidad, cuando éstos así lo prevean, tiene atribuciones para pronunciarse “sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad”, en idéntico procedimiento de carácter prejudicial. Esta aclaración, no cambia el objetivo de la exposición, puesto que su única finalidad es la de precisar el contenido de las normas objeto de esta explicación.

Por último, la necesidad de la consulta por parte del Juez nacional para la aplicación de la norma en su jurisdicción, no es una circunstancia que resta el valor e importancia que tiene la acción de incumplimiento ante ellos ni desconoce lo beneficioso que resulta la intervención de las personas naturales o jurídicas ante los jueces nacionales para demandar por el incumplimiento del ordenamiento comunitario. Contrariamente, tratándose de una cooperación judicial, con esta acción, se garantiza la seguridad y el acierto de la justicia comunitaria.

El acceso del particular ante el Juez nacional, no se limita a ejercer la titularidad de la acción en los términos dispuestos por la norma nacional, sino que además, en virtud del precepto comunitario, también puede pedirle que se solicite la interpretación prejudicial al Tribunal Andino. En todo caso el Juez nacional debe elevar la consulta, sea de oficio o a petición del interesado si la considera procedente. Sea lo uno o lo otro debe cumplir con esta formalidad antes de expedir la sentencia. En el caso de la solicitud facultativa puede continuar el trámite de la causa. En cambio, si se trata de una solicitud obligatoria, es decir cuando la causa se tramita en última instancia, el Juez debe suspender el procedimiento hasta recibir la interpretación del Tribunal.

La presentación de la solicitud de interpretación ante el Tribunal Comunitario -igual en la Comunidad Europea y en el Grupo Andino-, constituye, en último término, una obligación de los jueces nacionales que debe ser cumplida discrecionalmente en la oportunidad que ellos estimen adecuada sin perjuicio de la continuación de los actos procesales o probatorios nacionales e independientemente de ellos pero, en todo caso, antes de expedir la correspondiente sentencia. Cabe insistir que esta petición tiene carácter facultativo para el juez nacional, únicamente, cuando su sentencia sea susceptible de recursos en el derecho interno.

También en el caso del Tribunal Andino, como en el Europeo, la experiencia sobre el ejercicio de esta acción de interpretación prejudicial ha sido positiva, cuenta ya con una considerable, original y novedosa jurisprudencia, como original y novedoso es el nuevo Derecho de la Integración.

La primera consulta prejudicial fue presentada y atendida en 1987. (Proceso 1-IP-87) ⁽¹⁾ Desde ese año hasta el presente, se han acumulado algunas decenas de sentencias. La mayoría de ellas contienen la interpretación del Tribunal sobre varias disposiciones del Régimen Común de Propiedad Industrial expedido por la Comisión del Acuerdo para que rigiera con iguales derechos y obligaciones para los cinco Países Miembros del Acuerdo de Cartagena. Inicialmente, la Comisión, en su condición de órgano legislativo de la subregión para todo lo concerniente a los temas de la integración, aprobó la Decisión 85 que luego la sustituyó con la Decisión 311 y posteriormente reemplazó a esta con la Decisión 313 denominada “Régimen Común sobre Propiedad Industrial” y actualmente (17 de junio de 1993) vigente en los cinco países del Grupo Andino.

En los términos expuestos, respaldados por las jurisprudencias europea y andina, hemos procurado explicar, en forma práctica y con ejemplos concretos, los casos en los cuales, las personas naturales o jurídicas pueden acceder a la jurisdicción comunitaria. Las ya mencionadas, son por ahora, las acciones y los procedimientos en los cuales pueden intervenir los particulares de la subregión amparados por el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

En resumen, los particulares pueden acudir directamente al Tribunal Andino en Quito, en acciones de nulidad de la norma comunitaria indebidamente expedida y a los Tribunales o Jueces nacionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, en acción de incumplimiento de cualquiera de los preceptos del Acuerdo de Cartagena, conocido como Pacto Andino, del Tratado que crea el Tribunal de Justicia, de las Decisiones de la Comisión y de las

Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena, acción en la cual debe producirse la interpretación prejudicial del Tribunal Andino.

Para completar este resumen, conviene añadir que las personas naturales o jurídicas también están autorizadas para denunciar el incumplimiento de los Países Miembros ante la Junta del Acuerdo, a fin de que ésta, en conformidad con su regulación y las disposiciones del Tratado del Tribunal, inicie el trámite administrativo previo al procedimiento judicial de la acción de nulidad.

Por último, después de todo lo dicho, con certidumbre, podemos concluir que los particulares, en los términos expuestos, si pueden acceder a la jurisdicción comunitaria. A ellos incumbe, en consecuencia, la utilización de la acción de incumplimiento y el impulso de la acción de la nulidad de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

* **SEMINARIO JUDICIAL**, Caracas, 17 y 18 de junio de 1993
Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y
Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela.

⁽¹⁾ ANEXO N° 2..

LA ACCIÓN JUDICIAL DE LOS PARTICULARES Y LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PACTO ANDINO *

El Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, generalmente conocido como Tribunal Andino de Justicia, por ahora, establece una sola acción directa de los particulares ante el Tribunal y el acceso indirecto de ellos a través de los jueces nacionales.

El primer caso se refiere a la titularidad de los particulares para demandar ante el Tribunal la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta, que son elementos constitutivos del derecho secundario o derivado de la integración andina.

El segundo caso, consiste en la acción que pueden presentar los particulares ante los Jueces nacionales competentes, por el incumplimiento de los Países Miembros del Acuerdo al ordenamiento jurídico del mismo.

Sobre la acción de nulidad de las Decisiones y Resoluciones, dejamos, por el momento, únicamente el enunciado anterior para pasar de inmediato a la mencionada acción por incumplimiento y con ella a la interpretación prejudicial de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

1. ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO ANTE LOS JUECES NACIONALES

En el Acuerdo de Cartagena o “Pacto Andino” como reiteradamente se le denomina, por medio del Tratado de Creación de su Tribunal de Justicia, se configuró su propio e individualizado ordenamiento jurídico tanto con las normas fundacionales o constitucionales del proceso, como con las derivadas o secundarias

originadas por mandato o cesión legislativa de las primeras, esto es, por una parte, con el propio Acuerdo de Cartagena, sus instrumentos adicionales y modificatorios y el Tratado del Tribunal de Justicia del mismo Acuerdo; y por otra, con las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, dos de los cuatro órganos principales del Acuerdo.

Con estos términos explicamos la enumeración que hace el artículo 1º del Tratado del Tribunal de los elementos que conforman el citado ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, cuyo cumplimiento por parte de los Países Miembros, está previsto en el artículo 5º del mismo Tratado Constitutivo, norma esta a la cual se refiere el artículo 27 que regula la acción por incumplimiento que pueden intentar los particulares ante los Jueces nacionales competentes.

Ahora bien, este ordenamiento jurídico, como sólido soporte que es para la construcción integracionista, debe ser preservado y acatado por los Estados, las instituciones y las nacionales involucrados en el proceso de integración, tanto por el compromiso que adquirieron en la constitución del Grupo Andino, garantizado por el principio universalmente reconocido del "*Pacta Sunt Servanda*", como por el carácter preciso y expreso de la norma comunitaria, el cual se destaca con la referencia concreta que hace el Tratado del Tribunal sobre la "aplicabilidad directa" y la "obligatoriedad" de sus disposiciones.

En consecuencia, cualquier trasgresión a este conjunto de normas, a su oportuna y correcta aplicación por parte de cualquiera de los países miembros de la organización comunitaria, deviene ineludiblemente en un acto ilegítimo, indebido y contrario a los principios de la integración, lo cual equivale a decir adverso y opuesto a la finalidad última del Acuerdo de Cartagena, que es la de "procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión", para lo cual, por cierto, deben contribuir en todo el espacio de su respectiva participación, tanto los gobiernos

como los particulares -productores y consumidores- de los países asociados. En otras palabras, deben intervenir el sector público y el sector privado de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, dentro del marco jurídico de sus propias regulaciones.

Por esta razón, la inobservancia o incumplimiento del ordenamiento jurídico al que aludimos, puede ser demandado ante el Tribunal Andino por los Países Miembros y por la Junta y ante los Tribunales nacionales por los particulares de los mismos Países Miembros. Me refiero ahora a esta segunda posibilidad, en la cual, los titulares de la acción son los particulares del Grupo Andino. En esta acción, como parte esencial del proceso, antes de la resolución de los Jueces nacionales se requiere de un complemento jurídico, constituido por la “interpretación prejudicial”, de la cual hablaremos posteriormente, cuya solicitud del Juez nacional al Tribunal Andino, surge como necesaria y obligatoria, para asegurar por este medio la aplicación uniforme de la norma comunitaria en los cinco países del Acuerdo, en cumplimiento de lo previsto por el Tratado del Tribunal y como se requiere para consolidar la integración, puesto que, como dice Leotín Contantinesco “...la unidad del derecho comunitario, tiene que ser asegurada mediante la unidad de interpretación. Esta tiene que evitar que el derecho comunitario tenga significaciones diferentes según la interpretación que puedan darle los distintos Tribunales nacionales” (Dimensión Jurídica de la Integración, INTAL, Buenos Aires, 1973).

1.1. PROCEDIMIENTO DE LA ACCION

Enunciado como queda, el derecho de los particulares para reclamar por el incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino, luego de precisar aún más el alcance de la obligación comunitaria que tienen los Países Miembros, vamos a ver cual es el procedimiento que corresponde según las normas que se encuentran vigentes –desde 1983- para el ejercicio judicial de esta acción ante los Jueces nacionales.

En efecto, siguiendo los términos del Tratado –como hemos dicho en otras ocasiones-, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por igual, tienen una doble obligación que cumplir en defensa del interés de la comunidad reflejado en el ordenamiento jurídico por ellos acordado. Se trata de una obligación de “hacer” y otra de “no hacer”, establecidas en una doble exigencia, la una de “acción” y la otra de “omisión”. Según la primera, los Países Miembros “están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, y de conformidad con la segunda, los mismos países, tienen el compromiso obligante de no “adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”, conforme se encuentra preceptuado por el artículo 5º del Tratado del Tribunal.

Entonces, es la inobservancia de estos preceptos, la que constituye un incumplimiento típico del ordenamiento jurídico andino demandable por los particulares ante los Jueces nacionales del país incumplido y similar al incumplimiento que puede ser acusado ante el Tribunal Andino por los mismos Países Miembros y por la Junta del Acuerdo.

De esta manera, y en uso de este derecho, varios particulares de Colombia -personas naturales y jurídicas-, han demandado, por ejemplo, ante el Consejo de Estado, órgano jurisdiccional de ese país, la nulidad de los actos administrativos que consideraron haber sido expedidos en contravención de la norma comunitaria. Para ilustrar esta afirmación vamos a repetir el siguiente caso enunciado en otra oportunidad y que obviamente podría presentarse también ante los Jueces nacionales competentes de este país o de cualquier otro de los miembros del Acuerdo de Cartagena.

“Así mismo -decíamos entonces-, otro actor acudió al Consejo de Estado de Colombia y como pretensión principal solicitó la nulidad

de un acto administrativo contenido en una Resolución de la Dirección de Propiedad Industrial, aduciendo que mediante esta norma, concedió el registro de una marca figurativa idéntica a la que el actor tiene ya registrada para productos de la misma clase, produciendo confusión entre ellas. Como consecuencia de la nulidad pidió el restablecimiento del derecho, mediante la cancelación del correspondiente registro.

Para resolver el caso, el Consejo de Estado solicitó la interpretación prejudicial de los artículos 56, 58 y 76 de la Decisión 85 de la Comisión. El Tribunal al resolver la interpretación, mediante sentencia declaró que “no es válido el registro de una marca que sea confundible con otra ya registrada por un tercero para productos o servicios comprendidos en una misma clase, en los términos del artículo 58, literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”. (Véase Gaceta Oficial Número 70 de 15 de octubre de 1990, Proceso N° 3-IP-90)

En resumen, simplificando aún más el contenido de las disposiciones que regulan esta acción por incumplimiento que precisamente es la que da lugar a la interpretación prejudicial (artículos 27 y 5 del Tratado del Tribunal y 80 del Estatuto) diremos que el procedimiento de esta acción se inicia mediante la presentación de una demanda ante “los Tribunales nacionales competentes de conformidad con las prescripciones del derecho interno” por parte de un particular cuyos “derechos resulten afectados” por el incumplimiento de las disposiciones del artículo 5° del Tratado del Tribunal, o sea de cualquiera de las dos obligaciones que hemos descrito anteriormente, es decir la de adoptar los mecanismos que sean necesarios para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico o la de abstenerse de aprobar cualquier medida que dificulte la aplicación del citado ordenamiento. Dicho de otra manera y en pocas palabras, la demanda por incumplimiento, que puede ser de nulidad o de “plena jurisdicción” según lo que disponga el derecho interno, debe referirse a cualquier forma o modo

de incumplimiento de lo dispuesto por el tantas veces mencionado ordenamiento jurídico del Acuerdo.

Por otra parte, vale repetir lo que dije ante los Jueces nacionales de Venezuela, que a mi juicio, la remisión que hace el artículo 27 del Tratado a los “Tribunales nacionales competentes de conformidad con las prescripciones del derecho interno”, se refiere a las modalidades procesales, a los requisitos y formalidades para demandar, por ejemplo, la nulidad o ilegalidad de cierta norma. En otros términos, se refiere a la jurisdicción y competencia de los jueces nacionales según lo dispuesto por la legislación interna de sus respectivos países.

Como ejemplo de lo que con mucho éxito se ha practicado en Colombia, en claro entendimiento del mencionado artículo 27 del Tratado del Tribunal, hemos citado una demanda de nulidad de las varias que se han presentado ante el Consejo de Estado de ese País Miembro del Acuerdo, en las cuales se aduce la falta de observancia de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico andino, o sea, en el ordenamiento constituido por el propio Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación de este Tribunal, las Decisiones aprobadas por la Comisión, órgano intergubernamental y legislativo del Acuerdo y por las Resoluciones expedidas por la Junta, órgano técnico subregional.

2. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Iniciada la causa, en la forma que hemos dicho, sin perjuicio de los trámites procesales previstos por la legislación interna, surge la necesidad de cumplir con el requisito procesal que para estos casos, es la interpretación prejudicial del Tribunal, sin la cual no estaría autorizada la aplicación de la norma andina por parte del Juez nacional en la sentencia que le corresponda dictar en este tipo de proceso en virtud de la atribución a él concedida por el Tratado del

Tribunal, la cual resulta ser adicional a las que le correspondan según la respectiva ley de su país.

Efectivamente, “Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, como es el caso de toda acción en la que los particulares demanden el incumplimiento de este ordenamiento ocasionado por un País Miembro, deberán solicitar la interpretación del Tribunal de la norma o normas comunitarias aplicables al caso y suspender el trámite de la causa hasta recibir la interpretación, salvo cuando su sentencia sea susceptible de recursos conforme a las reglas del derecho interno. De esta alternativa, emerge lo que hemos dado en llamar la solicitud facultativa y la solicitud obligatoria de interpretación. Es facultativa para el Juez nacional, como queda dicho, cuando su sentencia puede ser revisada por el superior y es obligatoria, si la sentencia es de única instancia o si se trata del último recurso que puede proponerse contra ella.

Dentro de los procedimientos judiciales, equivale a decir que para el Juez nacional es potestativo solicitar la interpretación del Tribunal cuando se trata de primera instancia y que, por el contrario, para el superior o Juez de única o última instancia es obligatorio presentar la mencionada petición.

En todo caso, me adelanto a precisar que la sentencia de interpretación expedida por el Tribunal, sea que se produzca como consecuencia de una solicitud facultativa o de una petición obligatoria, una vez notificada, es de ineludible cumplimiento por parte de los Jueces nacionales, sin atención a la instancia del proceso.

Así lo dispone el artículo 31 del Tratado cuando dice que: “El Juez que conozca del proceso deberá adoptar la interpretación del Tribunal.

2.1. PARTICULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN

Además de esta previsión, advirtamos también otras particularidades de la interpretación judicial, las cuales son parte ya de la Jurisprudencia de este Tribunal.

Una de ellas es la oportunidad para presentar la petición, sea del particular al Juez nacional o de éste al Tribunal Andino de Justicia. En uno y otro caso la petición puede presentarse en cualquier etapa del proceso, desde la presentación de la demanda hasta el acto previo para dictar sentencia, puesto que no se trata de un procedimiento regulado por la legislación nacional sino de un arbitrio de cooperación judicial creado por la norma comunitaria.

Como ha dicho el Tribunal, la interpretación no constituye prueba ni requiere ser practicada dentro de esta etapa del procedimiento, más bien, sostiene que se trata de un requisito para dictar sentencia. Específicamente -explico-, para el caso de la solicitud obligatoria, porque en el evento de que se presente la solicitud de índole facultativa, el Juez nacional puede continuar con el trámite de la causa sin esperar la interpretación del Tribunal, lo que en cambio le está vedado hacerlo cuando se trata de una solicitud obligatoria.

Otra particularidad de la interpretación es la de que para cada caso, aún cuando se trate de asuntos similares, es indispensable la solicitud del Juez Nacional y la consecuente interpretación del Tribunal.

Además, sin que lo expresado represente un orden de preferencia en las singularidades de la interpretación queremos destacar que esta forma de prejudicialidad, es un caso especial de distribución de competencia entre los jueces que para la aplicación de la norma común, constituyen la jurisdicción comunitaria: los Jueces nacionales y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Efectivamente, al Tribunal Andino de Justicia le corresponde interpretar la norma comunitaria y al Tribunal nacional le

incumbe aplicarla mediante la realización mutua de este procedimiento jurídico de colaboración activa destinado a lograr el cumplimiento de las normas y fines de la integración.

No se trata, entonces, de un conjunto de Jueces que pertenecen a una sola jurisdicción en la que el uno tiene menor o mayor jerarquía que el otro; tampoco es el caso de que exista dependencia alguna entre ellos, sino que, por el contrario, se trata de dos jurisdicciones distintas que, para este caso, debido a la cooperación judicial autorizada por el Tratado del Tribunal, se constituyen en jurisdicción comunitaria.

Por último, vale insistir que la titularidad de esta acción es propia del Juez nacional, a quien privativamente le corresponde elevar la petición al Tribunal Andino, como es obvio, siempre que tenga un proceso en el cual deba aplicar el ordenamiento jurídico andino, como en la acción de un particular por la inobservancia de un País Miembro, a la obligación que tiene de asegurar el cumplimiento de la norma comunitaria y de no dificultar su debida ejecución. Es evidente concluir de lo dicho, que si no hay el reclamo de un particular afectado en sus derechos por el citado incumplimiento, es decir, en general si no existe demanda legítima, no puede producirse la sentencia de interpretación del Tribunal. Todo esto, equivale a reconocer, que la utilización del Tribunal y la actividad judicial de éste órgano principal y jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena, depende, tanto en la interpretación prejudicial como en las acciones de nulidad e incumplimiento, de la intervención oportuna y adecuada de los respectivos titulares de la acción.

Como hemos dicho, en el caso de la interpretación, los titulares son únicamente los Jueces o Tribunales nacionales que conozcan de una causa en la cual deban aplicar alguno de los preceptos del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, varias veces mencionado por su nombre y composición. En cambio, la titularidad, en la acción de nulidad de las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, corresponde a los Países

Miembros, a la Comisión, a la Junta y a los particulares; y la titularidad en la acción de incumplimiento ante el Tribunal, pertenece a los mismos Países Miembros y la Junta del Acuerdo.

Además de las antedichas regulaciones de la interpretación prejudicial, es preciso destacar el carácter exclusivo tanto del Juez que interpreta, como de la norma interpretada. El Tribunal Andino de Justicia es el único autorizado para interpretar la norma comunitaria, es decir el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Asimismo, únicamente las normas en él contenidas son las que están sujetas a su interpretación. En efecto, le está vedado al Tribunal desbordar con su acción el campo ocupado por el ordenamiento jurídico del Acuerdo, pues tiene que limitarse a “precisar el contenido y alcance de las normas” de este ordenamiento. Además, expresamente está prohibido de “interpretar el contenido y alcances del derecho nacional” inclusive, este Tribunal, está impedido de “calificar los hechos materia del proceso nacional para el cual se requiere la interpretación prejudicial.

2.2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN

De otro lado, veamos los requisitos que son indispensables para la solicitud que el Juez nacional debe elevar al Tribunal, sea que la haga por propia iniciativa o por solicitud de cualquiera de las partes, las cuales como es lógico, solo deben limitarse a pedir al Juez nacional que recurra al Tribunal, sin que ello signifique que es el interesado quien tiene que formular las preguntas, pues esta atribución, es privilegio del Juez nacional de igual modo que la interpretar lo es del Tribunal.

Los requisitos de la solicitud de interpretación si bien constan en cuatro literales del artículo 61 del Estatuto, los mencionaremos como seis para hacer todavía más fácil su presentación, debido a que uno de ellos, el “informe sucinto de los hechos”, ha sido frecuentemente omitido en las solicitudes enviadas al Tribunal, el

cual ha debido suplir esta omisión con otras referencias y documentos procesales dejando constancia de la falta y de la conveniencia de cumplir con esta formalidad que, en nuestra enumeración, figura independientemente de la identificación de la causa que es otro de los requisitos de la solicitud.

En el número indicado y en la forma que pretendo sistematizar, los requisitos de la solicitud de interpretación son los siguientes:

- La indicación del nombre que corresponda al Juez o Tribunal nacional;

- La declaración de la instancia que compete al Juez o Tribunal nacional;

- La relación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena que el Juez nacional requiere que sean interpretadas;

- La identificación de la causa para la cual se requiere la interpretación;

- El informe sucinto de los hechos que el Juez solicitante –no las partes en el proceso- considere “relevantes” para la interpretación del Tribunal; y,

- La indicación del lugar, es decir la ciudad y país, incluyendo la dirección en la cual el Juez solicitante deberá ser notificado con las providencia del Tribunal que fueren necesarias para el esclarecimiento de la solicitud o con la correspondiente sentencia de interpretación prejudicial.

2.3. OBLIGATORIEDAD DE LA SENTENCIA DE INTERPRETACIÓN

Después de notificada la sentencia, el Juez nacional que como tal continúa siendo competente conforme al derecho interno

para conocer y resolver la causa aplicando las normas del derecho comunitario, está en la obligación de acoger la interpretación del Tribunal en la sentencia que el corresponda dictar. La discrecionalidad de la solicitud de la que hablamos antes, no puede confundirse con el carácter obligatorio de la sentencia cuya rigurosidad es válida igual para el Juez de primera como para el de última instancia.

3. ACCESO INDIRECTO DE LOS PARTICULARES AL TRIBUNAL ANDINO

En resumen, es por medio del mecanismo de interpretación prejudicial y a través del Juez nacional competente en cualquiera de los cinco Países Miembros del Acuerdo la forma, como los particulares de la subregión pueden acceder indirectamente al Tribunal Andino cuando decidan defender ante el Juez nacional, la vigencia de los derechos originados en la norma comunitaria y desatendidos por el incumplimiento de ella. En cambio, el acceso directo de los particulares al Tribunal Andino, está permitido únicamente en las acciones de nulidad, siempre que la norma impugnada -Decisión o Resolución-, “le sea aplicable y le cause perjuicio”.

4. CONCLUSIONES

Ahora bien, es cierto que cuando se escucha un relato como este -o se lee si fuera el caso- se puede y debe preguntar: ¿en qué medida se ha utilizado la interpretación prejudicial?, ¿qué materias se han consultado?, ¿porqué solamente un país ha acudido al Tribunal?, etc.

Con una breve respuesta a estas inquietudes, sin perjuicio de contestar a otras que pudieran presentarse, concluyo esta exposición diciendo que este mecanismo judicial de la mayor importancia para el derecho de la integración y requisito indispensable para cumplir con la finalidad de la interpretación que es la de asegurar la “aplicación

uniforme en el territorio de los Países Miembros” de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena –hasta la fecha-, ha sido utilizado únicamente por los Tribunales de uno de los cinco países del Acuerdo, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de la República de Colombia; que la materia de mayor consulta -de casi la totalidad de las solicitudes-, ha sido la de Propiedad Industrial, así como el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena y el Régimen de Capitales Extranjeros; y, por último, que el porqué, un solo país ha acudido al Tribunal y no los cuatro restantes: Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela, es algo que para el expositor resulta al menos confuso e inexplicable: ¿Acaso las denuncias o reclamos de incumplimiento no son verdaderas? o, si ellas son veraces, ¿porqué no hay interés en reclamarlas judicialmente?; ¿hay desconocimiento de la norma no obstante tener diez años de vigencia?; ¿no se quiere utilizar estos mecanismos en forma deliberada?; ¿los particulares no consultan con los profesionales del derecho o ellos no absuelven debidamente la inquietud del particular?.

En fin, aunque resulta paradójico, son precisamente éstas y otras preguntas, las que mejor pueden responder a las interrogaciones que prevalecen en varios sectores de la comunidad, tanto sobre la utilización de esta acción de interpretación prejudicial en uno sólo de los Países Miembros, como sobre las contadas acciones de nulidad y la falta total de la acción incumplimiento ante el Tribunal Andino.

En consecuencia, y en resumen, la limitada o ninguna intervención de los titulares de las respectivas acciones sean los particulares, los Países Miembros o los órganos del Acuerdo, en lo que a cada uno de ellos le corresponde, es lo que constituye la razón inequívoca de la poca utilización de los servicios del Tribunal en las acciones judiciales de la interpretación prejudicial.

Quizá este encuentro, así como los demás que ha promovido el Tribunal y aquellos en los cuales ha participado y participa, contribuyan a despejar las dudas y recelos que aún persisten sobre

la necesidad y conveniencia de la jurisdicción comunitaria, cuya eficacia, sin duda, está en relación directa con la actividad que desarrollen los particulares de la subregión, los Países Miembros y los demás órganos de la Integración Andina como legítimos titulares de las acciones previstas por la norma comunitaria y atribuidas a la autoridad del Tribunal concediéndole, como dice el Preámbulo de su Tratado Constitutivo, la “capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

*** SEMINARIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL
ACUERDO DE CARTAGENA.** Quito, 19 de octubre de 1993.

**LA DECISIÓN 344 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE
CARTAGENA
RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL ***

ANTECEDENTES

Los países que en la actualidad (04/1994) conforman el grupo andino: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, cuando iniciaron las conversaciones encaminadas a constituir lo que comúnmente se conoce como el Pacto Andino, como resultado, si se quiere, de la escasa participación de sus miembros en el desarrollo de la integración latinoamericana o del estancamiento casi inicial de la entonces Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), se propusieron diseñar un nuevo esquema de integración, con las bases de lo que sería la nueva construcción integracionista en el espacio subregional.

Se pensó, en la conveniencia de establecer un régimen común que regule las diversas actividades relacionadas con cada uno de los nuevos pilares de la integración.

Entre otros mecanismos, se habló de la programación industrial, del arancel externo común y del régimen común de capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías.

Así el Acuerdo de Integración Subregional denominado Acuerdo de Cartagena incluyó un capítulo que aún se conserva con el mismo título y con varias de sus disposiciones originales. Se trata del Capítulo Tercero que regula la "Armonización de las políticas económicas y coordinación de los planes de desarrollo" en el cual figura el texto original del artículo 27 –de gran significado en cuanto a la realización de la denominada construcción integracionista andina–, mediante el cual se dispuso que "Antes del 31 de diciembre de 1970, la Comisión, a propuesta de la Junta, aprobará y someterá a la consideración de los Países Miembros un régimen común sobre

tratamiento a los capitales extranjeros y entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías".

En efecto, este régimen fue aprobado el 31 de diciembre de 1970, mediante la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que como sabemos fue muy controvertida y sujeta a una serie de modificaciones con las cuales prácticamente se ha cambiado el propósito inicial de sus regulaciones, tanto que no solo la controversia, sino la indispensable aplicación y desarrollo de esta norma al parecer han quedado rezagadas.

En esta Decisión se dispuso que "Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del presente régimen, la Comisión, a propuesta de la Junta, adoptará un reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial que comprenderá, entre otros, los temas que figuran en el Anexo 1º- 2º".

En cumplimiento del citado mandato, los órganos del Acuerdo iniciaron los trabajos para la discusión y elaboración de lo que constituiría el régimen común de propiedad industrial y al cabo de casi cuatro años, la Comisión aprobó la Decisión 85 con la denominación de "Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial (5 de junio de 1974). Esta Decisión tuvo una vigencia relativamente larga, aunque parcial. Rigió –no podríamos decir que se cumplió– en solo tres de los cinco Países Miembros del Acuerdo de Cartagena Colombia, Ecuador y Perú. Fue inicialmente sustituida por la Decisión 311 de la Comisión del Acuerdo (G.O. 96 de 12 de diciembre de 1991).

Lo fundamental, aparte de las diferencias que se pueden encontrar en el texto de las dos Decisiones, es que la Comisión no incluyó en la nueva Decisión, el artículo 86 de la Decisión 85 según el cual correspondía a los Países Miembros la incorporación de la norma comunitaria a su derecho interno, de modo que la vigencia de la Decisión 311 se produjo con su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 12 de diciembre de 1991 de conformidad

con lo dispuesto por el artículo 3º del Tratado del Tribunal que dice: "Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo a menos que las mismas señalen una fecha posterior".

Esta primera Decisión sustitutiva, tuvo realmente una vida jurídica extremadamente corta. Las presiones internas y externas sobre los negociadores gubernamentales, los intereses, si se quiere, de adoptar o configurar una norma comunitaria que por su propia naturaleza debe ser diferente a los intereses estrictamente nacionales o particulares, han conducido a la subregión andina a tener un régimen común, que en principio con el nombre de reglamento, fue incumplido y que hoy con el nombre de régimen común, parece ser inestable.

La segunda Decisión sustitutiva fue la 313. Este nuevo régimen aprobado por la Comisión, también fue "directamente aplicable" en los cinco Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, el 14 de febrero de 1992. A propósito, de esta Decisión –aunque ya se encuentra también sustituida– cabe señalar, que su publicación en otros Diarios, Registros o Gacetas Oficiales distintos de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena –como se argumentaba–, no constituía requisito válido para su vigencia por no estar previsto así en el Derecho Andino. Por tanto, no se podía sostener que su vigencia estaba condicionada a la publicación en el órgano nacional u oficial de cada uno de los países, ni que por ello dejó de ser directamente aplicable. Es más, dentro de las acciones o procesos judiciales nacionales que tengan por objeto reclamar las omisiones al ordenamiento andino o, en general, en las que deba aplicarse las normas del citado ordenamiento, es indispensable solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia. Del Acuerdo de Cartagena, a título prejudicial.

La tercera Decisión sustitutiva vigente desde el 1º de enero de 1994 es la 344 de la Comisión (G.O. 142 de 29 de octubre de 1993). Sin detenernos en el análisis de todas estas Decisiones, en el

presente trabajo, procuraremos hacer una referencia comparativa entre ellas y especialmente entre la primera y la cuarta, es decir entre la Decisión 85 y la Decisión 344 de la Comisión, en lo que resulte pertinente.

En la Decisión inicial denominada Reglamento para la Aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial (Decisión 85), se estableció varias disposiciones sobre los siguientes capítulos: el primero trataba sobre las patentes de invención y comprendía varias secciones sobre los requisitos de patentabilidad, los titulares de la patente, las solicitudes, los trámites de ellas, los derechos conferidos por la patente, las obligaciones del titular, el régimen de licencias, la protección legal y la nulidad de la patente; el capítulo segundo se refería a los dibujos y modelos industriales; el tercero, a las marcas, los requisitos para el registro, el procedimiento, los derechos conferidos por el registro, la cesión y transmisión de los mismos; y por último, el capítulo cuarto incluía las denominadas disposiciones varias. La Decisión vigente (Decisión 344), además de los capítulos anteriores, incluye otro referente a los modelos de utilidad, e incorpora el relativo a los lemas y nombres comerciales.

Por otra parte, anotemos también que mientras la Decisión 85 remitía expresamente a la Legislación interna de los Países Miembros del Acuerdo, únicamente los asuntos no comprendidos en el reglamento de la propiedad industrial (artículo 84), la Decisión 344, además de contener una disposición igual (artículo 144), deja a la regulación del derecho interno –se entiende con normas existentes o por expedirse–, alrededor de 20 asuntos mencionados en diferentes artículos de la Decisión. En fin, una serie de disposiciones que de no ser debidamente aplicadas, bien podrían desvirtuar la esencia del régimen común, para convertirlo, mediante la expedición de normas nacionales si todas ellas fueran diferentes, en cinco regulaciones distintas sobre la misma materia, con requisitos y procedimientos divergentes.

La amplitud de los campos de aplicación que quedan reservados a los ordenamientos nacionales, después quizá de una corta experiencia de su aplicación, debería conducir a un perfeccionamiento del régimen común para darle un contenido realmente colectivo, de aplicación uniforme y en lo posible de un solo contexto normativo.

Ahora bien, la comentada apertura o "flexibilidad" del régimen común de la propiedad industrial en el grupo andino, que puede apuntar hacia un horizonte de estabilidad y cumplimiento en la medida que permite a cada País establecer sus propias regulaciones para determinadas materias, bien puede conducir, al menos en teoría, a considerar que sólo existe conformidad de los Países Miembros para ciertos asuntos de la Propiedad Industrial y no para ella globalmente considerada. No obstante las reiteradas sustituciones de la Decisión inicial, la prevalencia y aplicación en el ámbito subregional de la norma comunitaria, sigue siendo la misma. El hecho de que la vigencia de la Decisión 344 no se produjo automáticamente con su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, sino que ella misma, de conformidad con la excepción contenida en el artículo 3º del Tratado del Tribunal, dispuso que entrará en vigor a partir del 1 de enero de 1994, no varía la naturaleza de la Decisión. El carácter preferente de la norma comunitaria no ha cambiado ni podía cambiar por la forma y contenido de sus nuevas disposiciones, pues el origen de su formación y atribución normativa siguen siendo los mismos. Por esta razón, la afirmación anterior de que no fue necesaria la publicación de la Decisión 313 de la Comisión en los Diarios, Registros o Gacetas Oficiales de los Países Miembros para que ésta entre en vigor, también es aplicable para el nuevo régimen común de propiedad industrial contenido en la Decisión 344 de la Comisión.

El orden de esta explicación siguiendo la pauta de la misma Decisión 344 comprende: las patentes de invención; los modelos de utilidad; los diseños y secretos industriales; las marcas; los lemas

comerciales; las denominaciones de origen y las disposiciones complementarias.

1. PATENTES DE INVENCION

Además de los requisitos que inicialmente exigía la Decisión 85 para tener derecho a la patentabilidad de la invención, como la novedad y la aplicación industrial, la nueva disposición incorpora entre ellos al nivel inventivo, conocido también como altura inventiva. También aclara que la invención puede tratarse de productos o procedimientos, requisito éste que había sido propuesto desde hace mucho tiempo.

La inclusión del nivel o altura inventiva entre los condicionamientos para la patente, coloca a la regulación andina en condiciones similares a las legislaciones correspondientes de otros países, los cuales, siguiendo la doctrina consideran que esta particularidad existe cuando se trata de un invento que se tenga como nuevo no solo frente a lo existente al momento de la solicitud, sino realmente diferente a lo que ya se encuentre en el mercado. Sin duda, para precisar el alcance de este requisito, la Decisión 344 considera que "una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica". Al mismo tiempo, en concordancia con los requisitos para la patentabilidad, esta Decisión establece que una invención "es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios".

Consecuentemente, establecidos y definidos los requisitos de la patentabilidad por la propia Decisión 344, las oficinas nacionales competentes tienen la difícil tarea de verificar el cumplimiento de ellos antes de otorgar la patente, lo cual en algunos casos no será

nada fácil, sobre todo si se trata de profundizar en lo que realmente constituiría la altura inventiva con posibilidades de aplicación en nuestros países para los inventos en ellos producidos. El cumplimiento de la altura inventiva apartándose apenas de la definición andina para incursionar en los campos de la interpretación de los países industrializados, podría causar una serie de inaplicabilidades que resultarían contrarias al anhelo de nuestros países de propender al desarrollo tecnológico en condiciones de igualdad.

1.1. Excepciones a la patentabilidad.- En general no se consideran patentables los casos que de acuerdo con los requisitos mencionados anteriormente no constituyen procedimientos o productos de carácter patentable. La Decisión enumera entre ellos a los descubrimientos, las teorías científicas, las materias de la naturaleza, las obras literarias y artísticas y los métodos terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, entre otros.

Además de señalar a los anteriores como aquellos casos que no constituyen invenciones, la Decisión 344 excluye expresamente de la patentabilidad, las invenciones contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres; las especies y razas animales; las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y las relativas a productos farmacéuticos que figuran en la lista de medicamentos de la Organización Mundial de la Salud. Este nuevo régimen excluye asimismo a "las invenciones que sean evidentemente contrarias a la salud o a la vida de las personas o de los animales; a la preservación de los vegetales; o, a la preservación del medio ambiente".

En la actualidad, entonces, han quedado al margen del Régimen Común vigente, tanto las invenciones extranjeras cuya solicitud se hubiere presentado después de un año de la primera, como los productos que podían excluir de la patentabilidad los mismos Países Miembros conforme autorizaba la Decisión 85, y las invenciones

relativas a los materiales nucleares y fisiónales a los que se refería la Decisión 311.

1.2. Titulares de la Patente.- La nueva Decisión establece que si son varias las personas que realizan una invención en forma independiente, la patente debe concederse a la que primero presentó la solicitud o a la que invocó la prioridad de fecha más antigua. Esta regulación aclara lo dispuesto anteriormente respecto a la invención lograda por varias personas que hubieren realizado un trabajo conjunto, en cuyo caso el derecho de la patente corresponde en común a todos los participantes.

1.3. Solicitudes de Patentes.- Las solicitudes de patentes, según la última Decisión que incluye un nuevo tipo de invenciones, establece en primer lugar los requisitos que debe reunir la solicitud para que se declare su admisibilidad y en segundo lugar, indica los documentos que debe acompañarse a la solicitud para que la oficina nacional competente realice el examen formal de la misma.

Lo nuevo de esta disposición es que cuando se trate de invenciones sobre "materia viva" en las cuales no puede detallarse la descripción, se debe proceder al depósito de esta materia en la institución que para el efecto determine cada uno de los Países Miembros. Se permite dentro de este procedimiento que el peticionario pueda modificar su solicitud siempre que este hecho no signifique una ampliación de la invención o divulgación en ella contenida. Además, antes de la publicación, el peticionario puede solicitar la transformación de su solicitud a otra modalidad de protección industrial para amparar el mismo objeto. También la oficina nacional competente, de oficio, puede sugerir al peticionario el cambio de modalidad de la solicitud presentada dejando a la voluntad del solicitante la decisión sobre esta sugerencia.

Dentro de estas previsiones, se faculta también al peticionario para fraccionar su solicitud en dos o más peticiones, condicionadas a que ninguna de ellas pretenda ampliar la invención o la divulgación

contenidas en la solicitud originalmente presentada. En todo caso, las modificaciones autorizadas deben presentarse antes de la publicación de la solicitud con los requisitos y los documentos que le correspondan.

1.4. Trámite de la Solicitud.- La oficina nacional competente, dentro del plazo de quince días, debe proceder al examen de los requisitos formales de la solicitud y presentar las observaciones correspondientes si éstos no fueren encontrados a cabalidad, para que el peticionario dentro del plazo de treinta días responda a ellas. Si no cumple con esta obligación, la solicitud se considerará abandonada. En todo caso, concluido el examen de forma mencionado anteriormente, procede la publicación dentro del plazo de dieciocho meses contados desde la fecha de presentación de la solicitud o de la prioridad que se hubiere reivindicado. La norma vigente suprimió la facultad que la Decisión 311 concedía al peticionario para solicitar la publicación de la solicitud antes de la finalización del indicado plazo y dispuso que se lo haga de conformidad con la reglamentación que establezca cada País Miembro.

Con posterioridad a la publicación de la solicitud, se, autoriza que quien tenga interés legítimo pueda presentar "observaciones" destinadas a desvirtuar la patentabilidad de la invención. Luego, la oficina nacional competente, con las observaciones o sin ellas, la notificación al peticionario y su respuesta, debe examinar si la solicitud es o no patentable, para lo cual está autorizada a solicitar informes de expertos o de organismos científicos o tecnológicos sobre "novedad, nivel inventivo y aplicación industrial de la invención". Además de esto y de los informes que podría solicitar a las oficinas competentes de los Países Miembros del Acuerdo, ahora se agrega la posibilidad de enviar igual solicitud a las oficinas similares de terceros países. Concluido este procedimiento, si la resolución de la oficina nacional competente es favorable, procede el otorgamiento de la patente solicitada.

1.5. Duración de la Patente.- De conformidad con la Decisión 344, la duración de la patente es de veinte años contados a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud, con lo cual el plazo de duración resulta ser el doble del inicialmente previsto y cinco años superior al contemplado en la precedente Decisión, si no se toma en cuenta el plazo de renovación autorizado en la misma. La Decisión 85 concedía diez años, la 311 y la 313 quince años y ésta última veinte años. En esta reforma, al igual que en otras disposiciones se advierte una armonización con la legislación equivalente de otros países.

1.6. Derechos que confiere la Patente.- Como dice el artículo 34 de la Decisión que comentamos, el alcance de la protección que confiere la patente está determinado por el tenor de las reivindicaciones. Su interpretación se basa en la descripción, dibujos o planos y en el material biológico, si fuera el caso

El titular de la patente tiene el derecho de impedir que sin su consentimiento previo, terceras personas exploten la invención por él patentada, pero este derecho está limitado a los casos que no comprendan productos que se encuentren en el comercio de cualquier otro país, que se los distribuya en ámbito privado y a escala no comercial o que se trate de un uso que no tenga propósito lucrativo sino más bien experimental, académico o científico. Además, estos derechos no pueden hacerse valer contra terceros que obren de buena fe para la utilización de la invención en el ámbito privado.

1.7. Obligaciones del Titular.- Una de las principales obligaciones del titular de la patente es la de proceder a la explotación del invento, puesto que según los estudios realizados antes de la adopción del régimen común en la Subregión Andina, casi la totalidad de las patentes concedidas no habían sido explotadas. Si bien el número de estas patentes habrá disminuido, me atrevo a sostener que aún debe mantenerse en niveles críticos que no cumplen con la finalidad de la

protección solicitada, sino con intereses muy particulares colocados posiblemente dentro de un marco especulativo.

Mientras en la Decisión 85, para el control del uso de la patente, se indicaba lo que se ha de entender por "explotación y utilización permanente y estable de los procedimientos patentados o la elaboración del producto", en la 344 se dispone que para los efectos previstos en esta Decisión "se entenderá por explotación, la producción industrial del producto objeto de la patente" o el uso integral del proceso patentado junto con la distribución y comercialización de los resultados obtenidos. También dice que se entenderá por explotación, la importación junto con la distribución y comercialización del producto patentado, cuando ésta se haga en cantidades suficientes para satisfacer la demanda del mercado.

Esta explotación del producto puede ser hecha no solamente en el País Miembro en el cual fue concedida la patente, sino en cualquiera de los Países Miembros del Acuerdo, directamente o por medio de alguna persona autorizada, en el entendido que, con la ampliación del concepto de explotación transcrito anteriormente, el uso se produciría tanto por la fabricación del producto patentado, como por la importación, distribución y comercialización cuando en este segundo supuesto se satisfaga la demanda del mercado.

Para concluir la referencia anterior cabe señalar que el titular de la patente puede conceder licencia para su explotación. Si lo hace, debe celebrar un contrato escrito y registrarlo en la oficina nacional competente, sin cuya formalidad no tiene ningún efecto frente a terceros. En general, el titular de una patente tiene la obligación de registrar todo contrato de cesión, licencia o de cualquier otra forma de utilización de las patentes por parte de terceros.

La obligación del titular de la patente de proceder a la explotación, debe cumplirse dentro de los tres años siguientes a la

concesión de la misma o de los cuatro años contados a partir de la solicitud y no puede suspenderla por más de un año continuo. Esta nueva disposición incluyó la posibilidad de que el titular pueda escoger un plazo mayor para la explotación, cuando incorporó la alternativa de los cuatro años posteriores a la presentación de la solicitud pues, inicialmente, se contemplaba únicamente el plazo de tres años contados desde la concesión de la patente.

El incumplimiento de estas obligaciones hace, que la oficina nacional competente pueda otorgar una licencia obligatoria para la producción industrial del producto objeto de la patente o para el uso integral del proceso patentado. En consecuencia, esa medida podría considerarse como una sanción al titular. Por cierto, la autorización de la licencia obligatoria debe realizarse, tanto con el cumplimiento de varios requisitos por parte del solicitante, como previa la notificación al titular de la patente y la determinación de la cuantía de las compensaciones de acuerdo con la amplitud de la explotación industrial.

En todo caso, el titular de la patente puede justificar la falta de uso o "inacción", aduciendo las causas que reconozca la legislación interna de cada País Miembro, incluso razones de fuerza mayor o caso fortuito. No obstante lo anterior, en cualquier momento, el Gobierno de un País Miembro, previa declaratoria de interés público, emergencia o seguridad nacional, puede conceder licencias obligatorias sin que éstas prohíban el derecho del titular a seguir explotando la patente.

1 .8. Protección de la Patente.- En la actualidad y a partir de la Decisión 311, el titular de la patente o quien le sustituyere en sus derechos está facultado para iniciar acciones reivindicatorias e indemnizatorias, en los términos establecidos por la legislación nacional del respectivo país miembro. La Decisión 344, además de este derecho, autoriza al titular para demandar daños y perjuicios

contra la persona que sin su consentimiento hubiese explotado el proceso o producto patentado. Cuando se trate de una patente de procedimiento corresponde al demandado probar que el procedimiento por él utilizado para obtener el producto, es distinto de aquel que corresponde a la patente cuya infracción se hubiere reclamado. Incluso se establece la presunción de que todo producto idéntico producido sin el consentimiento del titular de la patente, ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado.

1.9. Nulidad y Caducidad de la Patente.- La nulidad de la patente puede declararse por parte de la autoridad nacional competente en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, cuando ésta haya sido concedida con violación de las normas contenidas en la Decisión 344 o cuando se hubiere otorgado sobre la base de datos falsos o inexactos contenidos en la solicitud de la patente. La nulidad, sea total o parcial, tiene efecto desde la fecha de presentación de la solicitud. En cambio, la caducidad de la patente se produce por falta de pago de las tasas que establezcan las oficinas nacionales competentes, una vez vencido el plazo de seis meses que puede ser concedido para que se cumpla con esta obligación y, obviamente, antes de que se produzca la declaratoria de caducidad.

2. MODELOS DE UTILIDAD

La Decisión 344 incorporó al Régimen Común de la Propiedad Industrial, un capítulo correspondiente a los Modelos de Utilidad. Define a ellos como: "Toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que lo incorpora o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía".

De acuerdo con esta definición, no se consideran como modelos de utilidad las esculturas, las obras de arquitectura; la pintura, grabado o estampado y, en general, cualquier otro objeto de carácter puramente estético. Al mismo tiempo se prohíbe el registro de patente de modelo de utilidad a los procedimientos y materias excluidas de esta protección en las normas relativas a las patentes de invención.

La duración del registro para el modelo de utilidad es de diez años contados a partir de la fecha de la solicitud presentada en el correspondiente País Miembro. En lo demás, los modelos de utilidad se rigen por iguales disposiciones que las establecidas para las patentes de invención a las cuales nos referimos anteriormente.

En consecuencia, siguiendo el tenor de esas disposiciones, los derechos del titular de un modelo de utilidad son exclusivos tanto para su explotación, como para ceder o conceder licencias y para ejercer las acciones que le correspondan en defensa del derecho protegido.

3. DISEÑOS INDUSTRIALES

El Régimen Común define como diseño industrial a "cualquier reunión de líneas o combinación de colores o cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, que se incorpore a un producto industrial o de artesanía para darle una apariencia especial sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto y sirva de patrón para su fabricación". Esta definición tiene relación con lo que inicialmente se había previsto como "dibujos y modelos industriales" en la Decisión 85, en la cual se definía en forma independiente lo que representaba un dibujo y lo que era un modelo industrial y también se exigía el requisito de novedad absoluta para que sea objeto de registro.

En cuanto a la novedad, en la Decisión 344, igual que en la 311 y 313, ha quedado establecido que un diseño industrial no es nuevo si

antes de la solicitud o prioridad ha sido de conocimiento público en cualquier lugar o momento. La norma vigente aclara que el diseño no se considera nuevo, cuando presenta únicamente diferencias secundarias en relación con otros diseños anteriores o cuando se trata de productos diferentes a esas realizaciones.

No pueden ser objeto de registro los diseños industriales que correspondan a indumentaria y, como en todas las modalidades de la Propiedad Industrial, los que sean contrarios a la moral, al orden público o a las buenas costumbres y los que estén comprendidos entre las prohibiciones para el registro de marcas. En este caso, la solicitud de registro debe cumplir con los requisitos señalados en la Decisión: la identificación del peticionario, a la indicación del género de productos y de la clase a la que pertenecen y la presentación de un ejemplar, su representación o fotografía con el correspondiente diseño, sin perjuicio de acatar los requisitos locales o nacionales que establezca la correspondiente legislación del País Miembro.

La solicitud es examinada en la oficina nacional competente, en los aspectos formales, con carácter previo a su publicación. Con posterioridad a ella y dentro de los treinta días hábiles siguientes, quien tenga legítimo interés puede presentar observaciones al registro. La Decisión vigente no dice "oposiciones" como la anterior.

El trámite de estas observaciones debe sujetarse tanto al procedimiento establecido por la Decisión para las patentes de invención, como al que señalen para este caso, las legislaciones nacionales. Si las antedichas observaciones no se hubieren presentado o si de haberlas, no hubieren sido aceptadas por la oficina nacional competente, ésta debe proceder a realizar el examen de la novedad del diseño.

También en el caso de los diseños industriales, puede declararse la nulidad del registro que hubiere sido contrario a las normas que lo regulan, bien sea de oficio o a petición de parte. Es decir, el que haya sido concedido en contra de lo dispuesto por la Decisión o que se

haya otorgado teniendo en cuenta los datos de la solicitud que resultaren ser falsos o inexactos. Esta acción puede ser intentada sin limitación de ninguna clase en cualquier momento en que se descubrieren las causas de la nulidad. Si ésta es declarada, la nulidad surte efecto desde la fecha de presentación de la solicitud de registro, el cual si es debidamente otorgado tiene una duración de ocho años contados desde la misma fecha.

Los derechos del titular del registro incluyen la facultad de excluir a terceros de la explotación del diseño y, en consecuencia, la de actuar contra quien fabrique, importe o comercialice productos que reproduzcan el diseño industrial, sin su autorización. El titular puede transferir el diseño o conceder licencias previo registro del acto en la oficina nacional competente.

Además, en lo que sea pertinente, son aplicables para los diseños industriales, las disposiciones sobre patentes de invención contempladas en la misma Decisión 344.

4. SECRETOS INDUSTRIALES

Las disposiciones relativas a los secretos industriales son nuevas en el régimen de propiedad industrial del grupo andino. Por primera ocasión, en la Decisión vigente de las cuatro que hasta la fecha han estado dirigidas a regular esta materia, se incluye un capítulo destinado a los "Secretos Industriales".

En resumen, estas normas conceden protección contra la revelación, adquisición o uso de un secreto a quien lícitamente tenga el control del mismo. La Decisión sostiene que el secreto se refiere "a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios".

Además de constituir secreto industrial en los términos señalados anteriormente, la información debe constar en documentos, medios

electrónicos o magnéticos y otras formas similares. Contrariamente, no se considera como secreto industrial, "la información que sea de dominio público y la que resulte evidente para un técnico en la materia o la que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial".

La protección del secreto industrial no tiene un plazo determinado y subsiste por el tiempo que existan las condiciones que lo determinaron. El secreto industrial también puede ser transmitido mediante contrato escrito en el cual consten "cláusulas de confidencialidad" con la determinación precisa de aquello que se considere que está dentro de esta protección.

5. DE LAS MARCAS

La Decisión 344 mantiene como concepto de marca el que constaba también en la Decisión sustituida y dice que se entenderá como tal "todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona".

Esta definición extendió el concepto inicial en el cual se consideraba la "visibilidad" en lugar de la "perceptibilidad" que hoy se establece, con lo cual se amplía notablemente el campo de las marcas, pudiendo incorporarse dentro de ellas, por la razón antedicha, a las marcas auditivas.

5.1. Prohibiciones.- No son susceptibles de registrarse como marcas, entre otras, aquellas que consistan en las formas usuales de los productos, que den ventaja funcional o técnica al producto, o que constituyan exclusivamente un signo o indicación sobre la especie, calidad, cantidad, destino, valor, origen, producción o designación común y usual de productos o servicios.

Además, tampoco pueden registrarse las que representen un color aislado sin forma específica, las que puedan engañar al público

consumidor, las reproducciones de denominaciones de origen protegidas, la imitación de nombres, los escudos de armas, la reproducción de monedas o billetes, las que sean contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público y las denominaciones de variedades vegetales protegidas. También, la Decisión indica los signos que en relación con los derechos de terceros no pueden ser registrados, Entre ellos señala a los que sean idénticos a una marca, a un lema comercial y los que constituyan la reproducción de un signo distintivo notoriamente conocido o similar que pueda causar confusión con una marca también notoriamente conocida, sin consideración a la clase de productos o servicios para la cual se solicite el registro. En resumen, aquellos casos que no se consideran registrables y los que expresamente están excluidos del registro, son los mismos que se habían establecido en la Decisión sustituida.

5.2. Registro de la Marca.- El registro de la marca en la oficina nacional competente es el único que confiere "el derecho al uso exclusivo". Para obtenerlo debe presentarse una solicitud para cada clase de productos o servicios con el lleno de los requisitos de identificación, descripción e indicación de la clase a la que pertenece, con los documentos que la Decisión requiere y con el pago de las tasas correspondientes. La falta de cualquiera de ellos, será causa para que la oficina nacional competente declare a la solicitud como no admitida a trámite.

Por otra parte, además de los requisitos señalados por la Decisión, la solicitud deberá cumplir con aquellos que adicionalmente establezcan las legislaciones nacionales. Esta solicitud puede ser modificada tanto por decisión del peticionario del registro como por requerimiento de la oficina nacional competente, pero en ningún caso la modificación puede comprender el cambio del signo ni la ampliación de los productos o servicios para los cuales se solicitó inicialmente el registro.

En forma semejante a los casos descritos anteriormente, corresponde a la oficina nacional competente realizar en primer lugar, el examen de los requisitos formales de la solicitud y notificar al petitioner las omisiones en que hubiere incurrido para que las subsane dentro del plazo de treinta días. La falta de respuesta del solicitante, produce el rechazo de la solicitud por parte de la oficina nacional competente. En cambio, si la petición cumple con los preceptos de la Decisión 344, la oficina nacional puede ordenar su publicación y luego de ella, quien tenga legítimo interés, durante treinta días, puede presentar observaciones al registro de la marca. Sobre este particular, la Decisión 344 incluye un nuevo concepto, según el cual "se entenderá que también tienen legítimo interés para presentar observaciones en los demás Países Miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los Países Miembros".

Las observaciones a la solicitud del registro por parte de quien tenga legítimo interés, deben ser notificadas al petitioner para que éste responda dentro del plazo de treinta días vencido el cual, corresponde a la oficina nacional competente decidir tanto sobre las observaciones, como sobre la concesión o denegación del registro de marca solicitado. Igualmente cuando no se hubieren presentado observaciones la oficina nacional competente debe realizar el examen de registrabilidad y otorgar o no el registro de la marca.

La duración de este registro de marca es de diez años contados a partir de la fecha de su concesión, con derecho a renovaciones por períodos sucesivos también de diez años. La renovación debe ser solicitada dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro o dentro del plazo de gracia también de seis meses posteriores a su vencimiento. Con esta disposición, el nuevo Régimen Común mantiene el aumento de cinco a diez años que se había ampliado a partir de la aprobación de la Decisión 311, con la

ventaja de que "la renovación no exigirá la prueba de uso de la marca y se otorgará de manera automática en los mismos términos del registro de cuyo vencimiento se trata".

5.3. Derechos conferidos por la Marca.- El titular, como hemos dicho, tiene el derecho exclusivo sobre una marca desde el momento de su registro en la oficina nacional competente. Además, la primera solicitud presentada en un País Miembro o en terceros países que conceden trato recíproco da al titular el derecho de prioridad por seis meses, para solicitar el registro de la misma en los otros Países Miembros del Acuerdo.

El titular de una marca, por otra parte, puede ejercer acciones contra cualquier persona que, sin su consentimiento use la marca registrada para productos o servicios idénticos o similares para los cuales fue registrada. Asimismo, puede reclamar la actuación indebida de un tercero cuando ofrezca en venta o importe productos con la marca protegida o cuando utilice por ejemplo un signo idéntico o similar al de la marca registrada para productos o servicios distintos en condiciones que puedan inducir a error o crear confusión en el público consumidor, causar a su titular un daño económico o comercial o producir una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial de la marca registrada. Este titular también tiene derecho para actuar contra cualquier persona que sin haber obtenido su consentimiento importe al país productos que correspondan a una marca igual a la registrada. No obstante, en términos generales y sujeto a las regulaciones precisas de la Decisión 344, los terceros pueden realizar determinados actos siempre que su acción se la "haga de buena fe y no constituya uso a título de marca".

De otro lado, la Decisión 344 incorpora una nueva regulación sobre el caso de que en los diversos países de la subregión andina pudieran existir registros sobre una marca idéntica o similar, a nombre de diferentes titulares, para distinguir los mismos productos o servicios. En este supuesto, prohíbe la comercialización de ellos en el territorio del respectivo País Miembro salvo cuando los titulares de

las marcas suscriban acuerdos de comercialización en los cuales conste el compromiso de evitar la confusión del público consumidor sobre el origen de los productos o servicios, el cual debe figurar con caracteres destacados. Para que estos acuerdos tengan valor deben ser inscritos en las correspondientes oficinas nacionales competentes.

5.4. Cancelación del Registro.- Cuando la marca no fuere utilizada por lo menos en uno de los Países Miembros por su titular o licenciatario, durante los tres años anteriores a la fecha en que se inicie la acción de cancelación, la oficina nacional competente puede cancelar el registro de una marca, a solicitud de parte interesada. Esta cancelación puede solicitarse también como defensa en un procedimiento de infracción, observación o nulidad basado en la marca no usada.

El uso de la marca que inicialmente, en la Decisión 85 estaba sujeto únicamente a la prueba que cada país establezca, en la actualidad se rige a los medios de prueba indicados expresamente por la Decisión 344. Estas son las facturas comerciales, los inventarios de las mercaderías y aquellos que sean permitidos por la legislación del país en el cual se solicite la cancelación del registro.

Asimismo, la Decisión establece que también se puede cancelar el registro de una marca, a petición del titular legítimo, cuando ésta sea idéntica o similar a otra que hubiere sido notoriamente conocida en los términos que consideraba como tal la legislación vigente a la fecha de presentación de la solicitud de registro.

5.5. Nulidad del Registro.- La Decisión 344 dispone que se podrá decretar la nulidad del registro de marca, de oficio o petición de parte, en los siguientes casos: cuando haya sido concedido contraviniendo las disposiciones que le corresponden; cuando los datos o documentos contenidos en la solicitud hubieren sido declarados falsos y cuando el registro haya sido obtenido de mala fe, en los supuestos que así considera la Decisión.

5.6. Caducidad del Registro.- La Decisión 344 establece dos casos de caducidad del registro. El primero, cuando no se solicita la renovación dentro de los seis meses previos al vencimiento del registro o del plazo de gracia también de seis meses, posterior a éste; y el segundo, cuando el titular no cancele las tasas que le correspondan según lo que disponga la legislación nacional del respectivo País Miembro.

5.7. Cesión de la Marca.- El titular de una marca está facultado para ceder el uso de ella o para transferirla mediante documento escrito que deberá registrarse en la oficina nacional competente. Estos contratos no pueden contener cláusulas restrictivas del comercio ni contravenir en general con lo dispuesto sobre la materia por el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros. (Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)

5.8. Lemas Comerciales.- Dentro del capítulo correspondiente a las marcas se encuentra la sección relativa a los lemas comerciales cuya regulación no estaba contemplada por la Decisión 85. A partir de la aprobación de la Decisión 311 hasta la 344 se conserva cinco artículos que contienen las disposiciones comunes para los lemas comerciales. En ellos se define como lema comercial "la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca" y se dispone que el registro de éstos como marcas deberá hacerse de conformidad con lo que dispongan las legislaciones nacionales de los Países Miembros.

En la solicitud de registro de un lema comercial se debe especificar la marca registrada con lo cual se usará el lema objeto de la solicitud. Por tanto se trata de registrar un elemento que se constituiría en complemento de la marca y que, por tanto no podrá contener "alusiones" a productos o marcas similares o "expresiones" que puedan causarles algún perjuicio.

Por último se dispone que la transferencia de un lema comercial para ser autorizada, debe comprender el signo marcario del cual

forma parte, y que ella tendrá vigencia por el tiempo que este signo permanezca en vigor. Por lo demás, se establece que en lo pertinente serán aplicables las disposiciones contenidas en el capítulo de marcas de la misma Decisión.

5.9. Marcas Colectivas.- Igualmente, la Decisión 344 mantiene vigente las disposiciones sobre marcas colectivas en los mismos términos en que fueron aprobadas por la Decisión 311 de la Comisión. Estas regulaciones comienzan por definir a la marca colectiva, como "toda marca que sirve para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios de empresas diferentes que utilizan la marca bajo el control del titular".

El registro de una marca colectiva puede ser solicitado por las asociaciones de productores, fabricantes o prestadores de servicios y por organismos o grupos de personas mediante petición escrita que cumpla tanto con los requisitos señalados por la Decisión 344, como con aquellos que establezca la legislación nacional del correspondiente País Miembro. Entre los primeros figuran la copia de los estatutos, la nómina de los integrantes de la asociación, la indicación de las reglas o procedimientos de control para sus productos o servicios y las condiciones y forma de la marca. Los segundos son aquellos que señale cada País Miembro y que bien pueden ser similares o diferentes entre sí.

En todo caso, "en lo que fuere pertinente" las marcas colectivas y sus reglamentos nacionales, deben regirse por lo contemplado en el capítulo de marcas de la comentada Decisión 344; en cambio, el trámite de la solicitud debe sujetarse a las normas nacionales expedidas con este objeto por el respectivo País Miembro.

6. DENOMINACIONES DE ORIGEN

La nueva Decisión 344 crea un capítulo especial (VII) para las denominaciones de origen. Define a ellas, como "una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región

o de un lugar determinado o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a un área geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluido los factores naturales y humanos". En esencia, la denominación de origen está ligada al área o medio geográfico escogido para la designación.

Estas denominaciones corresponden en uso exclusivo a su titular de acuerdo con la declaración que conceda la oficina nacional competente, de oficio o a petición de parte, la cual para ser considerada tiene que corresponder a quien tenga "interés legítimo", esto es a la persona que se dedique a la extracción, producción o elaboración del producto al que corresponda la denominación. Entre quienes tienen interés legítimo se incluye también a las autoridades de las circunscripciones geográficas a las que se refiere la denominación.

La mencionada declaración de la oficina nacional competente debe basarse en una solicitud en la cual conste entre otros requisitos, el de la indicación del área geográfica y la descripción pormenorizada del producto objeto de la denominación solicitada. A estos requisitos, pueden añadirse los que cada legislación interna establezca con esa condición.

El procedimiento siguiente corresponde a la publicación de la solicitud y a las observaciones. Debe ser igual al establecido para las marcas. Por último, la resolución del organismo nacional competente autorizando o negando la denominación debe expedirse dentro de los quince días posteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

En general, aun cuando se solicite determinada denominación de origen, no puede ser declarada como tal por la autoridad nacional si la petición no está comprendida dentro de la antedicha definición, si puede inducir a error en cuanto a la procedencia o si se trata de

indicaciones genéricas que, para la Decisión, son aquellas que se consideran de esta manera por los conocedores de la materia y por el público consumidor.

La protección de las denominaciones de origen debe darse según el lugar al que ésta se refiera. Si se trata de los Países Miembros del Acuerdo, se hará de conformidad con la Decisión 344 y si tuviere relación con terceros países se procederá según lo que disponga el convenio internacional del cual sea parte el País Miembro o de acuerdo con la reciprocidad que exista sobre esta materia.

En todo caso, para que haya lugar a la citada protección se requiere que estas denominaciones hayan sido previamente declaradas en su país de origen.

7. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

7.1. Fortalecimiento de la Propiedad Industrial.- Entre las disposiciones complementarias, la norma comunitaria vigente, con cierta singularidad faculta a los Países Miembros para legislar internamente o para suscribir acuerdos internacionales con el objeto de "fortalecer los derechos de propiedad industrial". Esta disposición que primeramente en la Decisión 311, con similar autorización señalaba de manera expresa que los nuevos compromisos podrían efectuarse, "siempre que no contravengan las disposiciones" de la Decisión; que luego, en la 313 se refería no solo a fortalecer sino a ampliar "los derechos de propiedad industrial cuando el país crea conveniente"; ahora, en la 344 se dispone que los países informen a la Comisión cuando adopten las medidas autorizadas. Esta información -aun cuando no dice la Decisión-, se entiende que debe servir no solamente para el conocimiento del órgano superior del Acuerdo Andino, sino sobre todo para confirmar que la legislación nacional o los acuerdos internacionales objeto del "fortalecimiento" de esos derechos se encuentren dentro del marco jurídico comunitario de la protección industrial y no contravengan los preceptos comunes incorporados al ordenamiento jurídico del

Acuerdo de Cartagena. En conclusión, aun cuando se haya eliminado la última frase de la Decisión 311 antes citada, subsiste la obligación de los Países Miembros de respetar la Decisión 344 y, en general, todas las normas que conforman el citado ordenamiento jurídico definido por el artículo 1 ° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo.

Asimismo, dentro de la óptica positiva y en conocimiento de algunas de las acciones desarrolladas por los órganos del Acuerdo de Cartagena, debemos considerar que la citada disposición apunta particularmente hacia una correcta inserción y negociación conjunta en el campo del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), lo cual, como es obvio, interesa no solo a los países individualmente considerados sino a la comunidad andina, como un conjunto en proceso de consolidación y perfeccionamiento de sus estructuras integracionistas.

7.2. Asuntos no comprendidos en la Decisión.- Únicamente quedan excluidos de las regulaciones del Régimen Común de Propiedad Industrial de la Decisión 344, los asuntos que no se encuentran comprendidos dentro de ella. En otras palabras, los Países Miembros se comprometieron a someterse a las disposiciones contenidas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena conservando su facultad legislativa, tanto para los asuntos no regulados por la Decisión, como para aquellos que la misma norma remite a las respectivas legislaciones nacionales.

7.3. Oficina y Autoridad Nacional Competente.- Por último, el nuevo régimen común distingue a la oficina nacional competente de las autoridades nacionales competentes para los efectos de la aplicación de la Decisión 344. Dice que la "oficina nacional competente" es el "órgano administrativo encargado del registro de la propiedad industrial" y que la "autoridad nacional competente" es el órgano designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia.

La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena cuyo comentario concluimos, como ya se ha dicho, sustituyó íntegramente a la Decisión 313 aunque conservando muchas de sus disposiciones. Esta hizo lo mismo con la 311 la cual, a su vez, sustituyó a la primera norma reguladora de la propiedad industrial, la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En orden inverso, cabe recordar que la Decisión 85 no fue realmente común por voluntad de los propios países del Acuerdo pues solo tres de ellos la ratificaron y permaneció así durante diecisiete años desde su aprobación; la Decisión 311 vigente desde su publicación rigió fugazmente durante tres meses; la 313 también vigente desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo permaneció en vigor durante veinte meses; y por último, la Decisión 344 cuya aplicación se estableció por la vía excepcional que permite el ordenamiento jurídico andino, se encuentra vigente en los cinco Países Miembros del Acuerdo, desde el 1 ° de enero de 1994.

El cumplimiento, desarrollo, aplicación y perfeccionamiento de esta norma depende de la actitud de todos nosotros teniendo en cuenta que las Decisiones de la Comisión son directamente aplicables en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, de conformidad con la expresa disposición del artículo 3º del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Esta es, entonces, la situación jurídica de la Decisión 344 que hemos comentado.

*** "SEMINARIO SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL",** organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Abril de 1994.

**“EL ACUERDO DE CARTAGENA,
ORÍGENES, ESTRUCTURA: ANÁLISIS CRÍTICO” ***

El tema de esta conferencia fue propuesto por el distinguido magistrado Dr. Edgar Barrientos Cazazola, a quien, junto con los demás organizadores, agradezco la gentil invitación para intervenir en este importante Seminario, y estar presente, una vez más, en la ilustre y hospitalaria ciudad de Sucre, cuyo nombre rememora al Gran Mariscal de Ayacucho que, unido al Libertador Simón Bolívar y a los héroes de nuestra independencia, reciben el homenaje permanente de los países de la Gran Colombia de ayer, del Pacto Andino de hoy, y de la América integrada del mañana.

La oportunidad de esbozar un “análisis crítico” del Acuerdo de Cartagena, de su origen y estructura, me permite recordar la vinculación al nacimiento del Pacto Andino. Hace ya casi tres décadas, con ocasión de la Declaración Presidencial de Bogotá, se constituyó la denominada Comisión Mixta integrada por representantes gubernamentales de los países suscriptores, a la cual le correspondió realizar el estudio de la integración subregional¹. En esta Comisión, con distinguidos compatriotas en representación del Ecuador y con los delegados de los otros países andinos, compartimos el pensamiento y la filosofía de la integración y participamos en varias reuniones en las cuales se expusieron los criterios de cada uno de los representantes, para establecer las reglas básicas y preparar los documentos necesarios para la futura conformación del Grupo Andino, mediante la firma del Acuerdo Subregional.

Los términos con los cuales se consideró la mejor forma de cristalizar los anhelos, de hacer realidad los propósitos comunes de la unidad regional, se reflejaron en el documento constitutivo

denominado “Acuerdo de Integración Subregional”, en cuyas líneas se advertía el esfuerzo que se debía realizar para compartir entre los países asociados, un futuro mejor en lo económico y social. Se tuvo en cuenta, por parte de las diversas delegaciones, todos los elementos indispensables para lograr el desarrollo equilibrado y armónico de nuestra comunidad.

En aquella época, no obstante que había transcurrido varios años desde la suscripción del primer proyecto convenido inicialmente entre siete² países de América latina para establecer una zona de Libre Comercio, la idea de la integración andina necesitaba ir perfeccionándose, particularmente en la forma y condiciones en las que se desarrollaría frente a su proyecto. Para aprobarla, fue preciso obtener de la entonces Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), la declaratoria previa de que el Acuerdo de Integración Subregional era “compatible con el Tratado de Montevideo...”³, declaratoria que se dictó previa la aprobación de otras Resoluciones de la ALALC.⁴

En este Acuerdo, se reguló el propósito de disponer de un Programa de Liberación comercial; del arancel externo común y de la programación industrial conjunta. Se estableció normas para la inversión extranjera contemplando garantías para la mejor participación de las capitales nacionales; se reguló la forma de compartir o recibir en condiciones aceptables la tecnología de los países industrializados. En fin, se confirmó la finalidad que aún sigue vigente de “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”⁵.

Los propósitos descritos y los demás previstos en el Acuerdo, fueron los que se pretendían lograr para los países andinos, mediante el compromiso acordado por los técnicos y sugerido por los teóricos o idealistas de la integración. Estas regulaciones fueron

explicadas a los demás socios de la entonces ALALC, para alcanzar de ellos, un espacio dentro del campo más amplio de su integración, a fin de que subregionalmente se programe vías más rápidas y expeditas y se extienda la participación andina, a un horizonte más amplio que el sólo intercambio comercial.

Mirando ahora los resultados del proceso, apoyados en la experiencia, debemos convenir que las dificultades iniciales para lograr la unidad fomentada por quienes convencidamente creíamos en las bondades de la integración y en la conveniencia y urgencia de la adopción de sus mecanismos, han sido de alguna manera superadas con la aprobación de nuevas medidas y la revisión de la propuesta inicial. Los plazos para la ejecución y el cumplimiento de los diversos mecanismos, fueron revisados. Las clases dirigentes, políticas y empresariales de nuestros países, han superado -o están superando- la demora en comprender y aceptar, en su totalidad, el contenido del compromiso integrador y el verdadero alcance de sus medidas.

Sin embargo, hay que reconocer que mientras los ideólogos creíamos en la solidaridad de nuestras naciones, y en la necesidad de un esfuerzo compartido para lograr el desarrollo equilibrado y armónico de una comunidad organizada, determinados sectores de nuestros países, sugerían que era mejor pensar en términos cuantitativos, con valoraciones interesadas, según el sector al cual representaban. Incluso para no aceptar los cambios que generaban los mecanismos de la integración, se acostumbraba a repetir la eterna frase del “no estamos preparados”.

Lentamente se ha ido reconociendo el alto grado de conveniencia que tiene el fomentar la unión de varios países para producir, y la ventaja de asociarse para negociar. Del individualismo crónico, pasamos al bilateralismo utilitarista, para luego reconocer el

beneficio del multilateralismo de la integración, aunque ahora, amparados en éste, hemos vuelto al bilateralismo que, en determinados casos podría erosionar los fundamentos que sustentan una integración más amplia y más compleja, pero no por ello, imposible de realizarla.

Esta cruda realidad de dificultades, de oposición o incredulidad en las bondades de la asociación, fue más evidente en algunos países. La cultura de la integración, no fue oportunamente estudiada y ni siquiera adecuadamente difundida. La acción de diversos sectores de presión pudo más que el criterio orientador y la decisión de los gobernantes partidarios de la integración.

Para alcanzar la conformidad de los participantes, se estableció dos grupos de países: Colombia, Venezuela y Perú por una parte, y Bolivia y Ecuador por otra. Estos últimos adquirieron una categoría similar de protección, no simplemente por ser países pequeños, sino porque su esfuerzo de participación, dado el grado de desarrollo de sus economías, tenía que ser superior al de los demás países que, al igual que hoy, aunque con menores diferencias, se encontraban en condiciones distintas de producción, inversión y desarrollo. Por esta razón, considerados como países de menor desarrollo económico relativo, recibieron un tratamiento preferencial. Se convino en conceder a Bolivia y Ecuador, un Régimen Especial en las políticas económicas, comerciales e industriales, en el Arancel Externo Común y en la Cooperación Financiera y Asesoría Técnica. Bolivia, además ha sido especialmente distinguida con el compromiso inicial de los países andinos de “buscar soluciones adecuadas que permitan resolver los problemas derivados de la mediterraneidad”, aclarada ésta por el Protocolo de Quito, como “el enclaustramiento geográfico de Bolivia”⁶. A pesar de esa conformidad, en el tránsito por la ruta de la integración, nos encontramos con incontables obstáculos, unos

preparados por los propios participantes del proceso; y otros, como producidos por la naturaleza. Ante ellos, podríamos decir que, en determinada época, observamos cierta indolencia, estuvimos a punto de abandonar esta ruta para continuar por un camino sin retorno. Afortunadamente, se pudo coincidir en la adopción de correctivos y medidas modificatorias. Se ha rectificado todo cuanto ha sido posible, diría que algunos cambios tuvieron la medida de los incumplimientos producidos. En consecuencia, para avanzar, debemos actuar con imaginación y firmeza. Además de adoptar las previsiones técnicas, tenemos que fortalecer el idealismo que dio origen al Grupo Andino, de modo tal, que nos permita seguir con optimismo en el camino de la integración.

La ruta para llegar al objetivo final, puede ser corta o larga. Esto depende de la medida de nuestra participación. De los teóricos, en cuanto podamos presentar un panorama alentador y promisorio; de los técnicos y juristas, en la medida que seamos capaces de demostrar y controlar las bondades del sistema; y de los gobernantes, en tanto su responsabilidad no se vea alterada por factores políticos o coyunturales, extraños a la filosofía y acción de la integración. En general, corresponde a la comunidad andina, trabajar a favor de ella, hacerla, sentirla, sustentar y practicar la solidaridad que requiere el compromiso de unidad que mantienen nuestros países y superar la falta de voluntad que se observó para cumplir con nuestras primeras obligaciones.

Por ejemplo, el compromiso de establecer un Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros -la controvertida Decisión 24-, produjo desacuerdo entre los Países Miembros a pesar de haber sido aprobado internamente por todos ellos; incluso, se dice que Chile por esta disconformidad, entre otras razones, posteriormente prefirió separarse del Acuerdo ⁷. No obstante haber ratificado esta Decisión y adoptado el Estatuto de Inversión

Extranjera expedido, según la versión oficial, para regular la inversión en los sectores de excepción previstos por la Decisión 24 ⁸.

Por otra parte, como complemento de ésta, advino el Régimen Común de Propiedad Industrial -la también conocida Decisión 85- que no fue reconocida por todos los países de la subregión. El compromiso de incorporarlo a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, fue cumplido únicamente por tres de los cinco países del Acuerdo: Colombia, Ecuador y Perú. Bolivia en 1982, adoptó este régimen por escasos meses, lo incorporó mediante Decreto Ley y, posteriormente, lo desconoció derogando la aprobación inicial de la citada norma. Venezuela, en ningún momento efectuó la incorporación de este instrumento, a su ordenamiento interno. Así, en forma irregular y parcial rigió la Decisión 85 hasta el 14 de febrero de 1992, cuando fue sustituida. Desde esa fecha, la condición jurídica es distinta: para la vigencia de las Decisiones sustitutivas no se requirió la incorporación que necesitaba la Decisión 85. Desde la Decisión 311, hasta la vigente 344, este Régimen entró en vigor para los cinco países del Acuerdo, sin necesidad de incorporar expresa en el Derecho interno, en virtud de la obligatoriedad de la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión, prevista por el Tratado del Tribunal.

Así mismo, el tema arancelario que ciertamente fue confuso, tampoco se cumplió en la oportunidad debida. Igual suerte tuvo el proyectado arancel externo mínimo común y el subsecuente arancel externo común. Hoy afortunadamente –aunque de manera parcial e incompleta-, uno y otro ha sido adoptado por los Países Miembros. Ya disponemos del denominado Arancel Externo Común, aunque, en realidad, no tenga la característica de la totalidad que indica su nombre, tanto por las excepciones que se ha contemplado para su aplicación, como por la voluntaria y consentida exclusión temporal de uno de los miembros del Pacto. Por esto se ha dicho, que si bien el Grupo Andino tiene un arancel externo, éste no es común, porque no

obliga a los cinco Países Miembros. Se sostiene que es un arancel para tres y técnicamente para dos, de los cinco países del Acuerdo.

Esta notoria separación de los principales compromisos del Acuerdo, demuestra que se trata de posiciones particulares, contrarias a las obligaciones del Grupo, pues el ordenamiento jurídico andino, no contempla la posibilidad de que un País Miembro se excluya, o le aprueben la exclusión de sus obligaciones, cuando considere que no le conviene adoptar los mecanismos del Acuerdo. Esa figura mediante la cual se trata de cubrir de aparente normalidad, un incumplimiento unilateral, significa para la comunidad andina, la “desintegración de la integración” o el “desacuerdo de Cartagena”.

Observamos, entonces, que mientras comunitariamente resulta difícil encontrar coincidencias en las negociaciones subregionales, con relativa facilidad, o al menos sin que se conozcan las dificultades si es que éstas existen, se negocian compromisos bilaterales que de alguna manera pueden vulnerar el Acuerdo de Cartagena, cuando al hacerlo, resulten desatendidas sus prescripciones. No me explico totalmente la razón para abordar el carro que va por una ruta diferente, cuando primero se debe mejorar la vía de nuestro destino original y rediseñarla, si es necesario, para llegar en su oportunidad a una intersección segura. Si hay razones suficientes para tratar de participar en otros proyectos de integración, incluso si se actúa colectivamente, pienso que debemos definir con sinceridad nuestra participación en el proceso subregional y analizar profundamente el alcance de nuestros compromisos, que son tan importantes y valiosos, como pueden ser las obligaciones que provengan de la integración bilateral entre países o entre grupos de países.

Pareciera ser que al Pacto Andino –porque aún en su mayor edad no se acaba de conocerlo-, se le presentó premeditadamente competencia. Sus socios, unos más que otros,

anuncian con frecuencia su deseo de participar en una nueva experiencia integracionista. Voceros voluntarios, en muchos casos, hablan de la conveniencia de la incorporación de un país andino a otro grupo de integración, incluso, respetables autoridades, llenas de emoción, como del posible conocimiento de las responsabilidades que conllevan la separación de uno y la incorporación en otro, hace iguales pronósticos.

Cierto que –dadas las condiciones de la hora actual- debemos planificar y negociar nuestras relaciones comerciales o de integración con otros países o grupos de países, pero antes nos corresponde consolidar y fortalecer nuestra comunidad. El Grupo Andino, procediendo en conjunto, en forma coherente y debidamente planificada, puede obtener mejores resultados que si cada uno de sus miembros actúa separadamente. Las probabilidades siempre serán mejores si se participa en conjunto, salvo que entendamos de diferente manera los fines de la integración andina.

No pienso siquiera que el legítimo interés por desarrollar nuestras economías, signifique el hecho de que vamos a montar un nuevo escenario colectivo para presentar, con otra melodía, la misma conducta omisa que ha caracterizado muchas de nuestras participaciones en el Grupo Andino. Todo lo contrario, este comportamiento debemos superarlo definitivamente, para poder estar en capacidad de llevar adelante nuestras futuras participaciones, tanto en el mismo Grupo, como en las otras opciones de integración.

No propugno la oposición a intervenir en otros procesos y menos aún, en la constitución de nuevas formas de integración, lo que sostengo con insistencia, es la utilidad de mantener la solidez y fortaleza de la integración andina mediante la auténtica participación de todos sus miembros, con el fin de encontrar la oportunidad propicia para ampliar el Acuerdo, o para fusionarlo con otros grupos de integración, en una suerte de retorno a la integración latinoamericana, al “mercado común latinoamericano” que siempre

ha sido la mira del Grupo Subregional Andino, o con el propósito de compartir la Zona Hemisférica de Libre Comercio que hoy se adelanta.

Cierto que el Grupo Andino, en sus primeros diez años, no logró cumplir con los términos previstos. Los plazos convenidos en el Acuerdo para sus diversos programas, resultaron cortos. En algunos casos, lo propuesto, todavía no ha sido realizado. Para ampliar los plazos de la ejecución de los programas o mecanismos previstos para las diferentes etapas de la integración y para establecer nuevas reglas sobre materias fundamentales, fue preciso que se sucedieran uno y otro protocolo modificadorio ⁹.

Se aprobaron los Protocolos de Lima y Arequipa y, por último, el Protocolo de Quito, con el cual, como he dicho varias ocasiones, se dio origen al nuevo Acuerdo de Cartagena, se formó un compromiso objetivamente elaborado, teniendo en cuenta la realidad de cada uno de los países y la aspiración propia de los asociados. Sobre todo, existió el anhelo de enmendar las escisiones dejadas por los innúmeros y sucesivos incumplimientos, despejando el camino para el pragmatismo integrador, en el cual todos confiábamos, hasta que surgieron los problemas que hoy nuevamente enfrenta la Subregión.

Mientras el Protocolo de Quito, dentro de aquella concepción de propiciar el robustecimiento del Grupo Andino, modificó las disposiciones del Acuerdo, por ejemplo, sobre la programación industrial, creando programas de integración industrial, al propio tiempo, la Comisión en su condición de órgano superior de la integración, rediseñó los originales programas metalmecánica, petroquímico, siderúrgico y automotriz. Este último se presenta ahora como el programa más sólido de la integración industrial debido a los entendimientos alcanzados por los empresarios y a la protección de un arancel de excepción, que tiene el porcentaje más elevado de los que registra el externo común para las producciones

provenientes de terceros países. De esta suerte, el sector automotriz goza de un significativo amparo que le asegura condiciones suficientes para constituirse en uno de los elementos dinámicos del intercambio, que ya se registra entre algunos países. Con la esperanza de que la producción automotriz se extienda a todo el Grupo Andino.

En resumen, las acciones que se han adoptado hasta la fecha con el objeto de dar vitalidad al Acuerdo de Cartagena, si bien han sido positivas, resultan ser todavía insuficientes para adecuar debidamente la estructura comunitaria. De esta manera, todas las medidas, incluso las que se tomen hoy, seguirán quedando cortas ante la necesidad de fortalecernos, cada día más, para afrontar el esquema globalizador de la economía y la liberalización del comercio. Todo esto que resulta novedoso, y las circunstancias propias de la integración, exigen apreciar la necesidad de realizar esfuerzos conjuntos para proponer alternativas que no afecten al normal desarrollo de los programas integradores de la subregión.

En la faceta actual de la integración andina, es más patente la conveniencia de que los países asociados coordinen sus acciones e intereses para actuar comunitariamente. Además, es imperativo aceptar la realidad de los hechos, determinando el grado de participación y cooperación de nuestros países. Consecuente con todo esto, considero que para el Acuerdo de Cartagena, es indispensable en primer lugar, asegurar la colaboración de todos sus asociados para poder llevar a cabo la ejecución de su propia obra común y, en segundo lugar, emprender en forma concentrada en la búsqueda de una posible participación en un nuevo proyecto colectivo.

Las dificultades anotadas en la integración andina, sin duda, no tendrán solución únicamente con la variación del nombre de sus instituciones, si ellas con cualquier denominación, harán o dejarán de hacer lo mismo, mientras la integración subsista en iguales

condiciones; tampoco habrán beneficios evidentes con el simple aumento o disminución de los administradores o ejecutores del sistema, si previamente no se define sus competencias y se revisan las condiciones para su designación, a fin de encontrar la mística, la voluntad y el conocimiento que son indispensables para realizar cualquier tipo de gestión y con mayor razón, para ejercer una acción solidaria, justa, equilibrada y armónica, como es la que debe prevalecer para lograr la integración que todos anhelamos.

Me refiero, en primer lugar, a los dos órganos principales del Acuerdo de Cartagena denominados Comisión y Junta. La primera está integrada –como se sabe- por representantes plenipotenciarios de los Países Miembros, quienes tienen la alta y delicada misión de resolver los temas de índole común dentro del marco del Acuerdo de Cartagena, comprometiendo con su participación al país que representan, a sus autoridades y subordinados. Aunque la intervención de un Plenipotenciario en la Comisión tenga una manifestación negativa, si las dos terceras partes resuelven aprobar determinado asunto que no esté expresamente reservado a la unanimidad de los miembros de la Comisión, esta Decisión es de naturaleza obligatoria.

Desde este punto de vista, tanto para el conjunto de países, como para cualquiera de ellos, daría lo mismo que en la Comisión del Acuerdo, participe como plenipotenciario del respectivo Gobierno, uno u otro Ministro o funcionario del País Miembro, si cualquiera de ellos, en cumplimiento de las instrucciones de su Gobierno, tomarían la misma determinación. En consecuencia, las Decisiones que expide este alto organismo de la integración, con la asistencia de los Ministros de Relaciones Exteriores .por ejemplo-, no pueden ser mejores ni peores que las adoptadas por los Ministros de Industrias, si fueran ellos –como son hoy- los que concurren a las sesiones de la Comisión, si tanto los unos, como los otros, tienen que actuar como representantes Plenipotenciarios del mismo País Miembro.

Además, mientras se mantenga esta forma de la organización de la Comisión que resulta ser típicamente gubernamental –aunque sujeta a la votación mayoritaria de sus miembros, excepto para determinados asuntos-, no puede esperarse otra cosa del órgano superior del Acuerdo, que aquella que quiera el respectivo País Miembro al cual pertenece el representante plenipotenciario. Por esta razón, no llega a nuestro convencimiento la propuesta de enmienda institucional en los términos que se anuncia. Los Ministros de otras áreas: Economía, Finanzas y Planificación, según una Decisión de la misma Comisión del Acuerdo de Cartagena, ya pueden reunirse en Comisión extraordinaria y podrían hacerlo otras autoridades en la misma forma, para “definir acciones sectoriales” de la respectiva área¹⁰.

Otra cosa, distinta por cierto, es que internamente existan diferencias incluso conceptuales sobre determinados temas de la integración, para evitar lo cual hay que preparar a los técnicos en las negociaciones internacionales, así como a los internacionalistas en los asuntos técnicos de la integración.

En cuanto a la Junta del Acuerdo, podemos decir lo mismo. No basta con reducir de tres a uno, o aumentar a cinco el número de sus integrantes, si previamente no se determina su campo de acción y si sus funciones deben ser de índole subregional o sus actividades son simplemente burocráticas. Luego, si puede discutirse el número de personas responsables del cumplimiento de estas acciones y la forma de elección que reconozca la conveniencia de que concurren dos condiciones ineludibles para el ejercicio de esta función: la vocación integracionista y la formación, técnica, profesional y administrativa. Quién o quienes tengan la facultad ejecutiva de la integración, bien pueden ejercer con propiedad la capacidad de propuesta de la Junta, reflexionar sobre los diversos proyectos, así como ejecutar los mandatos de los órganos superiores de la Integración, si tienen en cuenta que se trata de una labor de interés

colectivo, que debe ser ejercida con espíritu supranacional, ajeno totalmente a las presiones o intereses particulares o nacionales.

Entonces, el éxito del Acuerdo de Cartagena no radica en el número de los miembros de la Junta, sino de la capacidad para ejercer las atribuciones que le correspondan. La sola disminución del número de miembros resulta irrelevante, quizá más bien perjudicial si es que este órgano mantiene –como debería hacerlo-, la representación subregional. Esta teoría no concuerda, lo sé, con los criterios de distinguidos funcionarios y expertos, cuya opinión respeto.

En conclusión, la propuesta de reforma institucional del Acuerdo debe ir primeramente a lo fundamental, esto es a la mejor y más precisa determinación de los objetivos de la integración, de la naturaleza, deberes y atribuciones de los órganos encargados de ella, y según esto, secundariamente, a definir su composición.

Además de lo expuesto sobre la Comisión y la Junta, me refiero al Tribunal de Justicia y al Parlamento Andino, los otros dos órganos principales del Acuerdo, absteniéndome de aludir a las demás instituciones que forman parte del conocido Sistema Andino de Integración.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, creado diez años después del Acuerdo¹¹, luego que los Países Miembros reconocieran la evidente necesidad de su presencia, surgió con toda la fuerza de la experiencia acumulada en los primeros años del proceso, durante los cuales se advirtió la falta de utilización o aplicación de los procedimientos tradicionales del derecho internacional para la solución de controversias, así como de la inaplicabilidad de las previsiones del Protocolo de la ALALC¹². Además, al Tribunal le correspondió iniciar sus labores en una época especial –especialísima- en la cual lo mejor para los miembros del Acuerdo, fue no sólo el no acudir al órgano jurisdiccional, sino

apartarse de él con fórmulas esotéricas encarnadas en el “compromiso informal de no reclamarse por la informalidad”. Es decir, de no demandarse el uno al otro por el incumplimiento de las obligaciones asumidas tanto por el Acuerdo de Cartagena, como por las normas derivadas del mismo, en suma, por el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, establecido por el propio Tratado del Tribunal.

Por otra parte, aunque inicial e inadvertidamente se ha dicho que el Tribunal ha intervenido en pocos casos para controlar y garantizar la legalidad de la integración, gradualmente se está reconociendo que el resultado ha sido cualitativamente valioso, y cuantitativamente bueno; o al menos, aceptable. Los pronunciamientos del Tribunal sobre los principios básicos del Derecho Comunitario ¹³, sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros del Acuerdo ¹⁴ y el sinnúmero de sentencias de interpretación sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial ¹⁵, dan fundamento suficiente para reiterar nuestro concepto sobre la necesidad de su fortalecimiento y permanencia como órgano contralor de la legalidad del Grupo Andino. Como dije en otra oportunidad, y en esta misma ilustre y hospitalaria ciudad de Sucre, “cuando hayamos logrado la realización del propuesto Mercado Común Latinoamericano (...) podríamos recoger el interés que despierta el Tribunal Andino de Justicia y la atención que bien pueden merecer los nuevos Tribunales, para abrir las puertas de la integración a lo que en el futuro sería el Tribunal Latinoamericano de Justicia o Tribunal de Justicia Latinoamericana”¹⁶.

Aquel fortalecimiento, no puede darse manteniendo únicamente las actuales competencias del Tribunal, sino dotándole de atribuciones especiales, específicas, propias para la Justicia de la Integración.

Esta justicia que propugno, aún siguiendo los clásicos conceptos de jurisdicción y competencia, los principios del debido proceso, la

seguridad jurídica, la interpretación finalista de la norma, entre otros universalmente válidos, no puede ser confundida con la que corresponde a otros organismos jurisdiccionales. La justicia de la integración, sigue sus propias reglas y procedimientos; por ahora, los establecidos en los Tratados de la Integración y las normas expedidas al amparo de éstos que, sin ser perfectas, han dado debido origen a una acción jurisdiccional de naturaleza comunitaria.

Los conflictos dentro la integración, en general, pueden aparecer entre Gobiernos e instituciones, entre éstos y las personas jurídicas, entre ellas y entre un particular y un País Miembro. En estos casos, y en cualquier otro, la solución del conflicto no puede esperar mucho tiempo, ni puede demorarse con dilatorias de ninguna especie. El asunto tiene que ser resuelto, tan pronto como la inobservancia producida sea denunciada.

Las atribuciones del Tribunal, deben ser ampliadas en los términos sugeridos por el propio organismo y los propuestos por los Países Miembros para las reformas al Tratado constitutivo como en diferentes oportunidades se ha solicitado. Estimo que un avance importante en esta dirección, es el que han realizado los Plenipotenciarios designados para el objeto. Los acuerdos a los que han llegado, precisan el contenido del Tratado e incrementan las facultades del Tribunal.

Entre las modificaciones convenidas, estaría la de ampliar el acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria, autorizando la intervención directa de las personas naturales y jurídicas en varias acciones, como sujetos propios de la integración. Con esta facultad, el particular podría acudir ante la Junta y si fuere el caso, ante el tribunal en demanda del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Países Miembros o a los órganos del Acuerdo de Cartagena.

Además de esta y otras de las enmiendas convenidas hasta el momento, en el proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado del Tribunal, en atención a los hechos con los cuales se demuestra que mediante Decisiones de la Comisión, se ha desconocido o mal interpretado las normas constitucionales de la integración, creo que debería pensarse seriamente en la conveniencia de autorizar al Tribunal el control directo de la legalidad de las normas derivadas, es decir la facultad para que pueda actuar “de oficio”, con la indicada finalidad. El hecho de que con esta acción, el Tribunal, como es obvio, perdería la competencia para conocer la demanda de nulidad de las Decisiones controladas, no resta el valor jurídico de su intervención directa sobre dichas normas.

Este control por parte del Tribunal, aseguraría plenamente la legalidad de las normas comunitarias, sin evadir la acción de nulidad que podría presentarse contra aquellas Decisiones que no hubieron sido objeto del control directo de la legalidad.

Entre esos hechos, que explican o justifican la propuesta, me refiero a la creación por parte de la Comisión del Acuerdo, de un “mecanismo informal... para la solución de controversias”, que aunque se diga que es aprobado sin perjuicio de lo dispuesto por el Tratado del Tribunal, equivale a desconocer su instancia única e irremplazable para solucionar las controversias dentro de la integración andina ¹⁷; a la facultad concedida a los Países Miembros para que puedan hacer negociaciones bilaterales contrariando, incluso, en mandato del artículo 68 del Acuerdo de Cartagena o modificando su disposición ¹⁸; y, a la que literalmente –pues jurídicamente no procede-, ha modificado el Tratado del Tribunal, al incluir en el artículo 27 de su Reglamento, junto al texto del artículo 3 del Tratado del Tribunal, la frase: “por implicar reformas a la legislación interna”, que no consta en el citado artículo del Tratado ¹⁹.

Adicionalmente, se podría también reformar el Tratado, autorizando al Tribunal Andino, para que pueda ser el intérprete

autorizado de todos los Tratados y Convenios de la Integración Andina, lo cual constituiría una reforma indispensable para garantizar que todas las resoluciones institucionales del grupo, tengan uniformidad y cumplan con la finalidad última de la integración “de mejorar el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”.

Por otra parte, el Parlamento Andino, creado por el Tratado Constitutivo firmado en La Paz, el 28 de octubre de 1979, también ha tenido sus problemas y su demora en el cumplimiento de éste, en cuanto a la previsión de adoptar después de los primeros 10 años de vigencia ²⁰, un Protocolo Adicional que establezca la elección de los parlamentarios andinos, por sufragio universal y directo.

No ha faltado propuestas, se podría decir que han abundado estudios, seminarios y conferencias en torno a la conveniencia de cumplir con este compromiso; sin embargo, aún no se firma el indicado Protocolo, cuya falta, por cierto, no dificulta la posibilidad de que el Parlamento pueda tener un protagonismo mayor dentro del proceso, como tampoco imposibilita para que pueda actuar sin desmayo, con objetividad y coherencia, en su trascendente papel de “órgano deliberante común del proceso de Integración”.

Además, si este Protocolo modificadorio no incluye reformas específicas sobre el destino participativo del Parlamento, creo que no se agrandará el espacio que actualmente ocupa en el campo de la integración andina. En cuanto a la propuesta, sería proporcionado pensar que el legislador andino, para ser tal por elección universal y directa en los Países Miembros, no debe tener únicamente las condiciones que exige la regulación interna para los legisladores nacionales. El parlamentario andino, adicionalmente, debe cumplir requisitos singulares, primero, tener vocación integracionista y luego especialización técnica o administrativa, y si fuera posible, en el promocionado y complejo campo de la integración.

El legislador nacional o el candidato que aspire con legitimidad a ser electo como legislador andino, bien podría cumplir condiciones que vayan más allá de los derechos nacionales.

Con las reglas del instrumento vigente, el Parlamento Andino, en cuanto a la integración, ha concentrado su atención, entre otras actividades, al hecho de “recibir” periódicamente informes de los órganos e instituciones de la integración andina y, en algunas ocasiones, a discutir la conveniencia de aprobar los documentos presupuestarios de cada una de ellas; aunque, lamentablemente, en esta materia, ha descuidado recomendar a sus parlamentarios que mediante leyes internas, dispongan que los Países Miembros cumplan con los compromisos financieros que a cada uno de ellos les corresponde dentro del Grupo Andino.

Sin embargo, hay hechos positivos que destacar, como la creación de la Universidad Andina Simón Bolívar, que hoy nos congrega para este Seminario y en cuya primera iniciativa coincidentemente también me tocó intervenir, cuando la Comisión de Integración del Parlamento Andino que presidía, conoció el proyecto presentado por la Cámara de Representantes del Ecuador, y con su apoyo y respaldo decidió pasar a consideración de la Comisión de Educación, la cual a su vez sometió este proyecto a la aprobación del Parlamento Andino ²¹.

Así mismo, cabe resaltar y recordar que fue precisamente aquí, en la sede de esta Universidad que se proyecta con brillantez, donde el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la Universidad Andina, y el Instituto Internacional de Integración, suscribieron el compromiso de crear la “Cátedra de Derecho de la Integración” y, posteriormente, el Tribunal y la Universidad, firmaron el “Acta de Sucre” que contiene el convenio para crear la “Facultad Andina de Integración”.²² Infortunadamente, estos proyectos cuya realización se hace cada día más indispensable, como se evidencia precisamente en estos seminarios, todavía no han sido ejecutados. Aunque la tarea

es ciertamente difícil, estoy seguro que si la idea es aceptable, no será imposible para las instituciones comprometidas en este proyecto educativo.

Por último, en esta anhelada reforma institucional del Acuerdo de Cartagena, además de la modificación a los ya mencionados órganos principales, se conoce que hay otro aspecto de singular importancia. Este es el de institucionalizar como órganos del Acuerdo, al Consejo Presidencial Andino creado para evaluar, impulsar y orientar la integración, así como para concretar acciones de interés común ²³, y al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores constituido para formular la política exterior conjunta de los Países Miembros y colaborar en la preparación de la “política general del proceso” ²⁴. De aceptarse esta, propuesta, la estructura orgánica del Acuerdo, la construcción integracionista, -como suelen decir los tratadistas europeos -, podría verse fortalecida con la incorporación del Consejo Presidencia Andino en su condición de órgano directriz superior, con atribuciones soberanas para determinar la forma, mecanismos o condiciones y señalar avances o identificar los problemas de la integración, constituyéndose en el órgano de mayor impulso político del proceso. Dentro de estos parámetros, podría funcionar también el Consejo Andino de Cancilleres conformado expresamente para colaborar en forma permanente y orientadora con la Comisión del Acuerdo, integrada por los Plenipotenciarios de sus Países Miembros.

En todo caso, por obvias razones considero que debería conservarse en cabeza de la Comisión, la facultad legislativa del Acuerdo, de modo que pueda continuar expidiendo las iniciativas o “directrices” presidenciales tomadas dentro del marco constitutivo de la integración, como normas obligatorias derivadas. A propósito, vale insistir que en términos generales, la Comisión del Acuerdo, puede estar integrada .claro está- sin necesidad de modificación alguna, por cualquiera de los Ministros Secretarios de Estado o altos funcionarios

de cada País Miembro, siempre que sean acreditados con el carácter de plenipotenciarios, de modo que resulte cuando menos innecesario el mantener como condición indispensable para la marcha del Acuerdo, o como requisito ineludible para su vigorización, la rectificación de la conformación del órgano legislativo de la integración, posiblemente porque en el pasado ha sido evidente la disputa que se ha mantenido, entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el de Industrias y Comercio o su equivalente de un mismo País Miembro, para dirigir las relaciones comunitarias y tomar sus decisiones.

Es verdad que la especialización o la división de responsabilidades, según las materias que debe resolverse en la Comisión, luce apropiada y conveniente, pero el estudio de todos los antecedentes y elementos que correspondan a cada una de ellas, bien puede realizarse dentro del ámbito interno de cada país, para que luego de adoptar una definición que tenga en cuenta el propósito subregional, se expongan las políticas nacionales ante los órganos comunitarios de la integración.

Por todo lo dicho, si los Países Miembros deciden hacer la reforma general del Pacto Andino y proceden a la revisión institucional del Acuerdo de Cartagena, tantas veces mencionada, ésta debe hacerse con prontitud. La oportunidad está cercana, el proyecto podría concretarse en la próxima reunión del Consejo Presidencial Andino, altamente comprometido con el éxito de la Integración.

Para concluir, celebro la oportunidad de este Seminario en el cual ha sido posible hablar de los diversos temas de la integración y reflexionar sobre su origen, formación y futuro; y expreso que comparto a plenitud el anhelo de quienes -como yo- queremos vigorizar el proceso de integración, en favor de los países que hoy constituyen la comunidad andina y que el futuro, muy bien pueden ser parte activa de una Comunidad Latinoamericana de Naciones.

*** SEMINARIO INTERNACIONAL:
“LA INTEGRACIÓN, EL DERECHO COMUNITARIO
Y EL PACTO ANDINO”.**

Sucre, Bolivia, agosto 30 de 1995

NOTAS:

¹⁾ Declaración de Bogotá de 16 de agosto de 1966. Bases para un Programa de Acción Inmediata de los Países Participantes (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), Bogotá, 16 de agosto de 1966.

²⁾ Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú, Venezuela.

³⁾ Resolución 179 del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC de 9 de julio de 1969.

⁴⁾ -Resolución 202 del Consejo de Ministros de la ALALC, "Normas de los Acuerdos Subregionales". Sexto Período de Sesiones Extraordinarias

-Resolución 203 del Consejo de Ministros de la ALALC, "Bases de un Acuerdo Subregional entre Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela

-Resolución 222 de la Conferencia de las Partes Contratantes. "Normas a las que deberán someterse los Acuerdos Subregionales". Séptimo Período de Sesiones Ordinarias.

⁵⁾ Artículo 1º del Acuerdo Subregional de Integración de 26 de mayo de 1969.

⁶⁾ Artículo 4 del Acuerdo de Integración Subregional de 26 de mayo de 1969 y artículo 4 del Protocolo de Quito de 12 de mayo de 1987.

⁷⁾ Protocolo de Lima de 30 de octubre de 1976 y Decisión 102 de la Comisión.

⁸⁾ Decreto Ley N° 600 de 13 de julio de 1974.

⁹⁾ Protocolo de Lima de 30 de octubre de 1976, para ampliar plazos y hacer varias modificaciones; Protocolo de Arequipa de 21 de abril de 1978 para ampliar los plazos del Acuerdo y del Protocolo de Lima; y Protocolo de Quito de 12 de mayo de 1987, modificatorio del Acuerdo de Cartagena.

¹⁰⁾ Véase Decisión 304 de la Comisión, Reuniones Sectoriales de la Comisión a Nivel Ministerial con carácter de Comisión, G.O. N° 85 de 24 de julio de 1991.

¹¹⁾ Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 29 de mayo de 1979.

¹²⁾ Artículo 23 del Acuerdo de Integración Subregional de 26 de mayo de 1969.

¹³⁾ Proceso 1-IP-87, Interpretación de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85. G.O. N° 28 de 15 de febrero de 1988. (ANEXO 2)

¹⁴⁾ Proceso N° 5-IP-89, Interpretación del artículo 5 del Tratado del Tribunal. G.O. N° 50 de 17 de noviembre de 1989 y Proceso 6-IP-93, Interpretación de los artículos 5 y 27 del Tratado del Tribunal. G.O. N° 150 de 25 de marzo de 1994.

¹⁵⁾ "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", III Tomos, BID-INTAL, TJAC, Recopilación: Galo Pico Mantilla, Buenos Aires, 1994.

¹⁶⁾ Galo Pico Mantilla, "Solución de Controversias en los Procesos de Integración Latinoamericana", TJAC, Quito, 1992.

¹⁷⁾ Artículo 13 de la Decisión 301, Instrumentación de la profundización de la integración andina en el sector comercio.. Derogada por la Decisión 344, G. O. N° 85 de 24 de julio de 1991.

¹⁸⁾ Decisión 319, Suscripción de un Acuerdo Marco entre el Grupo Andino y México, G. O. N° 111 de 19 de junio de 1992 y Decisión 322, Relaciones comerciales con países de ALADI, Centroamérica y el Caribe, . G.O.N°114 de 27 de agosto de 1992.

¹⁹⁾ Decisión 218, Modificación de la Decisión 6 sobre Reglamento de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículo 27 adicionado por el artículo 24 de la misma, G.O. N° 20 de 18 de mayo de 1987 y artículo 3 del Tratado del Tribunal.

²⁰⁾ El tratado Constitutivo del Parlamento Andino se encuentra en vigor desde el 19 de enero de 1984.

²¹⁾ TRATADOS Y CONVENIOS DE LA INTEGRACIÓN, Galo Pico Mantilla, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC), 1992, págs. 297 a 316 y 483 a 486.

²²⁾ Ibídem nota 21, págs. 309 a 316

²³⁾ "Instrumento de Creación del Consejo Presidencial Andino y del Sistema de Coordinación de las Instituciones de Integración Andina" de 23 de mayo de 1990.

²⁴⁾ "Instrumento Constitutivo del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo Andino", Lima, 12 de noviembre de 1979.

**CARACTERÍSTICAS Y SIGNIFICADO DEL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA
EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINA ***

- I. ORIGEN DEL GRUPO ANDINO.
- II. ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL. PAÍSES MIEMBROS.
- III. OBJETIVOS FUNDAMENTALES.
- IV. INSTITUCIONES DEL ACUERDO ORIGINAL.
- V. INSTITUCIONES DEL SISTEMA ANDINO.
- VI. SUCESIÓN DE PROTOCOLOS MODIFICATORIOS.
- VII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.
- VIII. TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA
- IX. ORDENAMIENTO JURÍDICO.
- X. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL.
- XI. PROYECTO MODIFICATORIO DEL TRATADO DEL TRIBUNAL.
- XII. CONCLUSIONES.

I.

La historia documental de la integración latinoamericana, así como la de los tribunales comunitarios recoge, además de otros esfuerzos colectivos de nuestros países, la experiencia centroamericana que cabe precisamente en esta oportunidad,

cuando Nicaragua nos recibe generosamente en esta importante reunión internacional organizada por la Excm. Corte Centroamericana de Justicia. Me refiero al Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Centroamericana ⁽¹⁾ y al Tratado de Creación de la Corte de Justicia Centroamericana de 1907 o Corte de Cartago que, como bien lo dice el Magistrado doctor Jorge Antonio Giammattei, es el "antecedente mediato" de la actual Corte Centroamericana de Justicia, el "primer Tribunal internacional de justicia permanente y obligatorio". ⁽²⁾

Ahora bien, para dirigir nuestra exposición hacia el proceso de la integración andina, comencemos por recordar la iniciativa de constituir este Grupo Subregional o Pacto Andino, como generalmente se le conoce al Acuerdo de Integración Subregional, y al Protocolo de Trujillo que establece el Sistema Andino de Integración.

Pues bien, la iniciativa de dar forma jurídica internacional e institucionalizar al Grupo Andino, surgió merced a las regulaciones aprobadas por la entonces Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) creada en 1960.

Efectivamente, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de los países integrantes de la ALALC, aprobó las Resoluciones No. 202 y 203 bajo la denominación de "Normas especiales para los acuerdos subregionales" y "Bases de un acuerdo subregional entre Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela". Este anhelo de integración, impulsado cada vez más por los países de la subregión, dio lugar a que los presidentes de Colombia, Chile y Venezuela y los representantes de Ecuador y Perú, mediante la Declaración de Bogotá, abrieran el camino para la constitución de la denominada "Comisión Mixta" que, con carácter técnico e integrada por funcionarios de los diversos Países Miembros, comenzara a preparar el documento que posteriormente, sería el Acuerdo de Integración Subregional, inspirado como dice el preámbulo de este Tratado, en la

Declaración de Bogotá ⁽³⁾ y en la Declaración de Presidentes de América, ⁽⁴⁾ y cumpliendo de esta manera, con el propósito presidencial de impulsar "la formación del Mercado Común Regional", mediante los acuerdos subregionales de integración.

La antedicha Comisión Mixta, inició sus reuniones en junio de 1967; luego, durante la discusión del esquema del Proyecto de acuerdo subregional, consideró oportuna la aprobación del documento titulado "Bases del Acuerdo Subregional", sobre el cual trabajarían el grupo de expertos designados por cada uno de los países con el propósito de elaborar un documento final, el cual sería acogido por los delegados gubernamentales luego de que conocieran el informe de labores presentado a la V Reunión de esta Comisión Mixta. En la siguiente y VI Reunión, se agregaron al citado documento los últimos criterios aportados por los expertos de cada uno de los países promotores de esta nueva organización. Concluida esta labor, Bolivia, Colombia y Chile estuvieron dispuestos para suscribir el documento final en los términos acordados por los expertos; Perú, mantuvo sus reservas; Venezuela expresó que se abstenía de pronunciarse hasta tener una posición oficial de su gobierno, y Ecuador lamentó no poder acompañar a las manifestaciones de Bolivia, Colombia y Chile, por considerar que como el gobierno de entonces en breves días concluía su mandato, debería ser el nuevo gobierno el que tome la decisión que corresponda. Sin embargo, para no interrumpir por mucho tiempo este proceso de negociación y en la esperanza de llegar a la suscripción del proyecto de integración, Ecuador propuso que la VI Reunión de la Comisión Mixta se declare en receso hasta el 10 de octubre del mismo año de 1968, receso que fue aprobado por unanimidad. ⁽⁵⁾

II.

Efectivamente, aunque no en la fecha propuesta por Ecuador, sino en mayo de 1969, continuó la VI reunión de la Comisión Mixta

en su segunda y última parte. En la sesión plenaria del día 24 de ese mes y año, con excepción de Venezuela, los demás países comprometidos en el proyecto de integración, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, aprobaron el texto del proyecto de Acuerdo de Integración Subregional, el cual dos días después, el 26 de mayo de 1969, fue suscrito en Bogotá por los plenipotenciarios de los indicados países. De inmediato, la "Comisión", órgano máximo del Acuerdo creado por este mismo instrumento, mediante su primera Decisión, designó con el nombre de "Acuerdo de Cartagena" al Acuerdo de Integración Subregional, seguramente en razón de que en esa hermosa ciudad colombiana se realizaron las discusiones del instrumento constitutivo del grupo y de que en ella también fue firmado por los expertos gubernamentales, el texto por ellos convenido, para someterlo a la consideración y suscripción de los plenipotenciarios de los mencionados países que serían los miembros del Acuerdo.

Por otra parte, profundizando en este recuento del proceso histórico de la integración andina, antes de referirme a sus propósitos e instituciones, vale recordar que Venezuela, país que inicialmente no suscribió el Acuerdo de Cartagena, afortunadamente lo hizo después de algunos años, el 13 de febrero de 1973, fecha desde la cual, temporalmente, fueron seis los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena. Posteriormente, Chile, decidió denunciar este instrumento internacional, separándose del Acuerdo, el 5 de octubre de 1976. Desde este día, volvieron a ser cinco los Países Miembros del Acuerdo: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Como en este Acuerdo se había previsto que su vigencia tendría lugar cuando tres de los países suscriptores hubieran comunicado su aprobación a la Secretaría Ejecutiva de la ALALC, este procedimiento concluyó el 16 de octubre de 1969, con las ratificaciones de Colombia, Chile y Perú. Al mes siguiente, Ecuador y Bolivia comunicaron su adhesión y por último, como se dijo

anteriormente, Venezuela se incorporó al Acuerdo el 13 de febrero de 1973.

III

El Acuerdo de integración Subregional, en los términos en los cuales fue aprobado, destaca como finalidad última del proceso de integración la "de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión", promoviendo para el efecto, desarrollar sus países en forma equilibrada y armónica, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración regional y establecer las condiciones propicias para la conversión de la ALALC en un mercado común, propósito que en el Protocolo de Quito fue mencionado como "la formación gradual de un mercado común latinoamericano".

Adicionalmente, mediante el citado Protocolo de Quito, se incorporaron importantes y nuevos elementos a los objetivos de la integración. Así, se estableció que el desarrollo de los países asociados debe cumplirse en condiciones de equidad y que la integración y cooperación, además de ser económica, debe ser también social, proponiendo acelerar el crecimiento, generar la ocupación y mirar hacia el mercado común latinoamericano.

No obstante lo literalmente previsto en el Acuerdo, si bien hemos sobrepasado los primeros 25 años de vida de la integración subregional, consideramos que aún falta y en gran medida, el cumplimiento de los objetivos propuestos. Todavía queda mucho por hacer para lograr el inmenso propósito "de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión".

Para alcanzar los citados objetivos y cumplir con la finalidad principal del Acuerdo de Cartagena, en el mismo documento se acordó la adopción de una serie de mecanismos dirigidos fundamentalmente a la armonización de políticas, a la programación

conjunta, a la adopción colectiva de un solo programa de liberación y de un arancel externo común, a la integración física, al desarrollo del sector agropecuario y a la mejor canalización de los recursos. Con el Protocolo de Quito, modificadorio del Acuerdo, a título complementario, se dio mayor precisión a estos mecanismos refiriéndose a las acciones externas, al desarrollo científico y tecnológico, a la integración fronteriza, al área de turismo, a la conservación de los recursos naturales y al medio ambiente, al sector de los servicios, al desarrollo social y al campo de la comunicación social. Dentro de todo esto, se mantiene el compromiso de conceder un tratamiento especial o preferencial a los dos países miembros que fueran calificados como de menor desarrollo económico relativo: Bolivia y Ecuador.

A esta fecha (11/1997) hemos avanzado significativamente en el cumplimiento de varios de esos objetivos del Acuerdo. Cabe destacar la adopción del Arancel Externo Común y del Programa de Liberación. En la actualidad, una vez superada, con plazos adicionales y en términos generales, la posición de uno de los Países Miembros, aceptada por los otros, de no mantener condiciones iguales en el campo arancelario, podemos decir que el libre tránsito de mercancías y la aplicación del Arancel Externo Común en los países del Grupo Andino, aunque en forma diferenciada, puede avanzar hacia su completa realización. El programa de liberación está garantizado con la prohibición de imponer gravámenes y restricciones, los cuales fueron definidos de manera precisa por el propio Acuerdo de Cartagena. Además, todos los compromisos se rigen por lo dispuesto en el instrumento de creación del I Tribunal de Justicia, que instituyó el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, cuyo cumplimiento le corresponde velar al Tribunal comunitario, como veremos más adelante, especialmente, cuando hablemos de las funciones del Tribunal.

IV

Por otra parte, el Acuerdo de Cartagena consideró la conveniencia de crear dentro de su estructura institucional, tanto órganos principales como órganos auxiliares. Entre los primeros creó la Comisión y la Junta y entre los segundos, los Comités Consultivos. La Comisión del Acuerdo fue el órgano máximo de la integración conformado con la representación de plenipotenciarios de cada uno de los Países Miembros. Se ha dicho que es el órgano legislativo de la integración. La Junta del Acuerdo, en cambio, fue creada como un órgano de carácter técnico, que debía estar integrada por tres miembros que podían ser nacionales de cualquier país latinoamericano, pero totalmente independientes de sus respectivos gobiernos y de los Países Miembros del Acuerdo, con la misión de defender exclusivamente el interés subregional. De estos dos órganos principales del Acuerdo se originaron los dos conjuntos de elementos constitutivos del ordenamiento jurídico andino: "Las Decisiones de la Comisión" que son las normas aprobadas por este organismo y las Resoluciones de la Junta" que son las determinaciones tomadas por sus miembros, sea por facultad directa del Acuerdo o por encargo del máximo organismo de la integración, cuyo ordenamiento jurídico está compuesto además del propio Acuerdo de Cartagena y del Tratado del Tribunal, por las referidas Decisiones de la Comisión y Resoluciones de la Junta.

Por la existencia de estos dos órganos principales, en la literatura de la integración se consideraba que el Grupo Andino, contaba con la función legislativa ejercida por la Comisión y con la función ejecutiva cumplida por la Junta; y que, dentro de la clásica división de los poderes nacionales con los cuales se ha querido mostrar similitud, hacía falta la conformación de la función judicial. Consecuentemente, convencidos de esta necesidad, se fue madurando la idea de crear el Tribunal de Justicia, hecho que, como veremos más adelante se

produjo en 1979, año en el que también se creó el Parlamento Andino ⁽⁶⁾ el cual quedó incorporado como el cuarto órgano principal del Acuerdo, desde la entrada en vigor del Protocolo de Quito. ⁽⁷⁾ . La función del Parlamento, en cuanto a la integración, es la de actuar "como órgano deliberante Común del proceso de Integración Subregional,..." ⁽⁸⁾, carácter con el que fue creado atribuyéndole la competencia para "examinar la marcha del proceso de integración subregional a través de los informes anuales de los órganos de los convenios y acuerdos andinos y de las informaciones que considere conveniente solicitarles;..." ⁽⁹⁾

V

Después de las modificaciones del Acuerdo de Integración Subregional producidas por la suscripción del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por el Protocolo de Quito que integró al Parlamento Andino a la estructura institucional, en estos días, luego de la vigencia del Protocolo de Arequipa, que estableció el Sistema Andino de Integración, la conformación de sus instituciones ha tenido varias modificaciones.

Como dijimos antes, los órganos principales de la integración andina fueron la Comisión y la Junta. Posteriormente, en el orden de su incorporación, desde el 19 de mayo de 1983, se constituyó como tercer órgano principal, el Tribunal del Justicia del Acuerdo de Cartagena, y por último, el Parlamento Andino quedó reconocido como cuarto órgano principal del Acuerdo desde el 25 de mayo de 1988. En efecto, el Protocolo de Quito, en una nueva disposición, enumera en el orden indicado los órganos principales del Acuerdo y en la misma norma establece los órganos auxiliares y los subsidiarios, siendo los primeros los Consejos Consultivos y los subsidiarios, aquellos que establezca la propia Comisión. Se destaca entre los primeros a los Consejos Empresarial y Laboral, los cuales durante el largo proceso de ejecución y administración de la

integración de una u otra forma han estado involucrados en las diversas etapas de la integración subregional.

Ahora, luego de la suscripción ⁽¹⁰⁾ y vigencia ⁽¹¹⁾ del Protocolo de Trujillo, que modificó el Acuerdo de Cartagena y creó el Sistema Andino de Integración, la estructura institucional, comparada con la anterior, adquiere un rasgo de complejidad por el incremento de las instituciones, la determinación de las facultades de cada una de ellas y la conformación que les corresponde de acuerdo con los cambios producidos. Así, el citado Protocolo modifica torio del Acuerdo, al crear la Comunidad Andina, integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, enumera como parte de ella a los "órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración" incorporándoles en el Acuerdo, en el siguiente orden: el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, el Consejo Consultivo Empresarial, el Consejo Consultivo Laboral, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas; el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema, la Universidad Andina Simón Bolívar, los Consejos Consultivos que designe la Comisión y los órganos e instituciones que se creen dentro del mismo marco de la integración andina.

Sin detenernos en el análisis de cada uno de los órganos del nuevo Sistema Andino de Integración, en un breve examen, observamos que se conservan los anteriores órganos principales del Acuerdo como son la Comisión, el Tribunal y el Parlamento Andino, así como los consejos Consultivos Empresarial y Laboral. En cambio, la Junta del Acuerdo es sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Por otra parte, el Consejo Presidencial Andino, y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que han venido reuniéndose con alguna regularidad y que, ciertamente, han

dado orientación e impulso al proceso andino de integración, quedan jurídicamente incorporados dentro del Sistema, en virtud de este mismo instrumento de Trujillo, con un alto poder de decisión y autonomía para acordar obligaciones en beneficio de sus países y de la comunidad por ellos constituida. Las demás instituciones, como la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas que sustituyó al denominado Fondo Andino de Reservas y el Convenio Simón Rodríguez, son organismos creados anteriormente mediante sus propios instrumentos constitutivos y considerados como importantes elementos de valioso soporte para la integración. La Universidad Andina Simón Bolívar creada por el Parlamento Andino gracias a la iniciativa que diéramos con la Decisión No. 1 de la Comisión de Integración del Parlamento Andino que tuve el honor de presidirla ⁽¹²⁾, tiene su propio Estatuto de Creación ⁽¹³⁾ y, en la actualidad, en virtud de lo acordado por el Protocolo de Trujillo forma parte del Sistema Andino de Integración.

VI

El proceso subregional, sin contar con su antecedente inmediato, el Protocolo de Montevideo, del cual se desligó jurídica y metódicamente, aunque no en forma total, se originó en el ya citado "Acuerdo de Integración Subregional" ⁽¹⁴⁾ el cual ha sido objeto de sucesivas modificaciones. El instrumento adicional para la adhesión de Venezuela ⁽¹⁵⁾, el Protocolo de Lima para la separación de Chile ⁽¹⁶⁾; el Protocolo de Lima ⁽¹⁷⁾, ampliatorio de plazos y regulador del Arancel Externo Común y de los Programas de desarrollo industrial; el Protocolo de Arequipa ⁽¹⁸⁾ destinado a ampliar los plazos previstos en el Acuerdo original y en el mismo Protocolo de Lima; el Protocolo de Quito ⁽¹⁹⁾ que, como he dicho en ocasiones anteriores, "difiere sustancialmente, en el alcance y contenido de las disposiciones modificatorias"; el Protocolo de Trujillo ⁽²⁰⁾ al que mencionamos reiteradamente en las consideraciones anteriores; y, por último, el

Protocolo de Sucre firmado en Quito el 25 de junio de 1997 y que aún no entra en vigor (11/1997), según el cual de manera insólita, se revive la facultad de la Comisión para solucionar las controversias como se verá más adelante. Esta vez, lo haría mediante la atribución de establecer un mecanismo arbitral para cuando los países "persistan" al pronunciamiento de la Secretaría General, con lo cual la acción de incumplimiento prevista en el Tratado del Tribunal, tomaría un giro inesperado. El Tribunal quedaría desposeído de la atribución privativa de conocer, resolver y sancionar los incumplimientos del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

VII

En los mencionados instrumentos constitutivos de la comunidad andina, el problema de la solución de controversias ha tenido una singular modificación, de la inexistencia de un Tribunal de Justicia, al advertir la necesidad y conveniencia del aporte jurisdiccional para controlar el orden y la legalidad del proceso, pasamos a la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conocido comúnmente como "Tribunal Andino de Justicia".

En efecto, la tarea de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación para la solución de conflictos en el curso de la integración andina, estuvo originalmente atribuida a la "Comisión", el órgano máximo del Acuerdo, integrada como se dijo, por los plenipotenciarios de los cinco Países Miembros. El ámbito de su misión comprendía las "discrepancias" sobre la "interpretación o ejecución" del Acuerdo de Integración y de las Decisiones de la Comisión. En esa época, aún no se definía el "ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", lo que hoy es el "ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" en los términos establecidos por el Tratado del Tribunal.

Como segunda etapa de este procedimiento que no fue realmente utilizado, los contendientes debían someter sus diferencias a los procedimientos establecidos en el "Protocolo para la solución de controversias" de la ALALC aprobado por las partes contratantes del Tratado de Montevideo.⁽²¹⁾

La complejidad que se advirtió en el manejo de la nueva integración, y más que ella, la inadaptación o falta de preparación de determinados niveles administrativos de los diversos países, para el debido manejo de los problemas que se generaban por los términos de la negociación integradora, dio lugar a una serie interminable y creciente de incumplimientos de las normas y compromisos comunitarios, particularmente los de orden arancelario dentro del denominado "Programa de Liberación".

La persistencia en esta anormalidad, impulsó a los países signatarios del Acuerdo, a buscar nuevas fórmulas de solución. Se creyó que una de ellas -la mejor o la única-, era la creación de un Tribunal de Justicia que controle la legalidad del proceso de integración pues todos coincidieron en el hecho de que ésta podría ser la forma eficaz para eliminar los incumplimientos, lo cual, lamentablemente, no fue lo que sucedió después de la creación del Tribunal. Inclusive, podríamos decir que la época más difícil fue precisamente la que transcurrió durante los primeros años de vigencia del Tratado del Tribunal, tanto que, como se ha dicho en forma reiterada, los Países Miembros implícitamente convinieron en no demandarse recíprocamente.

Para la creación del tribunal se inició un detenido proceso de estudio y negociación. Se realizaron varias reuniones de expertos y plenipotenciarios de los distintos países, quienes prepararon el proyecto de Tratado, al amparo de la orientación dada por los Presidentes de los Países Miembros en la conocida Declaración de Bogotá de 1978. Ellos coincidieron en "la impostergable necesidad de disponer de un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de

las normas emanadas de la Comisión y la Junta, diriman las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo". La Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena a las cuales se refieren los presidentes andinos eran los órganos principales, el máximo con facultades legislativas y el técnico de naturaleza subregional, respectivamente. Subsiste la Comisión con la misma conformación pero sin el atributo de "órgano máximo" del Acuerdo; en cambio, la Junta, fue sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina como se dijo antes.

VIII

Como resultado de las citadas negociaciones, el 28 de mayo de 1979 se suscribió el "Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", sin embargo, tuvo que transcurrir casi cinco años para que este Tratado entrara en vigor, pues fue el 19 de mayo de 1987 cuando se entregó la última de las cinco ratificaciones que eran indispensables para su vigencia en todos los países de la subregión.

Este tratado que institucionalizó el primer órgano jurisdiccional andino y sudamericano de índole comunitaria fue realmente trascendente, tanto en la medida en la que, prácticamente, independizó al Grupo Andino de la dependencia de la ALALC al declarar su vigencia independientemente de la del Tratado de Montevideo, como en la originalidad y particularidad de varias de sus disposiciones, entre ellas el establecimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo, las competencias del Tribunal a las cuales nos referimos de manera particular, el cumplimiento obligatorio de sus sentencias, la jurisdicción privativa del Tribunal, la formalidad para tratar directamente con las autoridades de los Países Miembros los asuntos relativos a sus funciones y la creación de la Gaceta Oficial del Acuerdo. A todo esto se suma el compromiso de los países

signatarios de suscribir el tratado sin reservas de ninguna clase y de no acudir a ningún otro Tribunal, sistemas o procedimientos distintos de los establecidos en este instrumento internacional.

IX

El Tratado de Creación del Tribunal estableció en forma taxativa el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, conformándolo con cuatro grupos de normas que la doctrina se ha encargado de clasificarlas en constitucionales o primarias y en derivadas o secundarias. A las primeras pertenecen los artículos del propio Acuerdo de Cartagena y los del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia; y, a las segundas, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta: Unas y otras, corresponden a las denominaciones que fueron atribuidas por el Tratado a los actos normativos expedidos por los dos órganos principales del Acuerdo. Las Decisiones pueden provenir en la actualidad, tanto de la Comisión como del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, mientras que las Resoluciones deben ser expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina que sustituyó a la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Desde la entrada en vigor del Protocolo de Trujillo, a los instrumentos ya mencionados: Acuerdo de Cartagena, Tratado del Tribunal, Decisiones y Resoluciones, que inicialmente constituyeron el ordenamiento jurídico andino, se agregó las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Por otra parte, el Protocolo Modificador del Tratado del Tribunal que todavía (11/1997) no entra en vigencia, apartándose de la naturaleza y origen normativo inicial, incluye dentro del citado ordenamiento jurídico a los denominados "Convenios de Complementación Industrial", documentos estos que pueden ser firmados incluso por solo dos de los cinco Países Miembros y que además, pueden ser compromisos únicamente de carácter temporal.

Seguramente esta adición, sin quererlo, recordará a la comunidad andina los incumplimientos que permanentemente hemos querido superarlos.

X

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tiene tres competencias claramente definidas, las cuales se originaron en el pensamiento de los presidentes expuestos en la Declaración de Bogotá referida anteriormente y desarrollados en la parte motiva del Tratado de Creación que, luego de declarar la independencia del Tribunal frente a los "Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena", dice que este órgano jurisdiccional del más alto nivel tiene "capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente".

La primera de estas competencias, en el orden de enumeración del Tratado, es la que se conoce como acción de nulidad en la cual el Tribunal está facultado para declarar la nulidad de los actos normativos derivados, o sea de las Decisiones y Resoluciones cuando para su aprobación por parte de la Comisión o de la Junta no se haya observado lo dispuesto por el ordenamiento jurídico andino en aquello que corresponda o que se haya actuado con desviación del poder, y siempre que esa nulidad sea planteada judicialmente por los Países Miembros, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad.

Cabe destacar que la titularidad de esta acción se extiende a las personas naturales o jurídicas siempre que la norma atacada le sea aplicable y le produzca perjuicio, todo lo cual deberá ser debidamente acreditado y por cierto calificado por el Tribunal. Sobre el particular ya existe jurisprudencia del Tribunal, como las Sentencias sobre las Resoluciones 252, 253 y 313 de la Junta,

Procesos (1-N-86 y 2-N-86), y aquellas que se refieren al concepto de aplicabilidad de la norma y perjuicio a los particulares, Proceso (3-N-92).²²

La acción de nulidad, igual que la de incumplimiento, aunque no en la misma proporción, no ha sido muy utilizada porque precisamente los titulares de la acción, son los autores de las normas que pueden ser anuladas por el Tribunal, como sucede en el caso de las Decisiones de la Comisión. En efecto, la nulidad de una Decisión, no puede ser planteada en términos generales por los Países Miembros, porque precisamente son ellos los que aprueban por medio de sus plenipotenciarios, a menos que el desacuerdo o la desaprobación sea evidente en el momento de la discusión y en el acto de aprobación de la norma impugnada; en cambio los mismos países, sí pueden demandar libremente la nulidad de una Resolución. De otro lado, sólo sería lógico que la Comisión pueda demandar la nulidad de las Resoluciones de la Junta o de la Secretaría General, y que ésta pueda hacer lo mismo respecto de las Decisiones de la Comisión, pero no sería viable que la Comisión o la Secretaría General (antes Junta de Acuerdo) demande la nulidad de sus propios actos normativos. Repito, la Comisión aprueba las "Decisiones" y la Secretaría General (antes la Junta) aprueba las "Resoluciones"; en los dos actos lo hacen sobre materias inherentes a la integración andina.

En todo caso, como dice el propio Tratado del Tribunal, los Países Miembros no pueden alegar la nulidad de las Decisiones cuya aprobación hubiere recibido su voto positivo.

En cuanto a la titularidad de las personas naturales y jurídicas para demandar la nulidad de una Decisión o Resolución, el Protocolo Modificatorio es más explícito al sustituir la frase de que "las Decisiones o Resoluciones les sean aplicables y les causen perjuicio", con otra que hace relación a que estas normas y los Convenios que se incorporarán al ordenamiento jurídico andino,

"afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos", para poder ejercer la acción de nulidad de las indicadas normas y convenios.

En otra disposición, el mismo proyecto, además de aumentar de uno a dos años de plazo para intentar la acción de nulidad, propone crear la figura jurídica de la "inaplicabilidad de la Decisión o Resolución" condicionándola de tal manera que me parece resultará impracticable, pues para ello debe tratarse de un litigio que se ventile ante los jueces nacionales de los países del Acuerdo, y que la causa se relacione con la aplicación de la norma andina que hubiere sido considerada nula, y que además, se cuestione su validez. Se ha de entender que lo hace sosteniendo que la aprobación de la norma atacada se realizó mediante la violación de las normas del ordenamiento andino o por desviación de poder. Además, esta inaplicabilidad de la norma comunitaria, puede ser dictada por el juez nacional únicamente cuando haya sido precedida de una consulta al Tribunal Andino sobre la "legalidad" del acto cuestionado.

En la práctica, el Tribunal desde su instalación a comienzos de 1984 hasta finales de este año 1997, ha conocido 13 casos de nulidad, cifra que evidencia la necesidad de abrir, sin restricciones, la titularidad de la acción. Pienso en consecuencia que la legalidad del proceso integrador y, por tanto, el funcionamiento y los resultados de su órgano jurisdiccional se verían positivamente realizados si cualquier miembro de la "Comunidad andina" como sujeto que es de derechos y obligaciones en las materias de la integración comprometida por sus respectivos gobiernos, podría denunciar o demandar la ilegalidad de cualquier acto normativo; desde luego, condicionando su acción no a obligaciones previas, sino a responsabilidades posteriores para el caso de que no prosperare su demanda por ser contraria a los principios y finalidades de la integración y que la norma atacada haya ido confirmada como

legalmente expedida por el órgano legislativo o administrativo del proceso: la Comisión o la Secretaría General.

A los Países Miembros del Acuerdo, o dicho con mayor precisión, a todos los funcionarios que tienen a su cargo los temas de la integración, les debería interesar que los dispositivos expedidos por los órganos comunitarios guarden armonía con los elementos del ordenamiento jurídico andino y que de manera general la legalidad del proceso sea controlada por el Tribunal de Justicia. Si las instituciones y miembros del Grupo actuáramos con apego al ordenamiento jurídico, otra sería, entonces, la suerte de la acción de nulidad dentro de la Comunidad Andina y, por tanto, serían diferentes también los resultados del ejercicio judicial de esta atribución otorgada al Tribunal Andino para resolver, mediante sentencia, la nulidad de una Decisión o Resolución, cuando para su expedición, como se dijo, se hubiere violado cualquier norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad o se lo hubiere hecho con desviación de poder.

La segunda competencia del Tribunal, es la de declarar, así mismo por sentencia, el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, producido como consecuencia de la acción u omisión de los Países Miembros. Esto quiere decir en los términos del Tratado del Tribunal, el incumplimiento de las obligaciones de "adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico" de la Comunidad Andina y "a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación".⁽²³⁾

El procedimiento de esta acción es, en cierto modo, dilatado. La etapa judicial está precedida de una serie de pasos de carácter administrativo. Se comienza con la demanda de un País Miembro o con la iniciativa de la hoy Secretaría General, para continuar con la entrega de observaciones de ésta al I país incumplido, seguir a continuación con la respuesta del país denunciado y posteriormente,

con o sin ella, con el dictamen motivado de la Secretaría General, que es propiamente el documento con el cual esta Secretaría puede acudir al Tribunal con la demanda de incumplimiento que equivale a la solicitud de "pronunciamiento" del Tribunal, como dice el Tratado de Creación. En resumen, el país perjudicado, obligatoriamente tiene que formalizar su reclamo e iniciar la acción de incumplimiento acudiendo en primer lugar a la Secretaría General. Sólo después de haber dado este paso y una vez cumplido el procedimiento antes referido, podría acudir al Tribunal, siempre que la Secretaría no emita el dictamen dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación del reclamo, o cuando el dictamen no fuere de incumplimiento; o, finalmente, cuando habiéndose emitido dictamen de incumplimiento, la Secretaría General no intentare la acción ante el Tribunal dentro de los dos meses siguientes a su pronunciamiento motivado.

Cabe explicar que el incumplimiento que puede ser materia de la acción administrativa y consecuentemente judicial, se extiende a todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; esto es, repito, a todas las disposiciones de los Tratados Constitutivos: Acuerdo de Cartagena y Tratado del Tribunal o de las normas derivadas; Decisiones de la Comisión y del Consejo de Ministro de Relaciones Exteriores y, por último, Resoluciones de la Secretaría General. Ahora bien, terminado el proceso, en el caso de que el Tribunal hubiere expedido una sentencia de incumplimiento - esta como todas las que dicta-, es de índole obligatoria. En este caso, la no ejecución de la sentencia de incumplimiento por parte país sancionado, le acarrearía consecuencias graves impuestas por el propio organismo. Esta omisión, que sería un nuevo y consecuente incumplimiento del país sancionado -el primero es el del ordenamiento jurídico y el segundo el de la Sentencia del Tribunal-, podría dar lugar a que el mismo órgano, previa opinión de la Junta

pueda "restringir o suspender total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena" al país incumplido.

Por último, según las estadísticas del Tribunal, los casos de incumplimiento han sido presentados ante su autoridad casi sin ninguna regularidad como para que efectivamente se pueda sancionar y eliminar los incumplimientos. Así en 1996 ha conocido cuatro acciones y en 1997 ha recibido tres. Lo que es peor, muchos reclamos han quedado estancados en la etapa administrativa.

Estas cifras revelan que la acción de incumplimiento y la función del I Tribunal de declarar por sentencia la existencia de la omisión cuando esta se hubiere producido y que aparentemente habría sido el factor principal para superar las trabas que obstaculizan el normal desarrollo del proceso de integración, ha resultado ser totalmente diferente. La voluminosa cantidad de incumplimientos de los que hablamos al inicio de esta exposición han sido considerablemente superados pero no por la vía judicial, sino mediante los protocolos modificatorios que variaron los plazos o abrogaron las normas incumplidas. Para ello se aprobó determinadas variaciones al Programa de Liberación y al Arancel Externo Común, como también se sustituyó o modificó después del incumplimiento, determinadas Decisiones de la Comisión. Esto se hizo, por ejemplo, con la controvertida Decisión 24 que creó el "Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros sobre marcas, patentes, licencias y regalías" y con la Decisión 85 que aprobó el primer "Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial" en el Grupo Andino.

Con esta experiencia, la corriente modificadora del Tratado del Tribunal, a través del Protocolo de Cochabamba, que todavía no está vigente (11/1997),, además de precisar los plazos para las distintas etapas del procedimiento administrativo de la acción de incumplimiento, como paso previo para que se inicie la etapa judicial, abre las puertas de esta acción, a las personas naturales o jurídicas

cuyos derechos hubieren sido afectados por el incumplimiento. De este modo, los particulares podrán formular su reclamo por cualquier omisión de un país Miembro ante la Secretaría General, en forma similar a la que corresponde a los Países Miembros. Además, esto quiere decir, y así entendemos que de igual modo como un País Miembro puede acudir directamente al Tribunal cuando la Secretaría General no intentare la acción no obstante su dictamen de incumplimiento, o cuando no lo emitiera dentro de los 75 días contados desde la fecha de presentación del reclamo o cuando el dictamen no fuere de incumplimiento, las personas naturales o jurídicas, pueden acudir directamente al Tribunal demandando el incumplimiento del país reclamado.

De otro lado, se observa que la sanción al país incumplido por la inobservancia de la sentencia de incumplimiento que está prevista en el Tratado, según el nuevo Protocolo Modificadorio, podría atenuarse con la "adopción de otras medidas", cuando las disposiciones vigentes de restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo al país sancionado "agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido". Además, este Protocolo concede la facultad de establecer "las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución" a la Comisión mediante la norma secundaria que apruebe la incorporación de estas disposiciones en el Estatuto del Tribunal.

Estimo que la flexibilización y ampliación de la acción de incumplimiento en cuanto a los procedimientos y a la sanción por inobservancia de la sentencia del Tribunal, aun cuando produjere el incremento del número de las acciones que se propongan ante la Secretaría General y continúen ante el Tribunal, y que por ello las estadísticas judiciales sean superiores a las actuales, no podrá superar la crónica persistencia en el incumplimiento de las normas comunitarias.

Por último la tercera función del Tribunal es la de interpretar prejudicialmente las normas del ordenamiento jurídico andino con la

finalidad de "asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros", lo cual al parecer no ha logrado su cabal cumplimiento a pesar de que el número de solicitudes de interpretación absueltas por el Tribunal, ha sido considerable. Estas peticiones han provenido casi en su totalidad de los jueces nacionales de Colombia, y, en pocos casos, de los jueces nacionales del Ecuador. De Perú acudió al Tribunal una autoridad administrativa que, por tanto, no tenía la condición de Tribunal o juez nacional para ejercer la titularidad de la acción. En cambio, los tribunales y jueces nacionales de Venezuela y Bolivia, no han solicitado la interpretación del Tribunal de la normativa andina para resolver las causas en las que deban aplicar el ordenamiento comunitario, no obstante que en sus respectivas judicaturas se han tramitado o están en curso varios casos en los cuales ha debido y debe hacerse la indicada aplicación de las normas del ordenamiento andino.

Para que esta petición de los jueces nacionales sea absuelta por el Tribunal, mediante sentencia de interpretación prejudicial, es menester que la solicitud que remitan los jueces nacionales, cumpla con varios requisitos, especialmente, que contenga un "informe sucinto" de los hechos que el juez considere relevante para la interpretación solicitada. La presentación de esta solicitud tiene el carácter de facultativa o de obligatoria, según sea el estado de la causa. Es facultativa para el juez nacional, cuando la causa que conoce puede ser objeto de recursos en el derecho interno; y es obligatoria, en caso contrario, o sea cuando se trate de judicaturas de única o última instancia. En los dos supuestos, una vez conocida y resuelta la interpretación, la sentencia del Tribunal obliga al juez consultante en los términos de la decisión adoptada por éste, en la cual este órgano jurisdiccional no puede interpretar el "derecho nacional ni calificar los hechos materiales del proceso", debido a la prohibición expresa contenida en su Tratado Constitutivo.

Las estadísticas del Tribunal muestran anualmente el incremento del número de solicitudes de interpretación. En 1987 se presentó la primera solicitud de interpretación prejudicial absuelta mediante la conocida sentencia del Proceso 1-IP-87 ⁽²⁴⁾ que abordó importantes temas. Se refirió a la función del Tribunal, a la preeminencia del Derecho Andino, al procedimiento de la interpretación, a los criterios aplicables sobre propiedad industrial, a la marca notoria, marca confundible, regla de la especialidad y al derecho de registro. Desde ese año en que se conoció la indicada primera solicitud, se han incrementado anualmente el número de peticiones, tanto que en 1997, hasta esta fecha (26/11/1997), el Tribunal ha recibido treinta y dos solicitudes de interpretación prejudicial.

Hay que precisar que en este procedimiento, las normas del ordenamiento jurídico andino que han sido objeto de interpretación son casi en su totalidad las que pertenecen a las Decisiones de la Comisión que contienen el Régimen Común de Propiedad Industrial.⁽²⁵⁾ Excepcionalmente, como se podrá observar al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Andino, se han interpretado varios artículos del Acuerdo de Cartagena que regulan el Programa de Liberación y, particularmente, el art. 5 del Tratado del Tribunal que hace relación a las obligaciones de los Países Miembros de "adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico...", tantas veces mencionado.

Todo lo dicho, si bien destaca la importancia de este mecanismo prejudicial destinado a conseguir la "aplicación uniforme" de la norma andina en todos los países de la subregión y contribuye indudablemente a presentar una buena imagen sobre el trabajo del Tribunal, demuestra con claridad que esta labor jurídica del órgano jurisdiccional está concentrada en una parte importante pero reducida, del extenso campo que abarcan las normas de la integración económica de los cinco países andinos que, como se

dijo, se unieron con el propósito de "promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros" y la finalidad que suelo repetir con frecuencia, porque el texto de esta disposición traduce el anhelo social y humano de la integración: "... de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión".

El Protocolo Modificadorio del Tratado del Tribunal, poco avanza en materia de interpretación prejudicial, quizá porque no resultó evidente otra necesidad que no sea la de mejorar la redacción de sus normas. Sin embargo, como un esfuerzo adicional para enmendar la negligencia o inobservancia de quienes estaban autorizados en unos casos para solicitar la interpretación (solicitud facultativa), y obligados en otros para hacer esta petición (solicitud obligatoria), incorpora una nueva disposición que a la letra dice: "Artículo 36.- A los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección."

XI

En la vía para llegar a la ampliación de las facultades del Tribunal Andino de Justicia, diseñada mediante la reforma del Tratado de su Creación, los países del Acuerdo, vale repetir, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, después de considerar varias proposiciones de los distintos grupos de trabajo, han coincidido en el texto de un Protocolo Modificadorio ⁽²⁶⁾ -cuya vigencia aún se espera(11/1997)-, que además de precisar o ampliar las acciones y procedimientos judiciales y las facultades originales del Tribunal, crea nuevas atribuciones para este órgano jurisdiccional. Entre ellas se destaca la función arbitral, la misma que debidamente aplicada, podría ser el mejor instrumento del que dispongan los países asociados para solucionar en forma más expedita las diferencias que

se presenten entre las partes, permitiendo un desarrollo continuo de la integración, naturalmente con las propias y breves interrupciones de este mecanismo, que podrían resultar imperceptibles o carentes de influencia negativa para la normal marcha del proceso.

Estas nuevas atribuciones que posteriormente tendrá el Tribunal, en el orden y en los términos del texto modificadorio aluden a la facultad de conocer los recursos por omisión o inactividad, ejercer la función arbitral y asumir la jurisdicción laboral.

La primera de estas atribuciones, el recurso por omisión o inactividad, pretende motivar a tres importantes órganos del Sistema, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General, a cumplir con el ejercicio de sus obligaciones comunitarias, como por ejemplo podría ser la de reunirse ordinariamente para resolver los asuntos de su competencia, bajo la advertencia de que si se abstuvieran de hacerlo y hubiere un reclamo de los Países Miembros o de las personas naturales o jurídicas no aceptado por el respectivo órgano de la Comunidad, el Tribunal, previa solicitud del reclamante "emitirá la providencia correspondiente", como dice el Protocolo modificadorio.

En este caso, cabe la misma inquietud que la presentada en cuanto a la acción de incumplimiento. La Comisión, como órgano del Sistema, podría reclamar a la Secretaría General, por ejemplo, la falta de expedición de los informes motivados de incumplimiento dentro del término legal y a su vez la Secretaria podría reclamar a la Comisión el incumplimiento de las reuniones ordinarias en las fechas previamente establecidas. En cambio, un País Miembro que está obligado a concurrir a las sesiones de la Comisión en la cual tiene su plenipotenciario, si por su inasistencia no se realizare la reunión para la cual fue convocado, estaría prácticamente impedido de acudir a este recurso. No veo con claridad cuál sería el alcance de esta reforma en cuanto hace relación a mejorar el desarrollo del proceso o a controlar el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento

jurídico, sobre todo porque tratándose de que el reclamante sea una persona natural o jurídica, para ejercer la titularidad de la acción,... tendría que demostrar que la inactividad o la omisión del órgano reclamado, afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. Por esta razón, considero que la nueva competencia, en cuanto al número de causas que pueda elevar a conocimiento del Tribunal, correrá la misma suerte que la acción de incumplimiento, es decir que el número de ellas será limitado. En otras palabras, este nuevo recurso, poco aportará para mejorar la marcha del proceso o para incrementar el trabajo del Tribunal.

La siguiente reforma es la que se refiere a la "función arbitral" mediante la cual se declara que "El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos... cuando las partes así lo acuerden". De las tres nuevas competencias consideramos que esta es realmente la más importante de ellas, sobre todo si tenemos en cuenta que en este tiempo, la modalidad arbitral está adquiriendo carácter preferente para resolver los conflictos dentro del ordenamiento jurídico de varios países, así como en la esfera de los acuerdos de integración con la idea de encontrar en el arbitraje, el mecanismo más expedito para solucionar las diferencias que puedan surgir de los compromisos comerciales, o de los convenios y tratados de la integración. Lo novedoso de esta competencia, es que el protocolo modificadorio a más de prever la atribución del Tribunal para resolver arbitralmente las diferencias entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, establece también la posibilidad de que los particulares puedan someter al arbitraje del Tribunal, las controversias que resulten de la aplicación o interpretación de los mismos instrumentos cuando sean suscritos por ellos y los órganos e instituciones del sistema. Esta competencia se extiende a los contratos de carácter privado que estén regidos por el ordenamiento jurídico de la comunidad andina,

cuando las partes estuvieren de acuerdo en someter sus problemas al arbitraje del Tribunal.

Por otra parte, además de la disposición reformativa mediante la cual se deja a criterio de las partes el solicitar al Tribunal que decida la controversia en derecho o en equidad; en el artículo siguiente, el Protocolo Modificadorio concede también a la Secretaría General competencia arbitral para dirimir "las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la comunidad andina", suscrito por las mismas partes del Tratado de Creación del Tribunal, es decir por los mismos Países Miembros del Acuerdo.

La tercera y nueva atribución corresponde a la jurisdicción laboral, mediante la cual se atribuirá competencia al Tribunal para resolver las controversias de carácter laboral que se presenten dentro de los distintos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Siguiendo el tenor literal del artículo propuesto por el Protocolo Modificadorio y relacionándolo con las normas del Acuerdo de Cartagena, en cuanto se refiere a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, esto quiere decir que todas las reclamaciones de carácter laboral, entre ellas, las que se pudieran presentar dentro del Consejo Presidencial Andino o del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o del Parlamento Andino o del propio Tribunal de Justicia, correspondería conocer a este órgano jurisdiccional. Incluso si seguimos la lectura de la nómina de los órganos e instituciones del Sistema, el Tribunal tendría competencia para conocer las demandas laborales del personal que trabaje en el Consejo Consultivo Laboral y en el Consejo Consultivo Empresarial, no obstante que, siendo organizaciones compuestas por representantes del sector privado, forman parte del Sistema Andino de Integración.

El Tribunal de Justicia, ya tuvo la ocasión de conocer la posición adoptada por uno de los Países Miembros del Acuerdo sobre esta materia, cuando el país sede de su organización de una u otra manera, desconoció el precepto del Tratado de Creación del Tribunal mediante el cual se concede a este organismo la facultad de aprobar su propio Estatuto y regular dentro de él "tanto el funcionamiento del Tribunal como los procedimientos judiciales", razón por la cual el Estatuto del Tribunal ⁽²⁷⁾ dispone de manera expresa que "El Tribunal establecerá en el Reglamento Interno los procedimientos de selección, modalidades de contratación, categorías y períodos, así como el régimen de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados".⁽²⁸⁾

Por lo visto, si bien se adiciona una nueva competencia al Tribunal, estimo que el ejercicio de la jurisdicción laboral podría elevar considerablemente el grado de confrontación de las normas nacionales de carácter laboral, con las disposiciones del Protocolo Modificadorio que naturalmente, siendo un tratado internacional, cuando sea ratificado y adquiera vigor en los Países Miembros, entrará a formar parte de los ordenamientos jurídicos nacionales y naturalmente adquirirá la prevalencia que le corresponde de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia del Derecho de la Integración.

En todo caso, en cuanto el Protocolo Modificadorio se encuentre vigente, se aumentarán las competencias jurisdiccionales del Tribunal, lo cual hace suponer que se incrementará también el número de conflictos que tenga que resolver y naturalmente la actividad de este órgano jurisdiccional garantizando siempre que el proceso de integración andina tenga el más adecuado, oportuno y preciso control de la legalidad.

En términos generales, no obstante la falta de una debida utilización de las mencionadas acciones judiciales por parte de los titulares de ellas, que, como hechos dicho, según el caso, son los Países Miembros, la Comisión y la Junta por una parte y las

personas naturales o jurídicas por otra, la creación y permanencia de un Tribunal de Justicia como el de la Comunidad Andina, que es parte integrante de la estructura integracionista, resulta ser algo indispensable para consolidar la marcha y realización del proyecto colectivo. Este Tribunal y cualquier otro de igual o similar naturaleza, debe constituirse en promotor de las ventajas que pueden obtener los asociados, cuando las relaciones comerciales entre los Países Miembros adquieren un flujo ordenado y pacífico, teniendo en cuenta que el tránsito del ordenamiento jurídico nacional al ordenamiento comunitario, siempre encontrará fórmulas de avenimiento y solución que sean las más oportunas y que ellas puedan ser aplicadas por un Tribunal comunitario.

En resumen, esta es la historia jurídica e institucional del Acuerdo de Cartagena y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que refleja de manera especial la importancia y significado del órgano jurisdiccional en el proceso de integración, cuyo trabajo en las acciones de nulidad e incumplimiento y en la interpretación prejudicial, ha tenido un resultado numérico que, dada la complejidad de la integración, los problemas que ella genera y la poca receptividad que se ofrece a estas organizaciones jurisdiccionales, resulta ser proporcionado a esa realidad.

XII

Finalmente, la apreciación objetiva de la actividad jurisdiccional, dentro del proceso de integración, sin duda alguna, está vinculada en forma directa a la voluntad de los países del Acuerdo para utilizar o no los mecanismos establecidos por ellos mismos para el control de la legalidad, la solución de los conflictos y la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo establecido por el propio Tratado Constitutivo de la organización.

El examen de estos resultados y la convicción de que es indispensable propiciar el fortalecimiento del órgano jurisdiccional

andino ha impulsado la realización de una tarea colectiva de análisis y reflexión para propiciar periódicamente el fortalecimiento institucional de la integración y particularmente de su Tribunal de Justicia.

El Protocolo Modificatorio de Cochabamba es una prueba de ello; sin embargo, la necesidad de mantener vigente el valor supremo del derecho en un conjunto de naciones a través de un Tribunal de Justicia de índole netamente comunitaria, considerado inclusive, como un Tribunal supranacional, exige la comprensión de todos los miembros de la comunidad y, de manera particular, de los jueces, abogados y estudiosos del derecho. La renuencia de ellos o de alguno de ellos para aceptar la justicia que provenga de un Tribunal Comunitario o supranacional, tiene que desaparecer por el impulso de la visión cósmica de la integración y el convencimiento de que mientras la soledad en el desarrollo resulta inaceptable, la asociación comunitaria de nuestros pueblos es una exigencia permanente.

*** "SEMINARIO SOBRE DERECHO COMUNITARIO"**

CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA,
MANAGUA- NICARAGUA, 22 a 26 NOVIEMBRE DE 1997.

NOTAS:

¹⁾ Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Centroamericana, 10 de junio de 1958

²⁾ Jorge Antonio Giammattei, Normativa Jurídica, Corte Centroamericana de Justicia, Managua-Nicaragua, 1996.

³⁾ Declaración de Bogotá, 16 de agosto de 1966

⁴⁾ Declaración de Presidentes de América, 14 de abril de 1967

⁵⁾ Galo Pico Mantilla, TRATADOS Y CONVENIOS DE LA INTEGRACIÓN, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, TJAC, Quito, 1992, p. 470.

⁶⁾ Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, 28 de octubre de 1979.

⁷⁾ Protocolo de Quito, en vigor desde el 25 de mayo de 1988

⁸⁾ Art. 1 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino

⁹⁾ Art. 13 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino

¹⁰⁾ Protocolo de Trujillo, suscripción, 10 de mayo de 1996

¹¹⁾ Protocolo de Trujillo, vigencia, 2 de junio de 1997

¹²⁾ DECISIÓN No. 1 / LA COMISIÓN DE INTEGRACIÓN DEL PARLAMENTO ANDINO / CONSIDERANDO: / Que la cámara Nacional de Representantes del Ecuador, por intermedio de su Presidente Ing. Raúl Baca Carbo y, del Dr. Alejandro Carrión Pérez, miembro del Parlamento Andino, ha presentado a consideración de la Comisión Segunda de Integración del Parlamento Andino, el Proyecto de creación de la Universidad Andina "Simón Bolívar". / Que este proyecto contribuirá en forma efectiva y decisiva a promover la participación de los pueblos en el proceso de integración, así como a fomentar la conciencia comunitaria y la más amplia difusión de los principios y formas que orientan el establecimiento de un nuevo orden internacional; y Conforme lo dispone el Artículo 12 del Tratado, / D E C I D E : / Acoger, respaldar y pasar a consideración de la Comisión de Educación del Parlamento Andino, por ser de su exclusiva competencia, la propuesta de crear la Universidad Andina "Simón Bolívar", a nivel de post-grado, con diversas especialidades en cada país, en que se de a nivel de excelencia, la formación humanística, científica y tecnológica necesaria para el desarrollo económico, social y científico de los pueblos. / Dado en Quito, a los quince días del mes de enero de

1981./ Galo Pico Mantilla, PRESIDENTE, *Ecuador* / Rómulo Henríquez, RELATOR, *Venezuela*. Ob. cit., p.284.

¹³⁾ Galo Pico Mantilla, ob. cit., p. 295

¹⁴⁾ Acuerdo de Integración Subregional, 26 de mayo de 1969.

¹⁵⁾ Instrumento Adicional para la Adhesión de Venezuela, 13 de febrero de 1973.

¹⁶⁾ Protocolo de Lima para la separación de Chile, 5 de octubre de 1976.

¹⁷⁾ Protocolo de Lima, 30 de octubre de 1976.

¹⁸⁾ Protocolo de Arequipa, 21 de abril de 1978.

¹⁹⁾ Protocolo de Quito, 12 de mayo de 1987.

²⁰⁾ Protocolo de Trujillo, 10 de marzo de 1996.

²¹⁾ Protocolo para la Solución de Controversias en la ALALC, Asunción, 2 de septiembre de 1967.

²²⁾ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, Recopilación Galo Pico Mantilla, Tomos I, II y III, BID, INTAL, TJAC, 1994, T.I.p.59-94, T.III. p 25-31.

²³⁾ Art. 5 del Tratado del Tribunal

²⁴⁾ Proceso 1-IP-87, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 28 de 16 de febrero de 1988. Ob. cit., T. I. p. 99 y sgts. ANEXO N° 2.

²⁵⁾ Decisiones de la Comisión N° 85, 311, 313 y 344 (a 11/1997).

²⁶⁾ Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Cochabamba, Bolivia, 28 de mayo de 1996.

²⁷⁾ Art. 21 del Estatuto del Tribunal. Decisión 84 de la Comisión.

²⁸⁾ “INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y RÉGIMEN LABORAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA”, Galo Pico Mantilla, Quito, diciembre de 1994. ANEXO N°4..

COMUNIDAD ANDINA Y TRIBUNAL DE JUSTICIA
RÉGIMEN DE CAPITALES EXTRANJEROS: SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS- ARBITRAJE *

1. COMUNIDAD ANDINA

La denominación actual de “Comunidad Andina”, identifica al inicialmente conocido como “Grupo Andino” o “Pacto Andino” instituido por el Acuerdo de Integración Subregional suscrito por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú en la ciudad de Bogotá el 26 de mayo de 1969 y denominado oficialmente “Acuerdo de Cartagena” mediante la Decisión No.1 de la Comisión, el entonces órgano máximo del Acuerdo. Con posterioridad, varió la conformación del Grupo: Venezuela se incorporó en 1993, mientras que Chile dejó el Acuerdo en 1976. Desde esa fecha hasta la presente (28/05/1999), el Grupo Andino, está integrado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

1.1 Objetivos

Los mencionados países se integraron en el denominado “Grupo Andino” con el objetivo fundamental “de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”, constituida por el territorio de los países suscriptores del Acuerdo. En este instrumento, se comprometieron a promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus países mediante la integración y la cooperación económica y social para procurar su participación en el proceso de integración regional con la finalidad de constituir, progresivamente, un mercado común latinoamericano.

Adicionalmente, el Protocolo de Quito (12 de mayo de 1987), uno de los Protocolos modificatorios del Acuerdo de Cartagena, precisó como objetivos de la integración andina: promover el desarrollo

equilibrado y armónico de los países suscriptores en condiciones de igualdad; acelerar su crecimiento; incrementar la ocupación; y facilitar su participación en la integración subregional con la finalidad de constituir un mercado común latinoamericano. Además, señaló el propósito de disminuir la vulnerabilidad externa, mejorar la posición andina dentro del contexto internacional, fortalecer la solidaridad regional, y reducir las diferencias del desarrollo. El Protocolo de Trujillo (10 de mayo de 1996) mantiene en vigor estos objetivos de la integración.

1.2 Mecanismos

Para lograr estos objetivos de interés común de los Países Miembros acordaron la adopción y desarrollo de varios mecanismos y medidas consideradas como indispensables, los mismos que han sido objeto de modificaciones conceptuales y adecuaciones a la realidad subregional. El Acuerdo inicial y las modificaciones introducidas posteriormente, enumeran de manera especial, los siguientes: la armonización de políticas económicas y sociales con la aproximación de sus legislaciones; la programación conjunta del proceso de industrialización subregional; la liberación del comercio, con sus programas avanzados; la adopción de un arancel externo común, la integración física y el tratamiento preferencial para Bolivia y Ecuador.

Además de los indicados mecanismos y medidas, se menciona algunos programas y acciones de cooperación, sobre el desarrollo científico y tecnológico, la integración fronteriza, el turismo, el aprovechamiento de los recursos naturales, los servicios, los programas de desarrollo y la comunicación social.

1.3 Estructura institucional

El Acuerdo de Cartagena fue creado inicialmente con dos instituciones encargadas de la ejecución y desarrollo del convenio internacional: la “Comisión”, como su órgano máximo; y la “Junta”,

como su órgano técnico. La primera integrada por los plenipotenciarios de los Países Miembros del Acuerdo y la segunda compuesta por tres miembros designados por el voto unánime de los miembros de la Comisión. Estos dos órganos principales del Acuerdo, fueron creados con facultades normativas: las de la Comisión se expiden con el nombre de “Decisiones” y las de la Junta con el nombre de “Resoluciones” y tenían la categoría de principales, mientras que los Comités Consultivo y Asesor, la de órganos auxiliares. En la actualidad, la Junta del Acuerdo ha sido sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Efectivamente, el VII Consejo Presidencial Andino (Trujillo, Perú, 9-10 de mayo de 1996), decidió crear la “Comunidad Andina” y establecer el “Sistema Andino de Integración”, e incluir dentro de él a varios órganos e instituciones entre los cuales está la Secretaría General, después del Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina (antes Comisión del Acuerdo de Cartagena).

2. TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA

“Tribunal Andino de Justicia”, es el nombre con el cual los presidentes de los países andinos en su Declaración del 8 de agosto de 1978 identificaron al órgano jurisdiccional, cuya creación consideraron impostergable para que exista un órgano encargado de controlar la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y la Junta, dirimir las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interpretar los preceptos que conforman la estructura jurídica del Acuerdo.

Con el mismo nombre –aunque éste no fue confirmado por el Tratado de su creación-, se conoce al “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” instituido el 28 de mayo de 1979, por voluntad de los Estados signatarios, luego de una serie de estudios y

proposiciones. En la actualidad, por el Protocolo de Trujillo, se denomina “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

2.1 Antecedentes y Tratado de Creación

Los Países Miembros, luego de establecer la necesidad y conveniencia de que el proceso de integración subregional cuente con una institución jurisdiccional propia que forme parte del Acuerdo de Cartagena, la Junta, en 1972, presentó el primer documento que se registra en la historia de la creación del Tribunal, denominado “Bases de un Tratado para la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”; más tarde, en 1974, la misma Junta entregó el “Proyecto de Tratado” cuyo texto fue revisado por dos ocasiones durante el año de 1977.

La plausible persistencia de las autoridades y de los ideólogos de la integración en este propósito creador del órgano del órgano jurisdiccional llevó a la convocatoria de expertos gubernamentales y luego a la de representantes plenipotenciarios para la negociación del Tratado. Las reuniones se efectuaron entre junio de 1977 y abril de 1979, oportunidad en la que se presentó el Informe Final de los indicados representantes.

En 1978 –un año antes del Informe Final y de la correspondiente suscripción del Tratado de creación del Tribunal-, se firmó en Bogotá la declaración de presidentes de los países andinos, en la que, además de lo manifestado anteriormente, recomendaron a la Comisión el examen del proyecto, de modo tal que pueda culminar al siguiente año, con la suscripción del Tratado del Tribunal.

En efecto, los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, el 28 de mayo de 1979, suscribieron el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, integrándolo a la estructura institucional del Acuerdo, como el tercer órgano principal del mismo, con las funciones propias de su índole jurisdiccional. El Tratado entró en vigor el 19 de mayo de 1983, fecha

en la cual, con la aprobación de Venezuela, se cumplió el requisito para su vigencia, mediante el depósito de los instrumentos de ratificación de los cinco países suscriptores. De inmediato, Ecuador, país sede del Tribunal, realizó las gestiones conducentes a la instalación y funcionamiento de esta institución comunitaria, la misma que inició sus labores el 5 de enero de 1984.

El preámbulo del referido tratado –parte integrante de este instrumento internacional-, entre otros conceptos valiosos, expresa que la integración constituye un propósito común de desarrollo económico y social, “que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros;” y que los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela por medio de sus Representantes Plenipotenciarios convienen en celebrar el Tratado de Creación del Tribunal “Seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

Por otra parte, el estudio de los antecedentes documentales de la fundación del Tribunal y el texto del Tratado, nos permite concluir que varias disposiciones tienen similitud con el instrumento regulador del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de manera especial, en lo relacionado con las normas que le dan identidad y características propias debido a los objetivos del Acuerdo y a los principios del nuevo Derecho de la Integración. Es por esta razón que el Tribunal tiene la condición “sui géneris” de organismo internacional de carácter comunitario, distinto por su naturaleza y funciones, de

otros organismos creados por tratados, convenios o acuerdos de características diferentes.

Al marco jurídico de la creación del Tribunal, se incorporó posteriormente el Estatuto de esta Organización aprobado por la Comisión del Acuerdo mediante la Decisión 184 de 10 de agosto de 1983 y el Reglamento Interno regulador de las actividades administrativas y jurídicas, aprobado por el Tribunal, el 19 de junio de 1985, en ejercicio de la atribución expresamente concedida por el Tratado.

2.3 Sede y composición

El Tribunal tiene su sede permanente en Quito-Ecuador y está integrado por cinco magistrados ⁽¹⁾ nacionales de cada uno de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, designados por los respectivos plenipotenciarios, previa la formalidad de un procedimiento especial y el cumplimiento de requisitos individuales equivalentes a los que sean indispensables en cada uno de los países andinos para el “ejercicio de las más altas funciones judiciales”. La particularidad que se asigna a los magistrados del Tribunal, es la misma que corresponde al ordenamiento jurídico y, en general, a sus instituciones, esto es, la plena independencia para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Esta independencia, atribuida a todos los magistrados, está garantizada por las inmunidades establecidas por los usos internacionales y, particularmente, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

2.4 Funciones ⁽²⁾

Las funciones jurisdiccionales que corresponden al Tribunal, se clasifican en tres grupos: acciones de nulidad, acciones de incumplimiento y solicitudes de interpretación prejudicial.

2.4.1 Acción de nulidad

En este caso, inicialmente correspondió al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta –los dos órganos principales del Acuerdo-, cuando se hubiere observado formalmente que estos preceptos han sido dictados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Este ordenamiento, es el conjunto de las normas fundacionales o constitucionales del Acuerdo y las derivadas del mismo, provenientes de la voluntad de los Estados suscriptores y de los organismos creados para el efecto con poder normativo propio. En la actualidad además de la Comisión y la Secretaría General, tienen esta atribución, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión Ampliada.

Por definición (art.1 del Tratado del Tribunal), el citado ordenamiento está conformado por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. Las Decisiones de la Comisión constituyen los actos normativos de carácter obligatorio aprobados con la particularidad de ser aplicables directa y preferentemente en el territorio de los países andinos; y, las Resoluciones de la Junta (hoy Secretaría General) son, así mismo, actos normativos de orden derivado expedidos por este órgano del Acuerdo, en uso de la facultad concedida por el Tratado constitutivo del Pacto Andino. El último protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena, el Protocolo de Trujillo, incorpora dentro de este ordenamiento a las Decisiones adoptadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y por la Comisión Ampliada con la asistencia de los Ministros o Secretarios de Estado cuya materia sea objeto de resolución.

2.4.2 Acción de incumplimiento

Esta acción puede ser presentada ante el Tribunal, tanto por la Secretaría General, como por los países miembros. El procedimiento de esta acción, se desarrolla mediante la etapa administrativa y la

fase jurisdiccional. En otras palabras, el incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino y de las obligaciones de él derivadas, podría subsanarse por dos vías, la administrativa por acción de la Secretaría General y la jurisdiccional por acción del Tribunal.

Concluido el trámite de esta acción, si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el país reclamado tendrá la obligación de adoptar las medidas que sean indispensables para la ejecución de la sentencia dentro de los noventa días posteriores a la fecha de notificación de la misma. De no hacerlo, es decir en el supuesto de mantener su actitud de incumplimiento que resultaría ser no solo atentatoria contra las normas del Ordenamiento jurídico del Acuerdo, sino como es obvio contra la filosofía y principios de la integración el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Junta, puede sancionar al país incumplido mediante la determinación de los límites dentro de los cuales el reclamante o cualquier otro país miembro, puede restringir o suspender, en forma total o parcial, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al país sancionado por el Tribunal.

2.4.3 Interpretación prejudicial

En tercer lugar, el Tribunal está facultado para interpretar por la vía prejudicial las normas del Acuerdo de Cartagena, del Tratado del Tribunal, de las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino, y de las Resoluciones de la Secretaría General o sea del ordenamiento jurídico del Acuerdo establecido por el Tratado de Creación del Tribunal y modificado por el Protocolo de Trujillo, con la finalidad de “asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

Para este procedimiento, las solicitudes de interpretación prejudicial deben ser presentadas por los jueces nacionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela ante el Tribunal de

Justicia de la Comunidad Andina, cada vez que, en los casos sometidos a su conocimiento, deban aplicar alguna de las normas del citado ordenamiento, es decir que esta petición y la consiguiente interpretación procede únicamente para los casos en los cuales el juez nacional en su resolución deba aplicar el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, no así cuando la decisión corresponde a las normas del ordenamiento jurídico interno de los Países Miembros de la Comunidad. El hecho de formular la petición de interpretación al Tribunal comunitario es obligatoria para el juez nacional de última instancia y facultativo para el juez cuya sentencia sea susceptible de recursos según la legislación interna; pero, como se ha dicho, siempre que se trate de un proceso en el cual para su resolución se deba aplicar alguna o algunas disposiciones del ordenamiento jurídico andino.

Por otra parte, la sentencia interpretativa del Tribunal Andino que si bien es obligatorio para el juez que conoce del proceso, por imperio del Tratado del mismo Tribunal, tiene que “limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”. En consecuencia, está prohibido al tribunal “comunitario interpretar el contenido y alcances del derecho nacional” y “calificar los hechos materia del proceso”.

3. CAPITALES EXTRANJEROS – SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

3.1 Decisión 24

La Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, expedida el 31 de diciembre de 1970 con el nombre de Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre nuevas Patentes, Licencias y Regalías, se distinguió de las demás normas comunitarias por el carácter restrictivo de sus disposiciones, las cuales se consideraron como las mínimas que podían establecer los Países Miembros del Acuerdo. Estas restricciones se concretaron en

los siguientes puntos: límite para las remesas de utilidades al exterior; transformación de las empresas extranjeras en nacionales o mixtas; requisito de autorización expresa para las nuevas inversiones extranjeras; regulación del crédito interno y externo; restricciones para la reinversión automática de utilidades; y prohibición de ser invertida en sectores estratégicos.

Dado el espíritu y alcance de esta Decisión, la petición de los sectores involucrados o afectados con estas disposiciones, inicio una verdadera campaña que fue conocida como de “flexibilización” de la Decisión 24. Como resultado de ello, se produjeron una serie de modificaciones mediante la expedición de varias Decisiones, inclusive sobre temas vinculados a ella como la doble tributación (Decisión 40) y el Régimen Uniforme de las Empresas Multinacionales Andinas (Decisión 46 sustituida por la Decisión 292).

3.2 Decisión 220

La referida Decisión 24, fue sustituida por la Decisión 220 de la Comisión (Gaceta Oficial No.20 de 18 de mayo de 1987). Esta Decisión sustitutiva, que también fue reemplazada por otra (Decisión 291), está precedida de una Declaración que consta de nueve puntos, entre los cuales se anota el principio de igualdad en el tratamiento de los capitales extranjeros y las inversiones nacionales cuando destaca que “El tratamiento a los capitales extranjeros no puede ser discriminatorio en contra de los inversionistas nacionales.”.

Ahora bien, dentro de las disposiciones normativas de esta Decisión se establece que “En la solución de controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas; “(art.34)

3.3 Decisión 291

Posteriormente, la Decisión 291 de la Comisión (G.O. 80 de 4 de abril de 1991), así mismo, sustituyó a la Decisión 220 como una culminación del proceso de flexibilización, tanto que es considerada como la Decisión que “eliminó los últimos obstáculos que impedían el libre acceso a los capitales a los países de la subregión”; y, en la parte relativa a la solución de controversias amplió el contenido de esta disposición, en los siguientes términos: “En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de inversionistas subregionales o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas”.

4. FUNCIÓN ARBITRAL

La modalidad del arbitraje, como medio para la solución de controversias en la Comunidad Andina surge de un Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado del Tribunal que se propone agregar a las competencias del Tribunal asignadas por el Tratado de su creación -anterior y brevemente descritas-, la Sección Quinta del Capítulo III que se titula “De la Función Arbitral”. En este proyecto se advierte que el ejercicio de la Función arbitral rebasa el ámbito del Tribunal y encarga esta función también a la Secretaría General, cuando se trata de controversias entre particulares, mientras que cuando las controversias se originan en contratos suscritos entre las instituciones del sistema andino, esta función corresponde ser ejercida por el Tribunal. Ahora bien, como de manera particular el propósito de estos trabajos es el de difundir la legislación sobre arbitraje es conveniente conocer el texto correspondiente del proyecto reformativo, que dice lo siguiente:

“Art.38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e

instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

“Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

“A elección de las partes, al Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapeable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.”.

“Artículo 39.- La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrando las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

“La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.”.

Por otra parte, la solución de las controversias que se produzcan como consecuencia de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, fue limitada por el propio Tratado del Tribunal a los procedimientos en él establecidos: acción de incumplimiento, acción de nulidad e interpretación prejudicial. Es más, el artículo 32 que regula esta materia, prohíbe a los Países Miembros someter sus diferencias a “ningún Tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno” que no sea los antes señalados; y, el artículo 42 del proyecto modificatorio, añade a la disposición anterior que “los Países

Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado”, es decir a la competencia arbitral que el citado proyecto incorporaría al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Por último cabe señalar que este Protocolo Modificatorio, aún (28/05/1999) no se encuentra en vigor pues para que esto suceda, todos los Países Miembros que lo suscribieron deben depositar el respectivo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina; hasta la fecha, 28 de mayo de 1999, lo han hecho Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela y está pendiente la ratificación de Colombia. El otro requisito convenido por los firmantes para que entre en vigor este Protocolo Modificatorio, que fue el de la vigencia del Protocolo Modificatorio del Tratado de Integración Subregional (Acuerdo de Cartagena) suscrito en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, ya se cumplió el 3 de junio de 1997, y su texto forma parte de la Codificación del Acuerdo aprobada mediante la Decisión No.406, publicada en la Gaceta Oficial No. 273 de 4 de julio de 1997.

*** Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena**

Quito, mayo 28 de 1999.

NOTAS:

⁽¹⁾ Desde la separación de Venezuela, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está conformado únicamente por los Magistrados de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Producida esta separación, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobó la Decisión 633 (Gaceta Oficial 1356 de 16 de junio del 2006), según la cual “El número de Magistrados

que integren el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será igual al número de Países Miembros de la Comunidad Andina.”

⁽²⁾ El Protocolo de Cochabamba, modificadorio del Tratado del Tribunal, firmado el 28 de mayo de 1996 y en vigor desde el 25 de agosto de 1999 amplió las funciones del Tribunal para conocer y resolver lo siguientes casos:

a) ·El Recurso por Omisión o Inactividad contra el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, cuando estos organismos se abstengan de cumplir una actividad obligatoria establecida por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, después del requerimiento de parte interesada;

b) La función arbitral que puede ser ejercida, por acuerdo de las partes, para dirimir, en derecho o equidad, las controversias que surjan de la aplicación o interpretación de los contratos suscritos entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o de los suscritos entre éstos y terceros; y,

c) La jurisdicción laboral, mediante la cual el Tribunal es competente para conocer las controversias laborales originadas en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
VIGÉSIMO PRIMER ANIVERSARIO DE SU FUNDACIÓN *

Gracias a vuestra generosa invitación me encuentro nuevamente con ustedes en el camino intelectual hacia la integración andina, en ese esfuerzo individual y colectivo de crear y organizar una comunidad ampliada en un espacio geográfico más extenso que el de cada uno de los países integrantes.

El anhelo de esa integración, de aquella que me correspondió propiciar junto a otros idealistas hace ya varias décadas, tenía y tiene el propósito de lograr el mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión, objetivo éste que cuando parece acercarse a su mejor realización surge alguna crítica injustificada o algún obstáculo inexplicable que lo dificulta. Por ejemplo, la libre circulación de personas que propiciamos, mientras más avanza, genera dudas sobre su conveniencia y oportunidad; es que la integración económica, social y ahora jurídica de la comunidad andina no es la simple asociación de las voluntades oficiales sino el encuentro real de los intereses colectivos, que penosamente los miro muy distante.

Ya no se trata únicamente del cálculo matemático, ni del volumen de importaciones y exportaciones subregionales, lo que se requiere es que ellas, junto a los demás programas integracionistas contribuyan a la consecución del objetivo principal para iluminar con luz brillante, generosa y amplia el sendero por el cual hemos transitado en forma lenta y segura; aunque, no sé si en la realidad, ahora, en la cuarta década de la integración, hemos ido lo suficientemente lejos como para no esforzarnos más y continuar adelante, con programas permanentes o medidas coyunturales que

faciliten nuestro camino y la llegada a la meta del mercado común que es la que nos propusimos hace mucho tiempo. Más, si esto no es posible, reflexionemos -como se dice ahora- sobre el diseño inicial, sobre las sucesivas reformas, sobre los nuevos propósitos y evaluemos para el 2000 el resultado de la unión y la conveniencia de fortalecerla en términos reales, jurídicos y efectivos porque estimo que la comunidad ya no espera.

Dentro de este panorama, cuando la integración andina comenzaba a dar sus pasos, con mejor precisión, cuando transcurrió la primera década del proyecto integracionista, el entonces “Acuerdo de Cartagena” denominado generalmente “Pacto Andino”, es cuando se pensó en la necesidad de complementarla y fortalecerla con el apoyo indispensable de un ordenamiento jurídico propio, y de un Tribunal de Justicia de carácter comunitario, que pueda funcionar con sus propias particularidades y con facultades supranacionales para resolver las diferencias que surjan entre los países asociados; la primera vez, las siguientes y todas, las ocasiones bajo un mismo procedimiento, con un derecho propio al que siempre lo llamé “Derecho Andino”. Así mismo, con un Tribunal Andino de Justicia hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a fin de que contribuya a la integración con el acierto y la oportunidad de sus decisiones.

Este propósito ocupó parte de la preocupación integracionista y se unió al amplio y general deseo de caminar juntos, primero como un necesario proyecto, luego como un tratado acordado y firmado en 1979, y, finalmente, como una realidad jurídica y una conquista comunitaria. Así, inició sus labores este honorable Tribunal en 1984, después que, el año que precedió, todos los países miembros de la hoy Comunidad Andina ratificaron el Tratado de su creación. Por fortuna me tocó seguir estos pasos, los del Tribunal en particular y los de la integración andina en general; y luego, me correspondió el

honor de presidir este alto tribunal después de los tres primeros años de su creación.

Por eso es que hoy puedo afirmar que con los distinguidos colegas que han honrado este Tribunal a los cuales todos recordamos, compartimos el esfuerzo de llevar adelante la justicia de manera tranquila y silenciosa, con probidad y eficacia como ahora lo hacen los actuales y reconocidos magistrados.

Han pasado los años, se ha solucionado muchos casos, se ha expedido un sinnúmero de sentencias, se ha profundizado con particular dedicación en lo que podría ser la propiedad intelectual andina; se analiza cada vez más, los casos de incumplimiento en mayor grado y los de nulidad en menor número. El Tratado original fue mejorado, por lo tanto, es de aspirar que sea una realidad el vigor que se pretendió darle con el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal. Estimo que el texto modificatorio ya constituye un soporte firme para esa gran construcción integracionista.

Corresponde, entonces, a los países de la Comunidad Andina fortalecerlo aún más, no únicamente con el número de causas, sino con el cumplimiento de sus decisiones, con el acatamiento de sus resoluciones, para así estructurar una justicia comunitaria que sirva no sólo para solucionar las diferencias entre los países en disputa, sino también para motivar que no reincidan en sus incumplimientos o inobservancia de la norma comunitaria.

En fin, largo sería relatar con mayor precisión y abundancia todos los detalles del proyecto integracionista, ahora muy amplio y en cierto modo difuso; me basta por ahora, el haber tenido la oportunidad de recordar algunos de ellos, congratularme con la justicia comunitaria y felicitarles cumplidamente por este aniversario con la seguridad de que vuestra inteligente y acertada participación, la suya señor

Presidente y la de vosotros señores Magistrados, seguirán contribuyendo a solidificar y aumentar el prestigio de este Tribunal al que otros magistrados como yo, tuvimos ya la oportunidad de dedicarle algunos años de nuestras vidas.

*** TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA**

Quito, 29 de mayo del 2000..

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA COMUNIDAD ANDINA

RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL *

I

La Comunidad Andina es el conjunto de países que forman parte del proceso de integración subregional iniciado en 1969 con el nombre de “Acuerdo de Cartagena”. En la actualidad (05/2007) está integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, países a los cuales se les denomina “países miembros” y están sujetos al “Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina” ⁽¹⁾, el mismo que comprende el Acuerdo de Cartagena, el Tratado del Tribunal de Justicia, las Decisiones, y Resoluciones aprobadas por los competentes órganos comunitarios, y los Convenios de Complementación Industrial, incluidos por el último Protocolo Modificadorio.

Las referidas Decisiones -leyes comunes de los países miembros-, una vez aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión integrada por los plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú se instituyen como normas comunitarias de obligatorio cumplimiento por parte de los países miembros.

Para el caso que se describe a continuación, anotemos en primer lugar que la Comisión ha expedido las siguientes Decisiones relacionadas con la Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina: 345, Régimen común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (modificada por la Decisión 366); 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos; 391, Régimen Común sobre Accesos a los Recursos Genéticos (modificada por las Decisiones 423 y 448); y, 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Este Régimen Común sobre Propiedad Industrial, fue aprobado inicialmente por la Decisión 85 (5 de junio de 1974), modificado mediante la Decisión 275 (G. O. del 21 de diciembre 1990), y sustituido por las Decisiones 311 (G. O. del 12 de diciembre 1991), 313 (G. O. del 14 de febrero de 1992), 344 (G. O. del 29 de octubre de 1993), y 486 (G. O. del 19 de septiembre del 2000)

II

La Decisión 486 establece el vigente Régimen Común sobre Propiedad Industrial, que contiene 16 títulos, los cuales, en su orden, se refieren a lo siguiente: Disposiciones Generales; de las Patentes de Invención; de los Modelos de Utilidad; de los Esquemas de Trazado de Circuitos Integrados; de los Diseños Industriales; de las Marcas; de los Lemas Comerciales; de las Marcas de Certificación; del Nombre Comercial; de los Rótulos o Enseñas; de las Indicaciones Geográficas; de los Signos Distintivos Notoriamente Conocidos; de la Acción Reivindicatoria; de las Acciones por Infracción de Derechos; y de la Competencia Desleal vinculada a la Propiedad Industrial. Además, contiene cinco Disposiciones Finales; seis Disposiciones Complementarias; y, tres Disposiciones Transitorias.

Es importante señalar que en el primer Título, esta Decisión reconoce tanto a los nacionales de los países miembros de la Comunidad, como a los de los países que forman parte de la Organización Mundial del Comercio y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial un trato no menos favorable que el que corresponda a los propios nacionales de cada país miembro en cuanto a la protección de la propiedad industrial, con la reserva de los casos previstos en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADEIC) y en el referido Convenio de París. Igualmente, sobre ésta misma protección, establece el denominado Trato de la Nación más Favorecida, en cuanto a toda ventaja, favor, privilegio o

inmunidad que conceda un país miembro a los nacionales de otro país miembro.

Ésta Decisión y, en general todas las Decisiones, por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, en primer lugar son de obligatorio cumplimiento para los países miembros desde la fecha de su aprobación por parte de la Comisión; y, en segundo lugar, son directamente aplicables en cada uno de ellos desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo o, excepcionalmente, desde la fecha que disponga la misma Decisión. Esto quiere decir que las Decisiones dictadas por el Consejo Andino y por la Comisión de la Comunidad para su aplicación en el territorio de cada uno de los países miembros, no requieren de la expedición de ningún acto normativo interno, salvo que la misma norma comunitaria, o sea la propia Decisión, disponga de manera expresa que para su aplicación se requiere la incorporación al derecho interno, sin perjuicio de indicar la fecha de su entrada en vigor en cada uno de los países miembros.

Por otra parte, todas las Decisiones –igual que las demás normas que conforman el ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina-, están sujetas al control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los términos y condiciones establecidos por el propio ordenamiento jurídico. Según éste, las Decisiones pueden ser objeto de la Acción de Nulidad cuando se hubiere incumplido las condiciones para su aprobación o de interpretación prejudicial, cuando se controvierta ante los jueces nacionales alguna de las disposiciones comunitarias o cuando el juez de la causa interna deba aplicar en su resolución alguna o algunas normas del ordenamiento comunitario.

III

La Interpretación Prejudicial de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, corresponde

privativamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad, integrado por cuatro magistrados, uno por cada uno de los países miembros. La norma regulatoria de esta interpretación limita al Tribunal Comunitario a precisar únicamente el contenido y alcance de la norma cuestionada que forme parte del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad y que esté referida al caso concreto que se discuta. De manera expresa, el Tribunal está prohibido de interpretar el contenido y alcance del derecho nacional así como de calificar los hechos materia del proceso, sin perjuicio de referirse a ellos para efectos de la interpretación solicitada.

La interpretación dictada por el Tribunal de la Comunidad, es obligatoria para el Juez nacional que la solicite; por lo tanto, necesariamente debe adoptarla para dictar su sentencia.

El Régimen sobre la Propiedad Industrial contenido en las Decisiones antes citadas, de manera particular en los artículos que hacen relación a marcas, ha sido objeto de múltiples interpretaciones dictadas mediante sentencias del Tribunal de la Comunidad, desde la Decisión 85 hasta la Decisión 486.

La primera sentencia de interpretación prejudicial corresponde al Proceso 1-IP-87.⁽²⁾ Esta sentencia, -la primera de los centenares que se han expedido hasta la fecha- en sus varias consideraciones se refiere a las funciones del Tribunal, a la preeminencia de las normas comunitarias, a las solicitudes de Interpretación facultativas y obligatorias, y a la consulta a petición de parte. Al referirse a ella, precisa que “La consulta prejudicial en cambio, es un requisito para dictar sentencia que se puede dictar en cualquier tiempo y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba”, además analiza los métodos, obligatoriedad y alcance de la interpretación del Tribunal, se refiere al Régimen Común sobre Propiedad Industrial y define los criterios aplicables, las nociones generales básicas sobre la MARCA, la función distintiva frente a los consumidores y los diversos tipos de ella. Define también la marca notoria, la marca confundible, la regla

de la especialidad, la clasificación de productos y el derecho de registro.

Basado en esas consideraciones el Tribunal concluye que la oficina Nacional Competente:

a) debe rechazar las marcas que sean confundibles con otras previamente registradas y solicitadas con anterioridad por un tercero o posteriormente con reivindicación válida de prioridad, siempre que tales marcas correspondan a productos o servicios comprendidos en una misma clase del nomenclátor;

b) debe rechazar las solicitudes de marca que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares;

c) puede negar la inscripción de la marca cuando en la oposición formulada por cualquier persona se demostrare alguna de las causales para hacerlo;

d) está en la obligación de ordenar la cancelación de una marca ya registrada, de oficio o petición de parte, en los siguientes casos: 1. cuando verifique que la marca registrada se confunde con otra ya registrada, 2. cuando se solicitó el registro con anterioridad, 3. cuando se trate de reivindicación válida aún si se solicitó con posterioridad, y 4. si se confunde con una marca notoria.

Una sentencia posterior la 38-IP-98 ⁽³⁾ relativa a la interpretación Judicial de varios artículos de la Decisión 344, (p.548) reitera el principio de preeminencia de la norma comunitaria expresado en el Proceso 10-IP-94, dice: . . .”Desde la interpretación Prejudicial 1-IP-87 y posteriormente en la 2-IP-98, sentadas en vigencia del Artículo 84 de la Decisión 85 (equivalente al 144 de la Decisión 344 hoy vigente) éste Tribunal reconoció el principio de la Preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los países y en la segunda de ellas señaló que “en caso de conflicto la regla interna

queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que ...la norma interna resulta inaplicable”. Resaltó además el Tribunal la claridad del principio de Preeminencia cuando la Ley Comunitaria es precisamente norma superior que debe primar sobre la anterior, de acuerdo con principios universales de derecho; advirtiendo sin embargo que ello no implica la derogatoria de la una sobre la otra, sino que lleva a la inaplicabilidad de la primera en la medida que resulta incompatible con las previsiones del derecho comunitario”.

Por último, para solo citar tres sentencias de interpretación prejudicial expedidas en diferentes fechas, la última dictada en el proceso 194-IP-2006 ⁽⁴⁾ sobre la registrabilidad de los signos como MARCAS, en resumen, concluye lo siguiente:

a) Que “un signo puede registrarse como marca si reúne los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica, establecidos por el artículo 71 de la Decisión 313 y, además, si el signo no está incurso en ninguna de las causales de irregistrabilidad señaladas en los artículos 72 y 73 de la norma comunitaria citada”;

b) Que “no son registrables como marcas los signos que en relación con el derecho de terceros, sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada o registrada para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público al error, de donde resulta que no es necesario que el signo solicitado para el registro efectivamente induzca a error o confusión a los consumidores, sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión para que se configure la prohibición de irregistrabilidad”; y,

c) Que “Si el elemento determinante en un signo mixto es el denominativo y el otro el gráfico, en principio, no habría riesgo de confusión. Si por el contrario en ambos signos mixtos el elemento

determinante resulta ser el gráfico, el cotejo deberá hacerse a partir de rasgos, dibujos e imágenes de cada uno de ellos o del concepto que evoca en cada caso este elemento. Y si en ambos casos el elemento determinante es el denominativo, el cotejo se hará siguiendo las reglas de comparación entre signos denominativos, teniendo en cuenta los signos denominativos y compuestos.”

IV

El trámite previo o interno dentro de los países miembros para que el Tribunal Comunitario pueda dictar sentencia de interpretación prejudicial, es la solicitud que puede y debe ser presentada por los jueces nacionales de primera, única o última instancia.

Esta solicitud de interpretación prejudicial o consulta, como dice el Estatuto del Tribunal, es de dos categorías: Facultativa y Obligatoria. Es facultativa para los jueces nacionales de primera instancia que conocen de un proceso que se tramita conforme al derecho interno y consideran que para su resolución debe aplicarse alguna de las normas del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad o cuando las partes controvierten precisamente una de esas normas; pero, si a pesar del carácter facultativo de la solicitud, el Juez nacional decide elevar la consulta, puede hacerlo directamente mediante simple oficio dirigido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con la determinación de las normas cuya interpretación requiere; más si no recibe la interpretación hasta el momento procesal de dictar su sentencia susceptible de recursos conforme al derecho interno, puede decidir libremente el caso de acuerdo con los méritos del proceso; y, es obligatoria para los Jueces de única o última instancia, los cuales, así mismo, al considerar que se debe aplicar determinada norma comunitaria o conocer de su controversia, están obligados a suspender el trámite del proceso y enviar al Tribunal comunitario la solicitud de interpretación prejudicial.

Después de recibida la interpretación dictada por el Tribunal comunitario, el Juez nacional puede continuar con el trámite procesal y dictar la sentencia que corresponda en la que, como ya se dijo, debe aplicar la referida interpretación.

Ahora bien, en el caso de la consulta obligatoria, si el Juez nacional de única o última instancia incumple con su obligación de solicitar la interpretación del Tribunal Comunitario o la de aplicar en su sentencia la interpretación recibida incluso dándole una interpretación distinta a la de su contenido, queda a los países miembros y a los particulares de esos países la facultad de acudir ante el mismo Tribunal para ejercer la pertinente acción de incumplimiento de acuerdo con los preceptos del propio ordenamiento jurídico.

En conclusión, los jueces nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina, además de cumplir con las obligaciones o los trámites inherentes a los casos relacionados con las normas comunitarias sobre Propiedad Industrial o Propiedad Intelectual, como también se la conoce, deberán tener presente las disposiciones de la Decisión 486 que contiene el Régimen Común de Propiedad Industrial y que, como hemos visto, de acuerdo con lo dispuesto tanto por el propio Tratado del Tribunal, como por lo señalado en su Jurisprudencia tiene el carácter de preeminente sobre la norma interna y, por tanto, su aplicación es preferente.

Teniendo en consideración los particulares resumidos en líneas anteriores que corresponden a los textos pertinentes del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad y de las sentencias de interpretación dictadas por su Tribunal de Justicia, concluimos que el juzgamiento de los casos relacionados con Patentes, Modelos de Utilidad, Trazado de Circuitos Integrados, Diseños Industriales, Lemas Comerciales, Nombres Comerciales, Rótulos o Enseñas, Signos Distintivos, Acción Reivindicatoria, Acciones por Infracción de Derechos y Competencia Desleal, deben ser conocidos y resueltos

de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno o nacional, pero siempre a la luz de la interpretación prejudicial del Tribunal Comunitario, competencia ésta que ha sido y, sin duda, seguirá siendo la de mayor atención por parte de este Tribunal. Como se ha dicho en ocasiones anteriores del total de casos que resuelve el Tribunal de Justicia Comunitario alrededor del 90% corresponde a interpretaciones prejudiciales y de ellas casi la totalidad se refieren a la interpretación de normas del Régimen Común sobre la Propiedad Industrial.

*** XV CONFERENCIA JUDICIAL INTERNATIONAL.**

ANN ARBOR, MICHIGAN, U:S:A:, MAYO 2007.

NOTAS:

⁽¹⁾ “Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina”: CÓDIGO DE LA COMUNIDAD ANDINA, Galo Pico Mantilla, Quito, 2004. PRIMERA PARTE, ([www.edumet.net/libros/2006c/196/index,htm](http://www.edumet.net/libros/2006c/196/index.htm))

⁽²⁾ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA 1984- 1988, Recopilación: Galo Pico Mantilla, BID/ INTAL/ TJAC, Buenos Aires, 1994, Tomo I. p. 99 a 124.

⁽³⁾ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA XII, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 2002, p. 514 a 551.

⁽⁴⁾ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1484 de 3 de abril del 2007.

**MEDIDAS PENALES DE OBSERVANCIA
DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.
SANCIONES EN LA COMUNIDAD ANDINA ***

1. Comunidad Andina ⁽¹⁾

La Comunidad Andina, anteriormente denominada “Acuerdo de Cartagena”, en la actualidad (11/2007) está integrada por cuatro “Países Miembros”: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Estos cuatro países, en conjunto y separadamente, están sometidos a varias regulaciones sobre Propiedad Intelectual las cuales tanto para un estudio de carácter general, como para un estudio específico -como es el de las sanciones por violación de derechos de Propiedad Intelectual- debemos clasificarlas dentro de dos categorías, de acuerdo a su naturaleza jurídica y a su origen legislativo.

La primera, es la constituida por las “Decisiones” de la “Comisión”, aprobadas por éste órgano de la Comunidad Andina en uso de la facultad legislativa que le fuera concedida por el Tratado constitutivo de esa organización; son normas a las cuales podríamos conocerlas como “leyes comunitarias”; y, la segunda, es la formada por las leyes o decretos legislativos aprobados por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú de conformidad con las normas de su respectivo ordenamiento jurídico interno, es decir, por las “leyes nacionales” de cada uno de estos países.

Ahora bien, como para el caso de violación de los derechos de propiedad intelectual, la norma comunitaria no contiene preceptos sancionadores de carácter penal, excepto la anotación que haremos posteriormente de una disposición inaplicable, así mismo, es preciso dejar constancia de dos particulares especiales: el uno, el que, tanto

por el carácter comunitario o supranacional de las normas expedidas por los órganos competentes de la organización, como por la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Andino, cuando hablamos de “Decisiones” de la Comunidad Andina, sabemos que se trata de normas con “identidad y autonomía propias” ⁽²⁾ cuyo valor jurídico es el de cumplimiento obligatorio y la aplicación directa en el territorio de los Países Miembros ⁽³⁾, principios por los cuales prevalecen sobre el derecho interno de cada uno de los países asociados en las materias por ellas reguladas; y, el otro, el que, de acuerdo con lo dispuesto por la misma Decisión, los asuntos de Propiedad Industrial que no están regulados por esta norma comunitaria, se rigen únicamente por las normas legalmente establecidas por su propio derecho interno ⁽⁴⁾.

2. Leyes Comunitarias

La “Comisión”, como órgano legislativo del entonces Acuerdo de Cartagena –hoy Comunidad Andina-, inició su acción normativa en asuntos relacionados con la propiedad intelectual mediante la aprobación de la muy conocida Decisión 85 titulada a como “Reglamento para la aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial”, la misma que en distintos capítulos, regulaba las patentes de invención; los dibujos y modelos industriales; y, las marcas.

Posteriormente, durante el proceso de evolución legislativa sobre esta materia se aprobó las Decisiones 311 y 313; luego se expidió la Decisión 344, la cual añadió, a los capítulos anteriores, otros con disposiciones sobre secretos industriales y denominaciones de origen. Finalmente, se aprobó la Decisión 486 -actualmente vigente- la misma que agrega los siguientes capítulos: disposiciones generales; esquemas de trazado de circuitos integrados; lemas comerciales; marcas colectivas; marcas de certificación; rótulos o enseñas; indicaciones geográficas; signos distintivos notoriamente

conocidos; acción reivindicatoria; acciones por infracción y competencia desleal vinculada a la propiedad industrial.

Por otra parte, entre el período comprendido desde la aprobación de la Decisión 344 hasta la Decisión 486 se incorporó, el “Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”, mediante la Decisión 351. Con esta norma, la Comunidad Andina regula el alcance y objeto de esta protección; los titulares de los derechos morales y patrimoniales, la duración, limitación y excepciones de la protección, los programas de ordenadores y bases de datos; su transmisión y cesión de derechos; los derechos conexos; la gestión colectiva; las oficinas nacionales competentes; los aspectos procesales; y, las disposiciones complementarias.

Particularmente, esta Decisión contiene un precepto que en la forma como podría entenderse, desborda la competencia legislativa de carácter comunitario. En efecto, su artículo 57 dice que la autoridad nacional competente puede ordenar: “d) las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud”, es decir que, con éstos términos, pretende conferir a la “autoridad nacional competente” la facultad para ordenar sanciones penales desconociendo, primero, que éstas facultades están atribuidas por las leyes nacionales a las autoridades o jueces de lo penal de los respectivos Países Miembros; y, segundo, que la “oficina nacional competente” es únicamente el “Órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y Derechos Conexos” ⁽⁵⁾ y que, por lo tanto, no puede ejercer funciones de Juez en materia penal en ninguno de los Países Miembros.

En consecuencia, no obstante el carácter prevalente de la norma comunitaria, en esta parte resulta inaplicable porque la atribución administrativa concedida tanto por la Ley comunitaria como por la

Ley nacional, a las citadas autoridades nacionales competentes no puede extenderse a la jurisdicción y competencia en materia penal que privativamente corresponde a los jueces nacionales, a quienes mediante el ordenamiento jurídico interno se les atribuyó estas facultades en cada uno de los cuatro países. Contrariamente a lo anterior, el artículo 257 de la Decisión 486, con acierto jurídico, dice que: “Los Países Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales para los casos de falsificación de marcas;...”.

Por otra parte, dentro del grupo de Decisiones catalogadas en el ámbito de la Propiedad Intelectual con posterioridad a las Decisiones citadas anteriormente, la Comisión aprobó la Decisión 391 que contiene el “Régimen Común sobre acceso a los Recursos Genéticos”. En ella se establece las definiciones de varios conceptos para su aplicación, el objeto y fines, el ámbito de la Decisión, la soberanía sobre estos recursos, el procedimiento de acceso, los contratos accesorios al contrato de acceso, las limitaciones del acceso, las infracciones y sanciones, las notificaciones entre los países miembros, la autoridad nacional competente, el comité andino sobre recursos genéticos y las disposiciones complementarias.

3. Leyes Nacionales

Los Países Miembros de la Comunidad Andina desde antes de la aprobación de las Decisiones vigentes sobre Derecho de Autor y Propiedad Industrial, han incorporado a su respectivo ordenamiento jurídico interno varias leyes reguladoras de la Propiedad Intelectual; algunas de ellas, se mantienen en vigor con las reformas de que han sido objeto con posterioridad a su expedición.

Es así como, Bolivia, en 1909 ya expidió la Ley de Propiedad Intelectual, cuya vigencia se extendió hasta el año 1922, cuando se aprobó la Ley de Derechos de Autor que derogó a la anterior. De otro

lado, en 1916 aprobó la Ley de Privilegios Industriales y en 1918, la Ley Reglamentaria de Marcas reformada en varios artículos mediante la Ley de Descentralización Administrativa.

Colombia, así mismo, en 1982 expidió la Ley 23 sobre Derechos de Autor, la misma que fue modificada en 1993 por la Ley 44.

Ecuador, en 1976, aprobó tres leyes, la Ley de Derechos de Autor, la Ley de Marcas de Fábrica y la Ley de Patentes de Exclusiva y Explotación de Inventos, las cuales fueron expresamente derogadas por la Ley de Propiedad Intelectual de 1998.

Perú expidió en 1996 el Decreto Ley sobre Derechos de Autor y en los últimos años, la Ley de lucha contra la piratería, Ley 28289-2004; y la Ley Antispam, Ley 28493-2005.

4. Sanciones Penales.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código Penal y las leyes vigentes sobre la protección de los derechos de la Propiedad Intelectual, las sanciones penales por violación de estos derechos son diversas en los Países Miembros de la Comunidad Andina, como veremos en la siguiente relación que hacemos para cada uno de ellos:

4.1. En Bolivia, el Código Penal sanciona expresamente la violación de derechos de autor, como la explotación, publicación o reproducción ilegal de una obra con reclusión de 3 meses a 2 años; y, con la misma pena, la violación del privilegio de invención. Para el caso de la manipulación informática la sanción de reclusión es de 1 a 5 años y para el uso indebido de datos informáticos, es la de prestación de trabajo por 1 año. Por otra parte, la Ley Reglamentaria de Marcas estableció que para la falsificación de marcas o

contraseñas que son usadas oficialmente, la pena es de reclusión de 3 meses a 1 año; y para la venta de marcas falsificadas la reclusión es de 1 a 3 meses. Además, la Ley de Privilegios Industriales sanciona la falsificación de estos privilegios con prisión de 6 meses a 2 años.

4.2. En Colombia, así mismo, el Código Penal establece los casos de violación de los derechos garantizados por la Ley sobre Derechos de Autor y determina la pena para cada uno de ellos: la violación de los derechos morales del autor sanciona con prisión de 2 a 5 años, mientras que la violación de los derechos patrimoniales y conexos sanciona con prisión de 4 a 8 años. El mismo Código determina igual pena de prisión de 4 a 8 años para la usurpación de derechos de propiedad industrial y variedades vegetales; prisión de 1 a 4 años para el uso ilegítimo de patentes; y prisión de 2 a 5 años para la violación de reserva comercial o industrial.

De otro lado, la falsificación de las marcas que están siendo usadas oficialmente está sancionada con prisión de 1 a 5 años; y, la usurpación de ellas y de las patentes con prisión de 2 a 4 años. Por último la pena para el uso ilegítimo de las patentes es de 1 a 4 años, incluido, para cada uno de los casos, una multa equivalente a diferente número de salarios.

4.3. En Ecuador, las sanciones por violación de los derechos de propiedad intelectual se establece en el Capítulo III “De los Delitos y De las Penas” de la Ley de Propiedad Intelectual. Según esta norma, la pena es de prisión de 3 meses a 3 años cuando se produce la violación de patentes y marcas; igual pena corresponde a la violación de los secretos comerciales, industriales e indicaciones geográficas; a la venta, importación o exportación de productos falsificados y la alteración o reproducción ilícita de obras; en cambio, la fabricación o utilización ilegal de etiquetas, sellos o envases, la reproducción ilegal

de obras o utilización de codificadores y el incumplimiento de medidas cautelares está sancionado con prisión de 1 mes a 2 años; y, la venta, importación o exportación de productos falsificados, con prisión de 3 meses a 3 años. En cada uno de estos casos la sanción comprende una multa de 657,22 dólares a 6.572,25 o de 1.314,45 a 13.144,50 según la materia de la infracción.

4.4. En el Perú, según lo establecido en el Código Penal, se sanciona la violación de los derechos de autor y derechos conexos con diferentes penas de prisión y multas. Así, la publicación ilegal de una obra está sancionada con prisión de 2 a 4 años; la difusión y circulación ilegal, con 2 a 6 años; el plagio y las formas agravadas de comercialización de una obra, con prisión de 4 a 8 años; y, la falsa autoría o publicación ilegal de una obra, con prisión de 2 a 4 años. Así mismo, éste Código Penal establece sanciones de 2 a 5 años de prisión para los casos de fabricación no autorizada o uso ilegal de patente y para el uso o venta ilegal de diseño industrial y uso indebido de la marca.

4.5. Una vez concluido el resumen de las diversas infracciones y las sanciones atribuidas a cada una de ellas en los diferentes cuerpos normativos, consideramos oportuno añadir lo siguiente:

4.5.1. Los mencionados Códigos Penales, las Leyes y Decretos Leyes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, mediante los cuales se establecen los diversos casos o modos de infracción de los derechos de Propiedad Intelectual y las penas que han sido aprobadas para cada uno de ellos, si bien contienen denominaciones que no se reproducen con exactitud para los diversos casos de infracción, hemos de entender que todas ellas corresponden, en condiciones similares, a las mismas o iguales materias. Por ejemplo, cuando las normas que tipifican la infracción se refieren en general a la violación del derecho de autor, interpretaremos que se trata de la

violación tanto de los derechos morales como de los derechos patrimoniales; es decir, aquellos que corresponden al autor por haber dado origen a una obra, o sea por su “paternidad”, así como el beneficio económico que puede obtenerse de la obra mediante la utilización de cualquiera de los mecanismos autorizados por la Ley, como la publicación, reproducción, difusión o cesión de derechos.

4.5.2. En los Países Miembros de la Comunidad Andina, con excepción de Bolivia, las violaciones cometidas en contra de los preceptos establecidos para regular y proteger la Propiedad Intelectual constituyen delitos de acción pública; sin embargo, en el campo práctico del litigio judicial, el hecho de considerar estas violaciones como delitos de acción pública o de acción privada, no hace variar considerablemente el resultado numérico de las acciones penales iniciadas en los Ministerios Públicos o en las Judicaturas Nacionales, pues de acuerdo con las informaciones disponibles, el número de expedientes relacionados con la Propiedad Intelectual, es realmente mínimo en relación con el número de causas de orden penal que se registran en las jurisdicciones de cada uno de los Países Miembros. Frente a miles de miles de procesos o causas que se siguen por otro tipo de infracciones penales distintas a las violaciones de la Propiedad Intelectual no se encuentra sino apenas decenas de procesos iniciados por violación a los derechos de propiedad intelectual.

Un caso concreto es el de Ecuador, país en el cual mientras por los medios de comunicación se conoce que existen miles de causas penales pendientes de resolución por parte de las autoridades judiciales -Jueces de lo Penal, Tribunales de lo Penal, Cortes Superiores y Corte Suprema de Justicia-, en el documento de la Función Judicial sobre las causas ingresadas últimamente, vemos que en el año 2006 se han registrado apenas 13 procesos de los cuales una parte corresponde a la acción del Ministerio Fiscal y otra,

a la acción de los particulares; y, que en el primer semestre del 2007, con la misma particularidad, se han registrado únicamente 4 casos; todos ellos sorteados para su tramitación entre los distintos Juzgados de lo Penal.

4.5.3. De otro lado lo que aparece con mayor preocupación en esta materia para determinados sectores de la comunidad es el caso de violación de derechos de Propiedad Intelectual que se conoce como “piratería” comprendiendo entre ellos, la fabricación, distribución, venta, instalación o uso de copias no autorizadas de un software o programa para un ordenador o computador. Estas diversas manifestaciones o formas de uso ilegal del software han sido registradas en los referidos países, con porcentajes realmente preocupantes que impulsan al estudio de medidas correctivas o normas y procedimientos que pudieren adoptarse para combatir o corregir esta anormalidad, puesto que este uso ilegal del software, por razones de diverso orden, se ha convertido en una actividad generalizada en nuestros países, la cual ha dado lugar a diferentes reacciones. Mientras por un lado se sostiene la conveniencia de reformar las leyes sancionadoras elevando el tiempo de duración de las penas como ha sucedido en el caso de Colombia cuya pena máxima es la de 8 años; en otros sectores, la percepción es diferente desde que se hace una comparación que, aunque no puede ser real o apropiada, tiene respaldo entre los consumidores cuando se advierte la enorme diferencia de precio entre el software legítimo y el software ilegal, considerando que una forma de evitar la piratería, sin perjuicio de las reformas legales que se pudieren hacer, es la de reducir el precio final de los productos a niveles inferiores.

4.5.4. Por otra parte, en el campo penal se deduce que si los afectados con la violación de los derechos garantizados por los preceptos sobre Propiedad Intelectual no acuden oportunamente ante las autoridades competentes con su denuncia o acusación en

demanda del trámite y aplicación de las normas penales vigentes porque se consideran satisfechos en sus reclamaciones solamente mediante la ejecución periódica de medidas cautelares o la eventual suscripción de arreglos extrajudiciales, este hecho no significa que la legislación tipificadora y sancionadora no sea la adecuada porque, además, la eficacia de las normas protectoras de la invención depende de otros factores como el litigio oportuno y adecuado y la decisión judicial, así mismo, oportuna y jurídicamente acertada.

4.5.5. Finalmente, consideramos que los problemas generados por la reiterada violación de la Ley en materia de Propiedad Intelectual, han dado lugar para que en algunos países se considere que además de las sanciones administrativas que corresponde aplicar a “las autoridades nacionales competentes” autorizadas por la Ley comunitaria y a las sanciones penales que pueden imponer las autoridades judiciales de cada uno de los Países Miembros, debe establecerse otros mecanismos de control con el auxilio de nuevas disposiciones y la intervención de otras autoridades. Este es el caso, por ejemplo, de lo sucedido en Colombia y Ecuador.

Colombia reformó el Código de Comercio mediante la Ley 603 de 27 de Julio del 2000 y al referirse a los “Informes de Gestión” dispuso que: “Art. 2. Las autoridades tributarias colombianas podrán verificar el estado de cumplimiento de las normas sobre derechos de autor por parte de las sociedades para impedir que a través de su violación también se evadan tributos.”; y, Ecuador, por medio de la Superintendencia de Compañías aprobó una Resolución mediante la cual dispone que entre los puntos que deben contener los informes anuales de las Compañías sujetas a su control se debe hacer constar “El estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos del autor por parte de la compañía”. Ahora bien, siendo esta disposición un requisito adicional que debe incorporarse a los informes anuales de los administradores de las compañías, resulta

que su incumplimiento podría dar lugar a que la Superintendencia de Compañías, como organismo de control, pueda declarar de oficio o a petición de parte la disolución de la compañía de conformidad con la Ley de la materia, ⁽⁷⁾ sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles y penales a las que esta omisión pudiere dar lugar.

5. Preguntas y Respuestas

Después de transcribir el texto de las preguntas que constan en el número 5 del Temario, dejamos enunciadas las siguientes respuestas a cada una de ellas:

5.1. ¿Cuáles son los grados comparativos de sanciones establecidos?

-Las sanciones penales por violación de los derechos de Propiedad Intelectual, no son iguales para casos similares en los países de la Comunidad Andina, mientras la pena de mayor tiempo de duración es de 8 años en Colombia de acuerdo con la reforma legal aprobada en el 2006, la de menor duración es la de 3 meses a 2 años en Bolivia.

5.2. ¿Existen sanciones mínimas, y en su caso, que efectos tiene sobre la observancia, y especialmente sobre las tácticas dilatorias del imputado?

-Todas las sanciones penales previstas en la legislación nacional de los cuatro países de la Comunidad Andina determinan un plazo mínimo y un máximo de duración, con la finalidad de que el juzgador pueda sancionar al culpable de la violación, con la privación de la libertad dentro de los indicados límites según sea la gravedad de la falta o el valor de las alegaciones introducidas en el expediente por parte de los imputados; todo esto, en la forma y condiciones establecidas en la respectiva norma nacional.

5.3. ¿Existen estímulos para que los imputados colaboren con el Ministerio Público?

-En los casos conocidos, las acciones presentadas ante el Ministerio Público, aparecen impulsadas por los afectados por la violación, y por la intervención fiscal; más no se advierte que sean originadas por colaboración o insinuación de los propios imputados.

5.4. ¿Es posible prescribir directrices en materia de sanciones que permitan a los tribunales imponer sanciones menos graves en circunstancias especiales?

-En general, los Tribunales y Jueces de lo Penal, sujetándose en todo caso a los méritos del respectivo proceso si están facultados para imponer sanciones menos graves que las máximas establecidas por la Ley partiendo desde el mínimo plazo legislado para cada caso de infracción.

5.5. ¿Existen penas máximas?

-Como se ha dicho anteriormente, en la legislación interna efectivamente si se ha dispuesto penas máximas y se ha establecido también penas mínimas para los diversos casos de violación.

5.6. ¿Tienen sentido en la práctica determinar la sanción haciendo referencia a cada elemento de la infracción?

-La determinación de la sanción con la referencia que se haga a cada elemento o modo de infracción, es decir, la especificación clara y concreta de cada uno de ellos en una norma sancionadora resulta siempre muy útil para el juzgador; inclusive tendría un gran sentido práctico si las legislaciones de los países que forman parte de la Comunidad Andina, como es el caso de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, tuvieran en sus leyes nacionales una referencia similar para cada uno de los modos de infracción de los derechos protegidos por la Propiedad Intelectual.

5.7. ¿Existen circunstancias definidas que den lugar a una agravación de las sanciones o a la imposición de sanciones adicionales dependiendo de la gravedad de los casos de falsificación y piratería (por ejemplo, la existencia de vínculos con la delincuencia organizada o de riesgo para la salud)?

-El juzgador no podría imponer sanciones más graves que las originalmente establecidas, salvo en los casos que por circunstancias agravantes la Ley tenga prevista una pena mayor, como podría ser la reincidencia en la violación acusada. Igual podría suceder si la Ley establecería la condena con una pena de mayor gravedad para cuando se compruebe la existencia de “vínculos con la delincuencia organizada”. En la materia que se estudia, tanto el Código Penal, como la Ley de Propiedad Industrial establecen varias circunstancias agravantes. Esta última determina como tales: el apercibimiento sobre la violación; el producir daños a la salud; y las infracciones respecto de obras inéditas.

5.8. ¿Puede aplicarse en este contexto la legislación que regula la delincuencia organizada (como por ejemplo el decomiso de bienes) si se dan circunstancias pertinentes?

-En las legislaciones que se han estudiado no se encuentra expresamente determinada la relación de los infractores de los derechos de Propiedad Intelectual con la “delincuencia organizada”; sin embargo, es de concluir que toda conducta anormal de un imputado puede influir para la decisión final del juzgador.

El secuestro y la incautación de los bienes está previsto en las siguientes legislaciones: en Colombia se puede secuestrar la reproducción ilícita y adjudicarla al titular de los derechos de autor, mediante sentencia penal (Art. 236, Ley de Derechos de Autor); y, en Perú se puede incautar los ejemplares de procedencia ilícita y los aparatos utilizados para la comisión del delito y entregarlos a los titulares del derecho vulnerado, en caso de sentencia condenatoria. (Art. 224, Código Penal)

5.9. ¿Cómo se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas y cuáles son las sanciones previstas al respecto?

-En el caso de que los imputados fueren los representantes legales de una persona jurídica, es a ellos a quienes en virtud de esa representación les correspondería la responsabilidad en el ámbito de lo civil y lo administrativo; mientras que, la responsabilidad en el campo penal podría ser atribuible a otras personas naturales por sus propios actos u omisiones, si ellos fueren los autores de determinado acto violatorio de los derechos de Propiedad Intelectual. Además, como habíamos manifestado anteriormente, en el caso de las Compañías y en un ámbito distinto al penal, advertimos que de acuerdo al ordenamiento jurídico interno de Ecuador, el incumplimiento de las personas jurídicas a la disposición de incluir en los informes de cumplimiento lo relativo a las normas internas sobre Propiedad Intelectual podría dar lugar a la disolución de la Compañía, sin perjuicio de otras sanciones previstas en la respectiva legislación nacional y previo el trámite pertinente para cada una de ellas.

5.10. ¿Acuerdos de culpabilidad (transacciones entre la parte acusadora y el imputado) y arreglos extrajudiciales en causas penales?

-En las causas por violación de derechos de Propiedad Intelectual si pueden existir acuerdos entre el acusador y el imputado, como de hecho existen, tanto dentro de la órbita judicial, como fuera de ella, especialmente durante la práctica de medidas cautelares. Por ejemplo, en Bolivia, el Artículo 71 de la Ley 1322 sobre Derechos de Autor dice: “Establécese un procedimiento administrativo de conciliación y arbitraje de mutuo acuerdo entre las partes previa a la instancia ordinaria, bajo la competencia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor para resolver controversias civiles relativas a la materia de esta Ley.”

En materia penal, de modo general, el denunciante o acusador puede desistir de la acción por cualquier razón que sea de su conveniencia o por condiciones acordadas con el imputado, del mismo modo que como puede suceder y sucede en cualquier otro proceso que se tramite ante las autoridades judiciales competentes.

*** COMITÉ ASESOR SOBRE OBSERVANCIA,
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL**

Cuarta sesión, Ginebra, 1 a 2 de noviembre de 2007

NOTAS:

⁽¹⁾ CÓDIGO DE LA COMUNIDAD ANDINA, Galo Pico Mantilla, Quito, 2004. Segunda Edición 2008: www.eumed.net/libros/2006c/196/index.htm

⁽²⁾ JURISPRUDENCIA ANDINA, Galo Pico Mantilla, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, págs. 34 y sgts.

⁽³⁾ Artículos 2 y 3 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁽⁴⁾ Artículo 276 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

⁽⁵⁾ Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina.

⁽⁶⁾ Resolución 04.Q.I.J.001, Registro Oficial N° 289, de 10 de marzo de 2004

⁽⁷⁾ Artículo 369 de la Ley de Compañías.

ANEXO N° 1
DECLARACIÓN DEL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE
RELACIONES EXTERIORES
SOBRE LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR PARTE DE LA
COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES

Considerando que las políticas, así como las Decisiones y otras normas andinas de carácter general que son obligatorias en el territorio de los Países Miembros, deben reflejar el interés común y comunitario, concertado con arreglo a derecho y en pie de igualdad por parte de los Gobiernos andinos;

Reconociendo que la necesidad de buscar la convergencia en los niveles de desarrollo de los Países Miembros se da en el marco del respeto a la pluralidad de visiones sobre las estrategias de desarrollo nacionales;

Reafirmando el espíritu de un sistema que procura el consenso en la adopción de decisiones en aras de la profundización y desarrollo de la integración andina; y,

Teniendo en consideración las disposiciones del Acuerdo de Cartagena que rigen la adopción de Decisiones por parte de la Comisión de la Comunidad Andina:

Convienen en adoptar la siguiente:

DECLARACIÓN

Sin perjuicio de lo consagrado en los artículos 26 y 27 del Acuerdo de Cartagena, los representantes acreditados ante la Comisión de la Comunidad Andina buscarán lograr en todo momento que las

Decisiones sean adoptadas por consenso. En la eventualidad que algún País Miembro exprese su disenso respecto de una Propuesta de Decisión, podrá evaluarse, caso por caso, la posibilidad de establecer tratamientos diferenciados; o, en su defecto, la posible exclusión -de manera total o parcial- de! País Miembro que exprese su disenso de los alcances de la Decisión a ser adoptada.

Lo previsto en la presente declaración no implica la modificación o interpretación del Acuerdo de Cartagena ni de las reglas de quorum decisorio y los procedimientos de adopción de Decisiones establecidos en el Acuerdo de Cartagena,

Dada en la ciudad de Nueva York, con ocasión de la Décimo Quinta Reunión Extraordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el 24 de septiembre de 2009,

José Antonio García Belaunde,

Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Perú,

PRESIDENTE DEL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE
RELACIONES EXTERIORES

David Choquehuanca Céspedes,

Ministro de Relaciones Exteriores del Estado

Plurinacional de Bolivia

Jaime Bermúdez Merizalde,

Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Colombia

Fander Falconí Benitez,

Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de la
República del Ecuador

(Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1780, Lima, 25 de
noviembre de 2009)

ANEXO N° 2

PROCESO N° 1-IP-87

**Interpretación prejudicial de los artículos 58, 62 y 64
de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena,
solicitada por el Consejo de Estado de la República de
Colombia**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

En Quito, a los tres días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, en la interpretación prejudicial de los artículos cincuenta y ocho (58), sesenta y dos (62) y sesenta y cuatro (64) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que solicita, en memorial sin fecha, el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Primera-, por intermedio del Consejero Guillermo Benavides Melo, dentro del Proceso N° 491 en el cual es actor la sociedad "Aktiebolaget VOLVO", en ejercicio de la atribución que le concede el artículo 28 del Tratado de Creación y en cumplimiento del artículo 63 de su Estatuto expide la siguiente sentencia:

VISTOS:

Que el Tribunal es competente para absolver esta consulta de acuerdo con el artículo 61 de la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 19 de agosto de 1983 (Estatuto del Tribunal);

Que el Consejo de Estado de la República de Colombia es competente para formular tal consulta, ya que actúa como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (artículo 141 literal c) de la Constitución Política de Colombia), o sea como Tribunal Nacional en cumplimiento de una función judicial (artículo 61 de la Decisión 184 ya citado);

Que la referida consulta satisface claramente los requisitos establecidos por el artículo 61 del Estatuto del Tribunal, en cuanto a nombre del juez o tribunal nacional solicitante (a), en cuanto a la relación de las normas de orden jurídico del Acuerdo cuya interpretación se requiere; (b), identificación de la causa que origina la solicitud; (c), y lugar y dirección en que el Tribunal solicitante recibirá la notificación correspondiente (d);

Que en relación con el "informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación" (artículo 61, c) de la Decisión 184, segunda parte), el Consejo de Estado de Colombia, "para la más completa y fiel inteligencia del asunto", se remite expresamente al punto "II -Fundamentos de hecho" que la sociedad actora presentó en mi libelo inicial o de demanda (folios 184 a 213), cuyo texto acompaña a la solicitud en copia auténtica;

Que si bien este documento procedente de la sociedad demandante ha sido remitido a este Tribunal por el juez nacional en calidad de "informe sucinto" de los hechos para la consulta prejudicial, no es propiamente el informe a que se refiere el artículo 61, producido por el mismo juez o Tribunal que formula la consulta, como sin duda lo quiere la citada norma, se lo acepta, porque a criterio del Tribunal resulta suficiente como relato de los hechos básicos pertinentes, sin que tal aceptación haya de constituir precedente válido para futuros casos.

Estos hechos son los siguientes: que se presentó la solicitud de registro" para la marca VOLVO en la clase séptima (folios 192 y 193) a la que se opuso con éxito ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio la Sociedad Industrial VOLMO S. A, domiciliada en Bogotá (folio 197) y que se presentó solicitud de reclasificación de dicha marca VOLVO la que también resultó denegada (folios 194 y 196). De estos hechos el Tribunal se considera debidamente informado y, por amplitud, los considera admisibles en cuanto a la forma de presentación, así

como suficientes para los efectos de la presente consulta prejudicial.

CONSIDERANDO:

1. FUNCIÓN DEL TRIBUNAL

Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas "a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros" (art. 28 del Tratado de Creación del Tribunal), objetivo fundamental que está lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales. Estos, de otra parte, tampoco están facultados, en general, para interpretar las normas contenidas en Tratados Internacionales, tarea que compete exclusivamente a las partes, las cuales, en el caso del Pacto Andino, la han delegado en el órgano judicial comunitario, como medio para lograr la solución pacífica de posibles conflictos que puedan presentarse en el proceso de integración andina; con lo que, además, el nuevo Derecho de la Integración adquiere plena vigencia en la vida misma de los países de la Subregión.

Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional.

En otros términos, la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por

los tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino les atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho.

2. PREEMINENCIA DEL DERECHO ANDINO

En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-5 junio 1980), cuando declaró la "validez plena" de los siguientes conceptos:

a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales,

b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros,

c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran Vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del a Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del [lamento de la Comisión.

En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.

Estos criterios alcanzan plena vigencia como norma jurídica, con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal a partir del 19 mayo de 1983 -en que este cuerpo legal comienza a regir en la subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las

Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante lo expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado le obliga a los Países Miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos Países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna .que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión urde ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado.

3. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Hechas estas observaciones y con referencia concreta a la interpretación prejudicial comprendida en las previsiones de los artículos 28 al 31 del Tratado y 61 al 64 del Estatuto, corresponde, para el caso de autos, formular las consideraciones que siguen:

3.1. *Obligatoriedad de la consulta. Suspensión del Procedimiento.*

El alto Tribunal solicitante -el Consejo de Estado de la República de Colombia- cabeza de la justicia contencioso administrativa en ese país, hace constar en su consulta que "conforme a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo colombiano, contra las sentencias dictadas por las Secciones del Consejo de Estado proceden o caben los Recursos Extraordinarios de Anulación, de Revisión y de Súplica, según el caso y dadas las causales y demás requisitos fijados en la Ley". Observa el Tribunal que, de

acuerdo con el citado Código, el Recurso Extraordinario de Anulación procede "por violación directa de la Constitución Política o de la Ley sustantiva" (artículo 197), y resulta claro que dentro de esta última causal podría revisarse la aplicación que se hubiera hecho de normas comunitarias.

Por consiguiente, la sentencia que ha de dictar en este caso el juez solicitante es susceptible de recurso en derecho interno, por lo que, de acuerdo con el artículo 29 del Tratado, la consulta que se hace es facultativa. En cambio, es obligatoria "si la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno..." o si sólo fueran procedentes otros recursos que no permiten revisar la aplicación de la norma sustantiva como los llamados recursos de súplica y revisión, ya que en virtud de ellos, conforme al derecho interno colombiano, no cabría la posibilidad de revisar la aplicación que se haya hecho de las normas comunitarias (Código Contencioso Administrativo, artículo 183 y 188).

En consecuencia, en tal caso, tendría aplicación el inciso 1º del Artículo 29 del Tratado, o sea la consulta obligatoria, ya que no habría propiamente "recursos", en el sentido que debe darse a la norma comunitaria citada.

En el caso de que la consulta prejudicial resulte obligatoria, de acuerdo con el artículo 29 del Tratado, el juez nacional debe suspender el procedimiento en la etapa de la sentencia, debido a que no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias. En ese caso y en los demás -sea la consulta opcional o facultativa, o si siendo obligatoria, el proceso aún no se encuentra en la etapa de decisión-, la consulta prejudicial puede solicitarse en cualquier tiempo. Resulta recomendable, entonces, que se formule cuanto antes la consulta, a fin de evitar dilaciones inútiles.

3.2. La consulta a petición de parte

Cabe observar que la consulta prejudicial que por su misma naturaleza equivale a una solicitud que hace el juez nacional al Tribunal Comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de la Integración, puede y debe ser formulada de oficio, lógicamente. Pero si es una de las partes en el proceso la que solicita al juez nacional que proceda a elevar la consulta, a lo cual tiene pleno derecho en cualquier momento del proceso, en ningún caso tal solicitud podría ser sometida a un trámite procesal que no se compagine con su naturaleza y su finalidad.

Así, por ejemplo, sería ilógica y carecería de toda base jurídica, la aplicación a tal solicitud de las normas procesales que regulan el régimen probatorio, señalando términos perentorios y oportunidades precisas para decretar y practicar pruebas. La consulta prejudicial, en cambio, es un requisito para dictar sentencia que se puede cumplir en cualquier tiempo y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba.

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

3.3. Obligatoriedad de la interpretación

De acuerdo con lo ya indicado, resulta que la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional, quien no puede apartarse de los criterios que señale este Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de integración. Así lo dispone el artículo

31 del Tratado en los siguientes términos: "El Juez que conozca del proceso, deberá adoptar la decisión el Tribunal".

Además, debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos. Sin embargo, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la Subregión. No en vano en el preámbulo del Tratado constitutivo del Tribunal se expresa que "algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico".

3.4. Alcance de la interpretación

La función de este Tribunal, en consecuencia, en el tipo de acción de que se trata, es únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico. Por tal interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional, como ya se indicó, dentro de las correspondientes esferas de competencia. No puede referirse entonces el Tribunal al cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares.

La exigencia del Estatuto, de que tales hechos se informen al Tribunal de manera sucinta, ha de entenderse entonces no en el sentido de que éste se ha de pronunciar sobre ellos -lo cual le está vedado- sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez nacional que debe fallar. De otro modo, la interpretación que

adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario.

Conviene advertir que, en el caso de que la norma comunitaria, objeto de la consulta, haya sido adoptada como norma interna en el País Miembro de donde proviene dicha consulta, no por ello pierde su competencia el Tribunal Comunitario, ya que la norma continúa perteneciendo al ordenamiento jurídico del Acuerdo, sin perjuicio de que también sea norma nacional.

3.5 Métodos de interpretación

En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas en la aplicación de este derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma.

Por estas consideraciones corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados "funcionales", como los métodos sistemáticos y de interpretación teológica, sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos, con la advertencia de que el método teológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el "objeto y fin" de la norma, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina que es el propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena.

4. LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

La regulación del derecho a la marca comercial, tema de las normas comunitarias que son objeto de esta consulta, aparte de constituir un capítulo especialmente complejo y dinámico del moderno derecho comercial, reviste señalada importancia para el derecho de la integración, especialmente ante la necesidad de armonizar el derecho exclusivo a una marca con las normas protectoras de la libre competencia y con el principio de la libre circulación de mercancías.

El derecho comunitario europeo ha encontrado muy serias dificultades, aún en vía de superación, para resolver esos conflictos y el que plantea además la subsistencia de las marcas nacionales en el seno del mercado común.

Es consciente el Tribunal de que el derecho comunitario andino de propiedad industrial habrá de encontrar dificultades similares a medida que se desarrollen los programas de liberación previstos y se haga más necesario armonizar las legislaciones, por lo cual para resolver el caso que se analiza se ha de tener en cuenta sus amplias proyecciones y el aporte de la jurisprudencia para el futuro de la integración.

5. NORMAS OBJETO DE LA CONSULTA

La sociedad actora en el presente proceso, la "Aktiebolaget VOLVO", ha acudido ante el Consejo de Estado de Colombia, en acción de restablecimiento del derecho, para que se declaren denegadas solicitudes y recursos suyos en un proceso de registro de marca comercial o de fábrica ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (folios Nos. 1 y 2), declaraciones previas éstas, que han de tornar expedita la acción que intenta ante el Consejo de Estado, para: "...3) Que se falle declarando la nulidad de la decisión resultante del silencio administrativo negativo de la División de Propiedad

Industrial..., respecto de la solicitud de registro de la marca VOLVO en la clase séptima antes referida; y 4) Que la mencionada División no puede negarse a registrar la marca VOLVO para distinguir artículos de la clase séptima a favor de la actora".

Dentro de este preciso contexto, el Tribunal solicitante ha pedido a este Tribunal que interprete los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuyo texto -en el cual este Tribunal se permite resaltar las expresiones que considera claves- es el siguiente:

"Art. 58.- No podrán ser objeto de registro de marcas: ...

f). Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase;

g). Las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares"

"Art. 62.- Presentada la solicitud, la oficina nacional competente procederá a examinar si ella cumple con los requisitos legales y reglamentarios, y en especial si se ajusta a las disposiciones de los artículos 56, 58, 59, 60 y 61 del presente Capítulo".

"Art. 64.- En los casos de incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 la oficina nacional competente, previa audiencia del solicitante, podrá decidir el rechazo de la solicitud".

El artículo siguiente, el 65, aunque no se menciona expresamente por el Tribunal solicitante, guarda estrecha relación con el anterior. Dice así:

"Art. 65.- Si la solicitud no mereciere observaciones o fuera complementada debidamente, se ordenará la publicación de un extracto, por una vez, en el órgano de publicidad que determine la

legislación interna del respectivo País Miembro. Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación cualquier persona podrá oponerse al registro de la marca".

Como se ha visto, el artículo 62 cuya interpretación se solicita, se remite expresamente a los artículos 56, 58, 59, 60 y 61, normas que, por lo tanto, también deberán ser tenidas en cuenta. Su texto es el siguiente:

"Art. 56.- Podrá registrarse como marcas de fábrica o de servicios, los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos".

El texto del artículo 58, ya ha sido transcrito, en lo pertinente.

El artículo 59, también citado en el 62, no viene al caso, por referirse a nombres geográficos o en un idioma extranjero. Finalmente, los artículos 60 y 61 mencionados se refieren al *procedimiento de registro*, indicando los requisitos que debe cumplir la solicitud y los documentos y datos que deben acompañarse a ella.

Aparte de estas concordancias explícitas, advierte el Tribunal que las siguientes otras normas de la Decisión 85 son concomitantes, y eventualmente deberán ser tenidas en cuenta para un mejor entendimiento de los artículos cuya interpretación se pide.

Son ellas, principalmente, las siguientes:

"Art. 58.- No podrán ser objeto de registro como marcas: a) Las que sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público, o las que puedan engañar a los medios comerciales o al público consumidor, sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el uso de los productos o servicios de que se trate,..."

"Art. 60.- La solicitud de registro de una marca deberá presentarse ante la respectiva oficina nacional competente y deberá contener:..."

c) Indicación de la clase o clases de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro de la marca".

"Art. 68.- El registro de una marca y su protección se extenderán solamente a una clase. Para registrar una marca en varias clases se requerirá solicitudes separadas para cada una de ellas, deberán pagarse los derechos respectivos y su tramitación se hará en forma independiente. Los Países Miembros se comprometen a adoptar la clasificación internacional suscrita en Niza el 15 de junio de 1957./ Los Países Miembros que todavía no han adoptado dicha clasificación tendrán un plazo de un año, contado a partir de la vigencia del presente Reglamento, para hacerlo".

"Art. 72.- El derecho exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente".

"Art. 73.- La admisión de la solicitud de registro de una marca en un País Miembro otorgará al peticionario un derecho de prioridad durante un plazo de seis meses para que, dentro del mismo, pueda solicitar el registro en los otros Países Miembros".

"Art. 74.- El titular o licenciatario de una marca tendrá el derecho de usarla en forma exclusiva y podrá solicitar las medidas de protección para la defensa de sus derechos, previstas en las respectivas legislaciones nacionales".

"Art. 76.- El registro de una marca será cancelado, de oficio o a petición de parte, por la oficina nacional competente cuando verifique que el registro se ha expedido contraviniendo las disposiciones de los artículos 56, 58 del presente Reglamento".

6. CRITERIOS APLICABLES

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores corresponde precisar los conceptos contenidos en las normas pertinentes (ver Considerando N° 5), que en criterio de este Tribunal necesitan o merecen aclaración para evitar vaguedades y prevenir posibles

equivocos dentro del marco fáctico señalado por el Tribunal solicitante. No será necesario referirse a las expresiones claras o inequívocas, por no ser necesario (*in claris not fit interpretarlo*).

6.1. Nociones generales básicas

La marca es un bien inmaterial consistente en un signo que puede ser denominativo, gráfico o mixto, que se relaciona con determinados productos o servicios ("regla de la especialidad de la marca"). Se reconoce la propiedad sobre la marca, que consiste en el derecho exclusivo a utilizarla (*ius excludendi alios*), que puede ser cedido, transferido y transmitido, y que según el régimen jurídico adoptado por la Decisión 85 se constituye por medio del registro (artículo 72).

De acuerdo con el artículo 56 de la Decisión 85, los signos, para poder ser registrados como marcas, tienen que ser novedosos, visibles y suficientemente distintivos. La razón de ser del derecho exclusivo a una marca se explica por la necesidad que tiene todo empresario de diferenciar o individualizar los productos o servicios que elabora o presta y que deben ser comercializados en un mercado de libre competencia.

Esta necesidad económica empresarial ha dado especial importancia a los signos que se usan para caracterizar los productos y servicios como medio de información necesaria que permite evitar confusiones o engaños. La finalidad de una marca, en consecuencia, no es otra que la de individualizar los productos y servicios con el propósito de diferenciarlos de otros iguales o similares. En virtud de esta función diferenciadora, la marca protege a los consumidores, quienes, al identificar el origen y la procedencia del producto o servicio de que se trate, evitan ser confundidos o engañados.

La unión entre signo distintivo y la clase de producto o de servicio, es sólo el aspecto objetivo de la marca. A él debe agregarse el elemento psicológico que se presenta cuando los

consumidores potenciales aprehenden o captan esa unión entre signo y producto.

En la memoria de los consumidores, la marca representa el origen empresarial del producto, sus características, el grado de su calidad, y, eventualmente, el *goodwill*, prestigio o buena fama del producto en cuestión. Estas representaciones o vivencias de los consumidores frente a determinada marca, son la base de las llamadas "funciones" que ella cumple, entre las que se señala la función de *publicidad*, en cuanto a la difusión o propaganda que la sola marca puede implicar.

6.2. *La función distintiva*

De las características que el artículo 56 de la Decisión 85 atribuye a las marcas, la más importante es la de que los signos que la constituye deben ser "suficientemente distintivos". Las demás características atribuidas a la marca son derivación de este carácter distintivo primigenio que debe tener todo signo para poder cumplir con la diferenciación, que es el objeto principal de la marca. De allí que el signo que se elija para identificar un producto o servicio, tiene que ser distintivo y novedoso en relación con otros signos utilizados en el mercado, a fin de evitar la confusión con productos o servicios similares.

Para proteger a los consumidores y también a los propietarios de marcas, el artículo 58 de la Decisión 85 prohíbe el registro de aquellos signos "que puedan engañar a los medios comerciales o al público consumidor sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el uso de los productos o servicios de que se trate" (literal a). Por las mismas razones prohíbe el registro de los signos que puedan confundirse con otros ya registrados, o cuyo registro haya sido solicitado con anterioridad por un tercero o posteriormente con una reivindicación válida del derecho de prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase (literal f). Asimismo se prohíbe

el registro de las que puedan confundirse con otras "notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares" (literal g).

La marca, pues, es el signo distintivo de los productos o servicios en un mercado competido y como tal cumple una función individualizadora. Entre productos o servicios del mismo género, especie u grupo, la marca es el elemento identificador que permite al empresario considerar suyo el producto o servicio que presta y al consumidor exigir el producto o servicio que conoce, aprecia y busca, según la marca. Esta, por lo tanto, debe estar acompañada de elementos externos sensibles que permitan diferenciarla. Es por ello que el artículo 56 de la Decisión 85 exige que los signos sean "visibles", calidad que es la única que normalmente permite la identificación.

Es esencial, en resumen, que el signo que ha de constituir una marca, tenga fuerza distintiva suficiente respecto a productos o servicios que puedan confundirse. Esta fuerza distintiva del signo, más aún que su novedad u originalidad -que siempre serán relativas-, constituye el requisito indispensable para que la marca exista jurídicamente hablando (artículo 56).

6.3. La marca frente a los consumidores

Debe resaltarse, de lo ya dicho, que el público de consumidores, desde el punto de vista jurídico, es un protagonista activo para hacer posible que la marca exista plenamente y que no es un simple destinatario pasivo. La institución de la marca, además, obedece no sólo al interés individual del empresario, sino también al interés general de los consumidores, para quienes la marca debe constituir un elemento objetivo de juicio, que no se preste a confusiones o equívocos. La marca, en tal sentido, es información básica destinada al consumidor potencial que debe facilitar y propiciar su libertad de elección y que debe contribuir a que sea "transparente" la oferta pública de productos y servicios.

La marca, en consecuencia, cumple un papel informativo en cuanto a la procedencia del producto o servicio. Para el consumidor, productos similares con una misma marca, deben provenir lógicamente del mismo productor, al que suele atribuírsele determinadas calidades de aptitud, capacidad, responsabilidad y técnica. Así la marca cumple para el consumidor, una función indicadora de la calidad, alta o baja, de determinado producto o servicio.

La marca cumple además, eventualmente, una función "condensadora" del prestigio, buena fama o *goodwill* del que pueda gozar entre el público determinado nombre o signo. La buena reputación de los productos distinguidos con determinada marca, suele implicar preferencia o reconocimiento por parte de los consumidores. Unido a esta función de prestigio está el aspecto de publicidad o propaganda comercial -cada vez más amplia, sofisticada y costosa-, ya que la marca puede llegar a tener de por sí una "capacidad" o "poder" de venta, o sea un poder de atracción o de seducción, dependiendo de las vivencias o creencias del público consumidor.

6.4. Tipos de marca

En atención a la naturaleza o estructura del símbolo utilizado como marca, ésta puede ser denominativa, gráfica o mixta. La marca denominativa -que es la que en el presente caso interesa- está compuesta por varias letras que constituyen un conjunto pronunciable, tenga o no significado. También existen las marcas gráficas (signos visuales), las mixtas (gráficas y denominativas) y las llamadas marcas "tridimensionales" como la marca-envase.

En atención al uso, el cual tiene especial significación jurídica -tanto que según algunos sistemas es factor constitutivo del derecho a la marca-, las marcas pueden llegar a ser "intensamente usadas", género del cual son especies la marca "notoria" -de especial relevancia en el caso que se analiza- y la marca "renombrada", que

a la notoriedad agrega un elevado prestigio o sea un *goodwill* muy alto por asignársele una excelente calidad.

La Decisión 85 tiene en cuenta el factor "uso de la marca", cuando habla de "marca notoriamente conocida" (art. 58, g) -de la cual se tratará más adelante- y además cuando establece que "para tener derecho a la renovación del registro de una marca, por períodos de cinco años (art. 69), el interesado deberá demostrar, ante la oficina nacional competente respectiva, que está utilizando la marca en cuestión, en cualquier País Miembro" (art. 70).

De otra parte, entre las marcas "no usadas", la doctrina incluye la llamada "marca defensiva" y la "marca de reserva", tipos de marca que se consideran anómalos y de vida efímera. La "defensiva" es la que se registra no para usarla sino tan sólo para crear un ámbito de protección a otra marca, "la principal", con el fin de prevenir posibilidades de confusión, especialmente si se teme que existan criterios oficiales excesivamente tolerantes al apreciar ese riesgo. Lo que lleva a crear, mediante registros artificiosos, verdaderas "constelaciones" de marcas defensivas o "satélites", de pura protección, que de ordinario presentan ciertas afinidades y analogías cuidadosamente calculadas con la marca principal que se intenta defender.

La marca de "reserva", que el empresario calcula poder utilizar en un futuro, es también "marca no usada" según la doctrina. Esta noción doctrinal no parece aplicable en el presente caso, hasta donde llega la información de que dispone el Tribunal, mientras que las nociones igualmente doctrinales de "marca renombrada" y de "marca defensiva", podrían tener eventualmente alguna significación.

6.5. *La marca notoria*

Es la que goza de difusión, o sea la que es conocida por los consumidores de la clase de producto o servicio de que se trate. Esta notoriedad es fenómeno relativo y dinámico, según sea el

grado de difusión o de reconocimiento de la marca entre el correspondiente grupo de consumidores. A diferencia de ella, la marca "renombrada", que antes se mencionó, debe ser conocida por diferentes grupos de consumidores, en mercados diversos y no sólo dentro de un grupo particular, como ocurre con la marca notoria. Puede decirse entonces que toda marca renombrada es notoria, pero no toda marca notoria es renombrada, calidad esta última más exigente.

Tiene especial interés en este proceso la noción de "marca notoria", ya que ella está protegida por las normas del Acuerdo de Cartagena que son materia de esta consulta, más allá de los límites de "la clase" de producto o servicio o "regla de especialidad", siempre que, además de ser notoria, esté también registrada, así sea en el exterior.

En efecto, el literal f) del Art. 58 de la Decisión 85, protege del riesgo de confusión a las marcas registradas o válidamente solicitadas, en general, pero tal protección se otorga únicamente dentro de la regla de la especialidad, o sea, como dice la norma en relación con "productos o servicios comprendidos en una misma clase". El literal g) del mismo artículo, en cambio, protege además a la "marca notoriamente conocida y registrada en el país o en el exterior", en relación con "productos o servicios idénticos o similares", no necesariamente de la misma "clase", o sea más allá de los límites que establece la "regla de la especialidad".

Para la correcta interpretación de esta norma, debe tenerse en cuenta que por "hecho notorio" debe entenderse todo aquel que es conocido por la generalidad de las personas, en un lugar y en un momento determinados. Es pues un fenómeno relativo, cuya importancia jurídica radica en que puede ser alegado sin necesidad de probarlo (*notaría non egent probatione*), ya que se trata de una realidad objetiva que la autoridad competente debe reconocer y admitir, al menos que sea discutida. En virtud de la norma en cuestión, entonces, la autoridad competente debe negarse a

registrar una marca que pueda confundirse con una "notoriamente conocida y registrada en el exterior", así no cuente con un registro nacional válido.

La marca con un registro nacional, entonces, tiene derecho a que se la proteja del riesgo de confusión con otras marcas, para los productos o servicios comprendidos "en una misma clase". Igual protección tienen las marcas solicitadas con anterioridad y las reivindicadas posteriormente. La marca notoria, que además cuente con registro en el país o en el exterior -en cambio- goza de una protección más amplia, que se extiende a "productos o servicios idénticos o similares" (no necesariamente de una misma clase), en virtud del literal g) del citado Art. 58.

En la interpretación de estas normas comunitarias, considera el Tribunal que, en cuanto a las personas que han de tener conocimiento de una determinada marca para que a ella se le otorgue la calidad de "notoria" y la consiguiente protección ampliada, basta que se trate del grupo de consumidores del producto o servicio al que la marca se refiere y ello en el lugar en donde se adelante el procedimiento y no en otro distinto. Tiene muy en cuenta el Tribunal, al adoptar los anteriores criterios, que el régimen de marcas en la Subregión Andina está sometido a la regulación interna que establezca cada uno de los Países Miembros, aunque sin perjuicio, claro está, de la aplicación preferente del derecho comunitario. Además, la misma Decisión 85 reconoce tal hecho, como se observa, por ejemplo, en la alusión que hace al "lenguaje corriente y a las costumbres comerciales" en cada país (Art. 58, d), y en la remisión a las oficinas nacionales competentes en cuanto a los procedimientos de registro (Capítulo III, Sección I).

6.6. La marca confundible

Para un mejor entendimiento de las normas objeto de la presente decisión prejudicial, importa precisar en qué consiste la posibilidad de contundir una marca con otra, o sea el llamado "riesgo de

confusión". Es necesaria tal precisión ya que, de acuerdo con el Art. 58, f) de la Decisión 85, una marca no puede ser objeto de registro si es "confundible" con otra marca ya registrada, o cuyo registro haya sido debidamente solicitado o reivindicado. La marca confundible con otra, además, carece por lo mismo de fuerza distintiva y de la novedad, que son requisitos para su registrabilidad (Art. 56), y por tanto la oficina nacional competente debe rechazar la correspondiente solicitud de registro (Art... 64).

Tampoco puede ser objeto de registro la marca capaz de producir engaño a los medios comerciales o al público consumidor sobre las características principales del producto o servicio de que se trate (Art. 58, a), y es obvio que la confusión de marcas puede llegar a ser motivo de engaño. Puede decirse, en tal sentido, que lo confundible engaña y no distingue, por lo cual no debe darse en la nueva marca que se pretenda registrar.

Advierte la doctrina que la tarea jurídica de confrontar, comparar o cotejar una marca con otra, para determinar si existe el riesgo de confusión entre ellas, es tarea compleja en la que se deben tener en cuenta múltiples factores, sin que sea posible formular reglas generales y precisas al respecto. La Decisión 85 no intenta hacerlo y en su aplicación, por lo tanto, el funcionario competente debe usar su criterio, que si bien es discrecional, en ningún caso puede ser arbitrario, ya que la doctrina y la jurisprudencia internacionales han señalado ciertas reglas lógicas y científicas, que deberían ser tenidas en cuenta.

En cuanto al cotejo o comparación de marcas denominativas -de las que trata el presente proceso- para decidir si son susceptibles de confusión, deberá tenerse en cuenta la visión de conjunto, la totalidad de sus elementos integrantes, la unidad fonética y gráfica de los nombres, su estructura general y no las partes aisladas unas de otras, ni los elementos particulares distinguibles en los nombres, ya que por tratarse de estructuras lingüísticas deberá atenderse antes que nada a la unidad fonética.

Debe evitarse, entonces, la disección o fraccionamiento de los nombres que se comparan, o el pretender examinarlos en sus detalles, ya que el consumidor medio no procede en tal forma. Por lo mismo, deberá ponerse atención preferente a los elementos caracterizantes de cada denominación, de los cuales suele depender en la práctica la primera impresión o impacto que recibe ese consumidor medio ante el nombre que sirve de marca.

Cabe observar, por último, que no hay lugar a una comparación de nombres -marcas en este caso- en el campo conceptual o ideológico, cuando tales denominaciones carecen de significado propio en el idioma de los consumidores presuntamente interesados, así no se trate propiamente de las llamadas marcas "caprichosas o de fantasía".

Para una mejor comprensión de lo dicho, el Tribunal se permite precisar -de acuerdo con la doctrina predominante- que el consumidor al que debe tenerse en cuenta, tanto para determinar la notoriedad de una marca como para establecer el posible riesgo de confusión entre dos marcas, es el llamado "consumidor medio" o sea el consumidor común y corriente de determinada clase de productos, en quien debe suponerse un conocimiento y una capacidad de percepción corrientes.

Por supuesto que, en cuanto a este fundamental punto de referencia, o sea el público consumidor de determinada clase de productos, debe distinguirse si se trata de bienes o productos de consumo masivo o si por el contrario son de consumo selectivo, en lo cual interviene definitivamente el nivel de vida y la capacidad adquisitiva del grupo humano involucrado o sea de aquel que suele solicitar, usar o consumir determinado producto.

6.7. La regla de la especialidad. La clasificación de productos.,

De acuerdo con el artículo 68 de la Decisión 85, "el registro de una marca y su protección se extenderán solamente a una clase". Entonces el derecho a la marca no se extiende a productos

que estén clasificados en un grupo distinto del nomenclador o nomenclátor oficial, así se trate de productos que puedan ser considerados similares o análogos. La extensión de este derecho, en consecuencia, está limitada por la clase o categoría oficial y formal y no cubre otros productos de clasificación distinta, cualquiera que sea su semejanza o parecido con el producto registrado.

Cabe observar, además, que la Decisión 85 únicamente acepta el registro de la marca especial o específica, que puede inscribirse en una sola y determinada clase del nomenclátor (Art. 68). No consagra protección alguna para la llamada marca general que suele equivaler a la firma o nombre comercial que podría servir a un fabricante o empresario para identificar todos sus productos, así sean de muy distintos géneros.

Esta regla general de la especialidad, como se ha visto, no se aplica en el caso de la marca notoria, la que en virtud de lo dispuesto en Art. 58, g) de la Decisión 85 está especialmente protegida, más allá de tal límite, contra el riesgo de confusión entre el producto o servicio amparado con la marca y otros productos o servicios "idénticos o similares", así éstos tengan una diferente clasificación en el nomenclátor.

O sea que la afinidad o similitud a la que se extiende la tutela de la marca notoria siempre que haya sido registrada en el país o en el exterior es fenómeno real y no formal, que tiene en cuenta las características del producto o servicio y no su pertenencia a una determinada clase en la clasificación oficial o nomenclátor. Esta, o sea "la clase", limita entonces la protección que se otorga a la marca que no goza de notoriedad (Art. 58, f). pero no la que se brinda a la marca notoriamente conocida. De igual modo, la pertenencia a una misma clase -verdad formal- no sirve para demostrar la similitud -verdad real- entre dos o más productos o servicios. El consumidor, se ha dicho, con gran razón no distingue entre clases sino entre productos.

Conviene advertir, de otro lado que, "*a contrario sensu*", la tutela especial a la marca notoria no se extiende a productos diferentes o dispares, entre los cuales no quepa una convergencia competitiva, así se encuentren en la misma clase. Si los productos, de por sí, se distinguen claramente unos de otros, fuera de toda duda razonable de parte del consumidor no se requiere, por supuesto, que los distinga una marca. De no ser así, el derecho de marca resultaría prácticamente ilimitado, con todas las perturbaciones en la regulación del comercio que ello lógicamente implicaría.

Al apreciar la similitud real entre productos debe tenerse en cuenta, obviamente, el punto de vista del consumidor. El principal criterio para detectarla será entonces el de la finalidad o uso del producto o servicio, el de su aplicación práctica y el de su utilización normal, pues de estos aspectos suele depender básicamente el posible riesgo de confusión. Productos o servicios que se destinen a finalidades iguales, idénticas o afines y que circulen en un mismo mercado, han de presentar una similitud real para el consumidor, el que podrá entonces confundirse y que es lo que se trata de evitar.

La naturaleza o la estructura del producto, su composición física o química y aún su misma presentación, tienen sin duda menos influencia que la finalidad, para efecto de establecer similitudes o parecidos. Iguales criterios deberá seguirse para determinar la diversidad real o heterogeneidad entre productos que de por sí permiten una suficiente diferenciación, sin necesidad de acudir a la marca.

En cuanto al nomenclátor, debe observarse que el artículo 68 de la Decisión 85 dispone:..."Los Países Miembros se comprometen a adoptar la clasificación internacional suscrita en Niza el 15 de junio de 1957. Los Países Miembros que todavía no han adoptado dicha clasificación tendrán un plazo de un año, contado a partir de la vigencia del presente Reglamento, para hacerlo" (Incisos 2° y 3°).

Esta clasificación común de las marcas, ordenada en los anteriores términos por el derecho comunitario, es sin duda de gran importancia para facilitar la aplicación uniforme de las normas de la Decisión 85 sobre protección al derecho de marca en la Subregión.

6.8 El derecho de registro

Según el régimen marcario adoptado por la Decisión 85, el registro es constitutivo del derecho exclusivo y preferente a una marca (Art. 72) y no simplemente declarativo. De allí su especial importancia en el derecho andino. El procedimiento de registro está regulado en el Capítulo III, Sección II de la Decisión 85. Hecha la solicitud, si la oficina nacional competente la encuentra completa y ajustada a derecho, procede a expedir el correspondiente certificado y a publicar su extracto en el órgano de publicidad que determine la ley interna (Art. 65).

De acuerdo con el artículo 64 de la Decisión 85, "en los casos de incumplimiento de los requisitos señalados en los Artículos 56, 58 y 59, la oficina nacional competente, previa audiencia del solicitante, podrá .decidir el rechazo de la solicitud". Pero si la solicitud no merece observaciones o fuere complementada en el caso de que no se haya considerado admisible por no cumplir todos los requisitos, es deber de la oficina nacional competente el de ordenar la publicación del extracto, para que en un plazo de treinta días pueda presentarse oposición de parte de cualquier: persona (Art. 65, 2°). Si no se presentare oposición o si ésta fuere rechazada, es también deber de la oficina nacional competente, en cumplimiento del servicio público que le está encomendado, el de expedir el correspondiente certificado de marca. Así se desprende del texto de los (culos 64, 65, 66 y 67 de la Decisión 85.

En conclusión, la oficina nacional competente, cumplido a cabalidad el procedimiento previsto por la Decisión 85, sólo puede negarse al registro de una marca cuando se ha incumplido alguno de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 de la

Decisión 85 como ya se ha indicado. Entre estos requisitos se encuentra el de que el signo que distinga la marca sea novedoso y suficientemente distintivo.

De allí que la autoridad encargada de este servicio público puede negarse a registrar una marca cuando ella sea confundible con otra marca ya registrada, con una en proceso de registro, con una que haya sido objeto de reivindicación válida o con una notoriamente conocida y registrada en el exterior.

Por registro "en el exterior" debe entenderse el que se haya hecho en cualquier país y no sólo en un País Miembro del Pacto Andino.

Después de registrada la marca, el registro puede ser cancelado, de oficio o a solicitud de parte, cuando la oficina nacional competente verifique que fue expedido en contravención a lo dispuesto en los artículos 56 y 58 de la Decisión 85 (Art. 76).

Conviene advertir, como ya lo han hecho tratadistas de la materia, que cuando el artículo 60, c) exige que el solicitante de un registro indique "la clase o clases" de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro (subraya el Tribunal), el término "clase" se utiliza como sinónimo de descripción o identificación del producto o servicio y no en el sentido de su clasificación en el nomenclátor, al cual se refiere el mismo término de "clase" cuando se utiliza en el Art. 68.

Este diferente significado del término "clase" en ambas normas, es evidente por cuanto el artículo 68 sólo admite que se haga una solicitud de registro para una sola clase del nomenclátor y no para varias "clases", expresión que utiliza en plural el Art. 60, c), aparte de que la clasificación en la lista oficial es asunto técnico que corresponde a la oficina nacional competente (Art. 68) y no al solicitante (Art. 60).

El artículo 73 de la Decisión 85 dispone que la "admisión de la solicitud de registro de una marca en un País Miembro otorgará al peticionario un *derecho de prioridad* durante un plazo de seis meses

para que, dentro del mismo, pueda solicitar el registro en los otros Países Miembros".

Esta norma consagra el llamado derecho de prioridad que el Acuerdo de Cartagena concede a quien registra una marca en un País Miembro. A quien se le haya admitido una solicitud de registro en un País Miembro, en consecuencia, le corresponde el derecho de prioridad en otro País Miembro, dentro de los seis meses siguientes al primer registro. Así lo dispone el literal f) del Art. 58 de la Decisión 85 cuando prohíbe que se registre una marca que sea confundible con otra que haya sido válidamente reivindicada con posterioridad. También lo contempla así el artículo 76 de la misma Decisión cuando ordena a la oficina nacional competente que cancele, de oficio o a solicitud de parte, el registro de una marca cuando verifique que se ha hecho desconociendo el derecho de prioridad.

Quien reivindique la propiedad de una marca registrada en un País Miembro, deberá acompañar a la solicitud de reivindicación el documento que pruebe la admisión de la solicitud de su primer registro.

Esta prueba permitirá a la oficina nacional competente determinar si la reivindicación es tempestiva.

Contribuye a la defensa y protección del derecho a la marca, la acción de oposición a una solicitud de registro, que puede intentar cualquier persona dentro de treinta días a partir de la fecha de publicación de la solicitud (Decisión 85, Arts. 62 y 65), y la acción de nulidad contra el acto administrativo mediante el cual se otorga el certificado de marca, si considera que se ha violado la ley, o sea en este caso, las normas de la Decisión 85. Decidida la nulidad del certificado, se produce la cancelación del correspondiente registro (Art. 76).

En base a las anteriores consideraciones, que contienen los principales criterios que en concepto de este Tribunal deben tenerse

en cuenta en el presente caso para interpretar los Arts. 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA,
CONCLUYE:

1. La oficina nacional competente, en cumplimiento del artículo 62 de la Decisión 85, al examinar si las solicitudes de registro de marca cumplen con los requisitos legales y reglamentarios, debe rechazar aquellas que sean para marcas confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de prioridad, siempre que tales marcas correspondan a productos o servicios comprendidos en una misma clase del nomenclátor.

2. La oficina nacional competente también debe rechazar aquellas solicitudes de marcas que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares.

3. Admitida la solicitud de registro y ordenada la publicación del extracto a que se refiere el artículo 65, la oficina nacional competente puede negar la inscripción de la marca cuando en la oposición formulada por cualquier persona se demostrare alguna de las causales señaladas en los literales f) y g) del artículo 58 de la Decisión 85. Cuando la oposición se fundamentare en el derecho de prioridad que el artículo 73 concede al petitioner de una marca cuyo registro hubiere sido solicitado en uno de los Países Miembros, la oficina nacional competente debe resolver esta oposición aplicando lo dispuesto en los literales f) y g) del artículo 58 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 73 de la Decisión 85.

4. La oficina nacional competente está en la obligación de ordenar la cancelación de una marca ya registrada, de oficio o a

petición de parte, cuando verifique que la marca registrada se confunde con otra que ya lo estaba o cuyo registro se hubiere solicitado con anterioridad o con posterioridad en el caso de la reivindicación válida o que se confunde con una marca notoria.

5. Conforme a lo dispuesto por el artículo 31 del Tratado, el Consejo de Estado de la República de Colombia deberá tener en cuenta la presente interpretación para la sentencia que dicte en el Proceso 491 sobre la acción de restablecimiento del derecho, promovida por la sociedad "Aktiebolaget Volvo".

6. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 64 del Estatuto del Tribunal, notifíquese al juez solicitante -Consejo de Estado de la República de Colombia- mediante copia certificada y sellada que se enviará a la dirección por él indicada en el punto d) del memorial de solicitud de la presente interpretación prejudicial

7. Remítase copia certificada de esta sentencia de interpretación prejudicial a la Junta del Acuerdo de Cartagena para su publicación en la Gaceta Oficial.

Galo Pico Mantilla, Presidente;

Hugo Poppe E., Magistrado

José Guillermo Andueza, Magistrado

Fernando Uribe R., Magistrado

Nicolás de Piérola, Magistrado.

Rubén Herdoíza Mera, Secretario a. i

(Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 28 de 15 de febrero de 1988).

ANEXO N° 3

PROCESO N° 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, solicitada por la Corte Suprema de Justicia de la
República de Colombia**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

En Quito, a los veinticinco días del mes de mayo de 1988, en la interpretación prejudicial de los artículos 56, 58, 76, 77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, expedida en el Décimo Tercer Período de Sesiones del 27 de mayo al 5 de junio de 1974, que solicita la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia por intermedio del Magistrado de la Sala Constitucional de dicha Corte, Dr. Jaime Sanín Greinffenstein, actuando como Ponente, según memorial que fue remitido por el Secretario Dr. Miguel Antonio Roa Castelblanco con oficio N° 112 de abril 6 del presente año, dentro del proceso N° 1772, en el cual ha de decidirse la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Germán y Ernesto Cavelier contra el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979 del derecho interno colombiano, por considerar los actores que tal norma interna "desborda o excede las atribuciones contenidas en el artículo 84 de la Decisión 85", con violación de los artículos 56, 58, 76 y 77 de la misma",

En ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 28 del Tratado de Creación y en cumplimiento del artículo 63 de su Estatuto, expide la siguiente sentencia:

VISTOS:

La consulta formulada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, máxima entidad jurisdiccional de esa nación, es imperativa según lo preceptúa la segunda parte del artículo 29 del Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, tal como se hace constar en el memorial en que se formula la consulta.

Que el Tribunal es competente para absolver la consulta por estar así previsto en el artículo 28 del referido Tratado.

Que la referida consulta satisface los requisitos de forma establecidos por el artículo 61 del Estatuto del Tribunal, puesto que si bien no contiene "el informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación" (c, *in fine*), es porque evidentemente se trata de un asunto de puro derecho, según la naturaleza misma del proceso de acción de inconstitucionalidad, como lo afirma el Juez solicitante, y por lo tanto "sin hechos que narrar o informar", como él mismo manifiesta.

Que la norma del derecho interno colombiano acusada ante la Corte Suprema de Justicia de ese país (el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979), según la transcripción que hace el Magistrado solicitante, dispone: "El Ministerio de Desarrollo no podrá registrar un producto farmacéutico sin informe previo permisible del Ministerio de Salud sobre su aceptación. Asimismo podrá cancelar todo registro que (sic) solicite éste".

Que las cuestiones sobre las cuales se solicita la interpretación prejudicial de este Tribunal comunitario, relativas a las normas del derecho de la integración andina antes mencionadas, son las siguientes, de acuerdo con la formulación que hace el Magistrado solicitante, y que a la letra dice: "Lo que específicamente desea la Corte que se interprete es si a): el derecho interno de cada uno de los países miembros puede señalar, en tratándose de productos farmacéuticos, requisitos adicionales a los que se desprenden de los artículos 56 y 58 mencionados para el registro de una marca y si

b): el derecho interno de cada uno de los países miembros puede señalar, en tratándose de productos farmacéuticos, causales adicionales a las que se desprenden de los artículos 76 y 77 mencionados para la cancelación de un registro de marca, todo ello en virtud del entendimiento que se dé al artículo 84 citado".

CONSIDERANDO:

1. PREEMINENCIA DEL DERECHO ANDINO

Se plantea en el presente caso un supuesto conflicto entre las normas del derecho comunitario contenidas en la Decisión 85, antes señaladas, y una norma del derecho interno colombiano, el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979, anterior en el ordenamiento jurídico de ese país a la vigencia de la Decisión 85. Conviene por lo tanto reiterar antes que nada los principios generales que determinan el valor normativo y el consiguiente efecto jurídico de las normas del ordenamiento andino, frente a las normas del derecho interno en los Países Miembros del Acuerdo.

En reciente providencia, también en respuesta a una consulta prejudicial, este Tribunal afirmó lo siguiente: "... con la entrada en vigor del Tratado Constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983 -en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro. Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obliga a los Países Miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos Países,

conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo, en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado".

2... EFECTO DE LA NORMA COMUNITARIA SOBRE LA NORMA NACIONAL

En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ver principalmente Sentencias Costa/ENEL de 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978) en concordancia, en este punto, con el espíritu de las normas de la integración andina. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior –que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho- es precisamente la norma comunitaria.

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata

y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay -se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario (*"preemptiom"*). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él.

La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos en determinados casos. Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho Integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que ello dependería de éste y no de la comunidad. La norma comunitaria, cuando se hace necesario, adopta precisiones que definen su aplicabilidad, como en el caso del artículo 85 de la Decisión motivo de autos sobre tránsito de legislación.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las sentencias antes citadas, ha afirmado la preeminencia absoluta del derecho comunitario sobre el interno, tesis que resulta ser también aplicable en el ordenamiento jurídico de la integración andina conforme antes se indicó.

En la última de las sentencias mencionadas se concluye que "todo Juez nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria".

3. EL DERECHO COMUNITARIO Y SUDESARROLLO NORMATIVO INTERNO

La Decisión 85, en cuanto al reglamento de las marcas (Capítulo III) tiene en principio, la vocación de regular íntegramente la materia de que trata y de agotar por tanto su reglamentación sin que, en consecuencia, se precisen medidas complementarias por parte de las autoridades de los Países Miembros que lo deben aplicar. La autosuficiencia del Reglamento no es, sin embargo, tesis absoluta ya que la función nacional ejecutiva o de desarrollo de la norma comunitaria no puede excluirse de plano. Pero de todos modos, ante la posibilidad de alguna injerencia nacional para complementar, ejecutar o adaptar la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia suelen aplicar criterios muy restrictivos, tales como el principio del "complemento indispensable" que tradicionalmente se utiliza en el derecho interno para verificar hasta dónde pueden llegar las innovaciones normativas que se incorporan a un reglamento con el fin de complementarlo. De esta suerte, sólo suelen legitimarse las medidas complementarias adoptadas por los Países Miembros que resulten ser estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entraben o desvirtúen.

En otros términos, el reglamento sobre marcas contenido en la Decisión 85 corresponde a la categoría de las resoluciones que han sido llamadas "*self executing*" y que se caracterizan por ser aplicables directamente y en términos de absoluta igualdad en todos los Estados Miembros. Estos, frente a la norma comunitaria, no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los

Países Miembros están comprometidos "a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación", como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte, del Tratado de 28 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal.

Las medidas de simple ejecución que en casos concretos pudiera adoptar un País Miembro tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y uniforme propio de tales regulaciones. La entrada en vigor de éstas, por tanto, ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice, y ello en virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria. La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse sin vacilaciones ni reticencias en favor del derecho de la integración.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que un Reglamento, como el contenido en la Decisión 85, no siempre regula íntegramente la materia a la cual se refiere. En efecto, en ocasiones tales regulaciones permiten y aun exigen un desarrollo legislativo o administrativo ulterior por medio de disposiciones del derecho interno. Por lo demás, la norma comunitaria suele requerir de una adaptación al derecho interno, a fin de que se asegure su efectividad, e incluso puede demandar alguna forma de precisión o desarrollo en el plano nacional. Es normal, de otra parte, que en la misma norma comunitaria se indique expresamente cuáles son las pormenorizaciones que su correcta aplicación requiere.

En relación con este tema merece citarse la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de febrero 11 de 1971 - Caso 39/70- en el cual se afirma que la aplicación uniforme de las normas comunitarias no permite que se expidan normas nacionales sobre el mismo asunto, a menos que éstas sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas. "Cuando el derecho comunitario -

dijo ese Tribunal- establece un sistema especial (sobre importaciones en el caso concreto) que contempla condiciones y sistemas de supervisión... las autoridades no pueden sujetar a los importadores a requisitos adicionales provenientes de la ley nacional, especialmente si tales requisitos resultan un incompatibles les con los criterios que inspiran la norma comunitaria" (como se consideró era el caso). "La implementación se regula por la ley nacional - señaló el Tribunal-... sin embargo la aplicación uniforme de las normas comunitarias excluye la regulación nacional sobre los mismos temas, a menos que ésta resulte necesaria para la aplicación de aquéllas". Y agrega: "las autoridades nacionales están en libertad para usar todos los métodos que resulten apropiados en la legislación interna para asegurar el cumplimiento del derecho comunitario... y para impedir fraudes... utilizando siempre criterios compatibles con los comunitarios".

En resumen -y de acuerdo con la doctrina contenida en el fallo citado y que resulta aplicable en el ordenamiento andino- los Reglamentos de la naturaleza del que se examina no siempre agotan la materia a la cual se refieren, por lo cual permiten, y aún exigen en ciertos casos, un complemento legislativo de parte del derecho interno.

Incluso cuando la normatividad comunitaria agota la materia o asunto que regula, lo cual no es frecuente, podrían resultar necesarias normas nacionales de implementación o de adaptación al sistema nacional, pero siempre sin vulnerar el citado artículo 5 del Tratado en referencia.

4. EL REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LAS

NORMAS SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL (DECISIÓN 85).

La Decisión 85, que contiene el "Reglamento para la Aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial" (patentes de invención, dibujos y modelos industriales y registro de marcas), dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena con base en el artículo 27 del

Tratado inicial, es una regulación jurídica completa, en cuanto a los asuntos de que trata, expedida por una institución supranacional con capacidad para señalar reglas en el ámbito regional, que han de aplicarse con preferencia al derecho interno, conforme se ha indicado.

Se estableció así un régimen común y uniforme, de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características principales, en cuanto a ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional. Resulta entonces que la norma interna anterior o posterior a la vigencia de la Decisión 85, que de algún modo resulte contraria o incompatible con el régimen común, que lo transgreda, desvirtúe o desnaturalice o que simplemente obstaculice su cabal aplicación, deviene inaplicable.

De acuerdo con el artículo 84 de la Decisión 85, "los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en el presente Reglamento serán regulados por la legislación interna de los Países Miembros". Por el contrario, los asuntos o materias que el Reglamento regula quedan sustraídos de las competencias nacionales, con excepción, claro está, de aquellos casos en que se faculta a los Gobiernos de los Países Miembros para expedir normas específicas, adaptadas a las necesidades nacionales, como lo hace por ejemplo el artículo 5 literal e) de la citada Decisión. Debe concluirse, en consecuencia, que la Decisión 85 contiene una regulación total o íntegra de los asuntos de propiedad industrial de que trata y que, en tal sentido, en cuanto a los "asuntos regulados", se habría de producir la derogación tácita o implícita del derecho nacional en relación con los asuntos que el derecho comunitario codifica. Este pretendido efecto derogatorio, aceptado en general por el derecho interno, no se compagina sin embargo, con el

derecho de la integración, conforme antes se indicó. La doctrina prevaleciente, por ello mismo, se inclina con toda decisión por el principio de la aplicación preferente del derecho comunitario, siempre que con él entre en conflicto el derecho interno o nacional. De tal suerte, la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior o posterior a la norma integracionista.

La Decisión 85, en consecuencia, prevalece en principio sobre toda regulación nacional, anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con el derecho interno. De no ser así resultaría imposible alcanzar el objetivo propio del derecho de la integración, que es el de lograr un régimen uniforme para todos los países de la comunidad.

5. LA DECISIÓN 85 Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El artículo 84 de la Decisión 85, antes citado, contempla expresamente la subsistencia parcial de la legislación nacional o interna, la cual conserva plena competencia normativa en relación con los asuntos de propiedad industrial no incluidos en la reglamentación comunitaria. Conviene advertir que lo dicho se refiere a temas o puntos no cubiertos por la norma comunitaria, y no a que en la Decisión 85 puedan descubrirse supuestos vacíos en relación con materias que ella sí regula, y que se intente por lo tanto llenarlos por medio de regulaciones internas. Cuando la Decisión 85, u otra norma comunitaria similar a ella, guarda silencio acerca de algún punto dentro de la materia que regula, puede ocurrir que se trate de un vacío aparente que deba ser llenado, dentro de una adecuada hermenéutica, por otras normas de la misma regulación, dada su vocación comunitaria.

Puede ocurrir también que el ordenamiento comunitario, deliberadamente, omita requisitos o requerimientos usuales en

otros regímenes análogos, en procura de mayor agilidad o simplificación. Tales omisiones, en consecuencia, no podrían dar lugar válidamente a la pretensión de agregar regulaciones no incluidas de manera expresa en la regulación comunitaria, pretextando supuestos vacíos que en realidad no existen y tergiversando así el régimen común.

En consecuencia, para que la legislación nacional preexistente pueda coexistir con la comunitaria pese a la aplicación preferente de ésta en todo lo relativo a un asunto reglado, se requiere que verse sobre asuntos o materias no regulados en lo absoluto por la comunidad, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso de la Decisión 85, con los delitos contra la propiedad industrial o con la reglamentación del llamado "nombre comercial" temas que ella no trata. Pero si el asunto o materia se encuentra regulado en la Decisión, ha de entenderse, en sana lógica, que lo está integralmente, en su totalidad, de suerte que no resulta admisible la aplicación simultánea de normas nacionales por razonables y pertinentes que éstas puedan parecer. De otro modo no podría existir un régimen único y uniforme en la Subregión -objetivo esencial del derecho de la integración- al permitirse que éste resulte modificado, tergiversado o adicionado en alguna forma por la legislación nacional, la cual carece de competencia para ello.

Concretamente, no es admisible en ningún caso que la autoridad nacional intente regular aspectos del régimen marcario ya definidos en la Decisión 85, o que se pretenda que continúen vigentes en el ordenamiento interno, normas nacionales que la contradigan, pues ello equivaldría a permitir la modificación unilateral y por tanto arbitraria del régimen común. No se puede admitir, en consecuencia, que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre tales aspectos, o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella. En tal sentido debe precisarse que tampoco sería admisible que se agreguen por la autoridad

nacional otros requisitos para la configuración de un derecho de propiedad industrial, o que se adicionen causales o motivos para la pérdida de tales derechos. Ello equivaldría a desconocer la eficacia propia del derecho de la Integración.

Caso bien distinto, como se mostrará a continuación, es el de la competencia que sin duda conserva en todo momento la autoridad nacional para reglamentar aquellos puntos que la norma comunitaria ha dejado expresamente a su decisión, como es, en el caso concreto, el de señalar mal i-s la "oficina nacional competente". Asimismo es diferente el caso de normas que dicte el legislador nacional en cumplimiento de la obligación que tienen los Países Miembros de "adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena" (artículo 5 del Tratado de Creación), como las que se refieren específicamente a la supervisión o control que resulten necesarios internamente para que los criterios plasmados en la norma comunitaria tengan cabal aplicación y sean siempre respetados.

6. LA NORMA NACIONAL ACUSADA Y LA DECISIÓN 85

La acción pública de inconstitucionalidad vigente en la República de Colombia, dadas sus características propias, ha dado lugar a que la solicitud que ahora se decide haya sido planteada como caso de puro derecho. El Tribunal asume, entonces, dentro de su competencia, la interpretación de las normas comunitarias, tal como le ha sido solicitado. No asume este Tribunal, en cambio, ni podría hacerlo, la tarea de interpretar el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979 de la República de Colombia, puesto que la precisión del contenido de esta norma interna y el señalamiento de su alcance corresponden exclusivamente al Juez nacional, de acuerdo con el artículo 30 de su Tratado constitutivo. El Tribunal tendrá en cuenta la citada ley colombiana tan sólo de acuerdo con su significación material expresa y obvia, *prima facie*, a manera de simple punto de referencia hipotético y únicamente con el fin de

orientar la interpretación de las normas comunitarias que le ha sido solicitada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia -único Juez competente para interpretar el derecho nacional en este caso- y ello en ausencia de otros hechos relevantes que pudieran servir de derrotero.

En consecuencia, en relación con la norma acusada ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia, el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979, se limita el Tribunal a tomar nota de que, conforme al texto literal que el Juez solicitante transcribe, tal norma dispone que el Ministerio de Desarrollo deberá acatar los informes o conceptos del Ministerio de Salud cuando se trate del registro de una marca de productos farmacéuticos, bien sea para aceptarlo o cancelarlo. Esta simple lectura que hace el Tribunal de la citada norma no equivale en modo alguno a una interpretación propiamente dicha.

Las normas del derecho comunitario cuya interpretación se solicita dejan a la competencia o al arbitrio de la legislación nacional el señalamiento de la "oficina nacional competente" para efectos del registro o la cancelación de marcas, como se señala claramente en el Capítulo III de la Decisión 85. Cuando la legislación nacional, en consecuencia, señala una o varias oficinas gubernamentales (Ministerios de Desarrollo y de Salud en este caso) para los efectos del procedimiento de registro de marcas, está actuando dentro de la órbita de su propia competencia, de acuerdo con el derecho comunitario. Cabe observar que el hecho de que varias oficinas o Ministerios compartan esa competencia no implica en modo alguno una violación de la Decisión 85 ya que lógicamente debe respetarse la organización administrativa interna del País Miembro, la división del trabajo y la racionalización de funciones que él libremente adopte, sin que corresponda al derecho comunitario intervenir en tales pormenores administrativos.

En cuanto a los requisitos para que deba aceptarse el registro de una marca y a las causales para su cancelación, está claro que

deben ser únicamente aquellos que señala la Decisión 85. A este respecto, no le está permitido a la legislación nacional el señalamiento de requisitos o causales distintos, pues éste es un asunto que ya está integralmente regulado por el derecho comunitario el que ha de prevalecer en todo caso. Si ello ocurre, no se trataría simplemente de normas complementarias o le desarrollo libradas a la competencia de la legislación nacional, sino de una regulación sustancial que, en cuanto modifique, agregue o suprima requisitos para aceptar o cancelar un registro de marca, haría imposible la existencia de un derecho comunitario único, uniforme y homogéneo, conforme se indicó.

En consecuencia, en el supuesto de que la ley nacional a la que se refiere la consulta invada en realidad la órbita que ya es de la exclusiva competencia del derecho integracionista, añadiendo requisitos o causales, habría que concluir que resultaría contraria a la norma comunitaria y por ende inaplicable. Sin embargo, observando con cuidado el texto del literal a) del artículo 58 de la Decisión 85, se deduce con claridad que la oficina nacional competente tiene facultad para rechazar el registro de una marca que "pueda engañar a los medios comerciales o al público consumidor, sobre...las características o la aptitud para el uso de los productos de que se trate". De igual modo el artículo 76 de la citada Decisión ordena la cancelación, así sea de oficio, de un registro de marca cuando la oficina nacional competente verifique el incumplimiento de los requisitos que establece el artículo 58 antes citado.

Las anteriores consideraciones resultan válidas para toda clase de productos, incluyendo los farmacéuticos. Pero si esta clase de productos, de significación especial para la salud y la vida de las personas, se considera específicamente, resulta evidente la necesidad de un control adecuado por parte de la oficina nacional que se considere competente para ello.

7. RESUMEN

Los productos farmacéuticos que, según la Decisión 85, no pueden ser objeto de patente (artículo 5, c), sí pueden ser en cambio objeto de una marca de registro, siempre y cuando ésta no se preste a confusión o engaño para el público consumidor, especialmente en cuanto a las características y la aptitud para el uso del correspondiente producto (artículo 58, a).

De suerte que si una norma nacional, dentro de la competencia que le es propia, exige la intervención del Ministerio u oficina pública a cargo de los problemas de salud, para la aceptación o la eventual cancelación de un registro de marca sobre productos farmacéuticos, ha de entenderse lógicamente que se trata de un procedimiento encaminado a verificar el cumplimiento de las previsiones del artículo 58 de la Decisión 85. Ha de considerarse que esta Decisión se remite a la "oficina nacional competente" para todo lo relativo al procedimiento de registro (Capítulo III, Sección II), como es lógico por tratarse de un asunto de índole administrativa sometido a la organización pública de cada país. Dentro de esta órbita de competencia interna, resulta también lógico que la oficina gubernamental que esté a cargo de los problemas relativos a la salud, sea considerada "oficina nacional competente" para efectos del necesario control de las marcas de productos que, como los farmacéuticos, tienen relación directa con la salubridad.

Una ley nacional que así lo disponga no contradice la norma comunitaria ni resulta incompatible con ella. Por el contrario, debería entenderse que es una disposición reglamentaria interna, mediante la cual se busca aplicar la disposición comunitaria. Conviene recordar que, de acuerdo con el artículo 5 del Tratado de Creación de este Tribunal, "los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena".

A la luz de los preceptos analizados resulta evidente que cuando un País Miembro tiene dispuesto por ley, así sea ésta anterior a su compromiso integracionista, que una oficina o agencia

gubernamental a cargo de los problemas de la salud ha de intervenir para efectos de control en el trámite de las solicitudes de marca para productos farmacéuticos, no está contrariando el derecho comunitario ni obstaculizando su aplicación. Por el contrario, una disposición en tal sentido tendería objetivamente a aplicar el ordenamiento andino y a asegurar su cumplimiento.

Con apoyo en las consideraciones que anteceden, que contienen los principales criterios que en concepto de este Tribunal deben tenerse en cuenta en el presente caso para interpretar los artículos 56, 58, 76, 77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se procede a dar respuesta a las cuestiones propuestas por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. En cuanto a los "puntos propuestos por los actores que la Corte considera procedentes", el Tribunal estima que han sido resueltos en su integridad en los considerandos anteriores.

En consecuencia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

CONCLUYE:

1. El derecho interno de un País Miembro del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con el artículo 84 de la Decisión 85, no puede establecer válidamente requisitos adicionales a los contenidos en los artículos 56 y 58 de dicha Decisión para el registro de marcas de cualquier clase de productos, incluyendo los farmacéuticos, ni señalar causales adicionales de cancelación de un registro distintas a las establecidas en los artículos 76 y 77 de la citada Decisión. Pretender hacerlo sería contrario al ordenamiento comunitario.

2. No obstante lo anterior, el País Miembro está en libertad para señalar, en cada caso, la "oficina nacional competente" que ha de tramitar las solicitudes de registro de marca y el procedimiento para su cancelación, así como para señalar la oficina que deba

verificar, durante dichos trámites, que se cumplan las previsiones comunitarias, y, concretamente, lo dispuesto por los artículos 58 a) y 76 de la Decisión 85.

3. El Ministerio a cargo de los asuntos de la salud puede ser considerado como una "oficina nacional competente" de acuerdo con la Decisión 85, cuando se trate del registro de marcas para productos farmacéuticos.

4. Conforme a lo dispuesto por el artículo 31 del Tratado de Creación de este Tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia deberá adoptar la presente interpretación, en lo pertinente, para la sentencia que dicte en el proceso de inconstitucionalidad N°1772 contra el artículo 454 de la Ley 9a. de 1979.

5. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 64 del Estatuto de este Tribunal, notifíquese a la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia mediante copia certificada y sellada que se enviará a la dirección por él indicada en la solicitud de interpretación prejudicial.

6. Remítase copia certificada de esta sentencia de interpretación prejudicial a la Junta del Acuerdo de Cartagena para su publicación en la Gaceta Oficial.

Nicolás de Piérola y Balta, Presidente

Galo Pico Mantilla, Magistrado

Hugo Poppe Entrambasaguas, Magistrado

Fernando Uribe Restrepo, Magistrado

Iván Gabaldón Márquez, Magistrado

Rubén Herdoíza Mera, Secretario a.i.

(Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33 de 26 de julio de 1988)

ANEXO N° 4

**INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y RÉGIMEN LABORAL DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA**

I. CREACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, es una organización internacional de carácter comunitario, revestida de naturaleza singular y de particularidades que le confieren su propia identidad e independencia para el ejercicio pleno de sus funciones administrativas y judiciales. El Tribunal fue creado como un "órgano principal" del Acuerdo de Integración Subregional, denominado Acuerdo de Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1969, vigente en todos los países del Acuerdo y ratificado por el Ecuador mediante Decreto 1932 de 24 de octubre de 1969, publicado en el Registro Oficial N° 318 de 1° de diciembre de 1969.

El Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena fue firmado por los mismos Países Miembros de este Acuerdo: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, el 28 de mayo de 1979 y se encuentra en vigor en la subregión andina, desde el 19 de mayo de 1983. La ratificación de la República del Ecuador, se expidió mediante Decreto Supremo N° 3611, publicado en el Registro Oficial N° 884 de 30 de julio de 1979. El texto del Tratado se publicó en el Registro Oficial N° 18 de 5 de septiembre de 1979.

En atención, al carácter peculiar que los países andinos quisieron darle a este Tribunal, sus Gobiernos manifestaron expresamente en el Preámbulo del Tratado Constitutivo, que están "Conscientes de que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de

Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros; ..." y,

"Seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente;..." convienen en celebrar el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. (Subrayado nuestro).

Este Preámbulo -corro el de todos los tratados internacionales-, en virtud de lo regulado por el artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, junto con la parte dispositiva, está comprendido en el contexto del tratado para efectos de su interpretación.

Por otra parte, mientras en el Capítulo I del Tratado del Tribunal se regula lo concerniente al "ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena" definiendo su estructura (artículo 1) y estableciendo el principio de aplicación directa de la norma comunitaria en todos los Países Miembros del Acuerdo (por ejemplo de la Decisión 184 - Estatuto del Tribunal-, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo N° 2, de 7 de septiembre de 1983) (artículo 3), en el Capítulo III se confiere al mismo Tribunal, la facultad exclusiva para interpretar prejudicialmente las normas del citado ordenamiento jurídico (artículo 28) y por tanto, todas las disposiciones del Tratado de su creación (entre ellas el artículo 13 que se refiere a las inmunidades y privilegios), del Acuerdo de Cartagena, de todas las Decisiones de la Comisión (entre ellas la 184 que contiene el Estatuto del Tribunal) y de todas las Resoluciones de la Junta.

Este artículo del Tratado, además de otras disposiciones normativas, sin duda relevantes, como la obligación que tienen los

Países Miembros del Acuerdo (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) de cumplir formalmente con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena (artículo 5); la obligatoriedad de sus sentencias (artículos 22, 25 y 31); la designación de Magistrados por decisión unánime de los plenipotenciarios de los Países Andinos (artículo 8); el reconocimiento de inmunidades en los cinco Países Miembros (artículo 13); la facultad para sancionar al país que no carpía con sus sentencias (artículo 25); la jurisdicción exclusiva del Tribunal (artículo 33); la disposición de que no se requiere de homologación ni exequátur para el cumplimiento de sus sentencias (artículo 32); la prohibición de hacer reservas para suscribir este Tratado (artículo 36): incluida la atribución que se concede al Tribunal para dictar su propio Reglamento interno y a [a Comisión. a propuesta de la Junta, para aprobar el Estatuto (artículo 14), confieren al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena o Tribunal Andino de Justicia coro también se le conoce, un carácter sui géneris cuya organización y funcionamiento está sujeta únicamente, coro es obvio, a las precisas estipulaciones de su Tratado constitutivo, suscrito y ratificado por el Ecuador y por los demás Países Miembros del Acuerdo de Cartagena. (Subrayado nuestro).

Luego de la entrada en vigor de este Tratado -19 de mayo de 1983- y concluidas las labores de organización e integración del Tribunal, este organismo jurisdiccional de índole comunitaria, inició sus actividades en enero de 1984. El día 5 de este mismo mes y año, en la ceremonia inaugural efectuada en los salones del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Ecuador, el Señor Presidente de la República Doctor Osvaldo Hurtado Larrea precisó la naturaleza jurídica, valor e independencia del nuevo órgano jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena, en los siguientes términos:

“He aquí como existe armonía entre lo realizado en 1969 (Acuerdo de Cartagena), lo acordado en 1979 (Tratado del Tribunal) y lo proclamado en 1983 (Manifiesto a los pueblos de América). En

efecto, los esfuerzos desplegados por los países andinos no han sido vanos. Hoy, en 1984, afortunadamente se han concretado en la iniciación de funciones de ese alto Tribunal de Justicia que, en sus actuaciones, consagra el principio de supranacionalidad. pues sus magistrados actúan con plena independencia de los Estados partes, y sus actos se fundamentan en los principios de la imparcialidad y la autonomía. Nuestra subregión andina ofrece, de este modo, un nuevo derecho en el ámbito latinoamericano, ya que el Tribunal tendrá las funciones de controlar la legalidad, solucionar los conflictos que se presenten entre las partes y ofrecer la interpretación unitaria del Derecho. "

"Con el nacimiento de este órgano jurisdiccional de la integración andina -añade- se ofrece una solución práctica al problema planteado entre el irrestricto imperio de la soberanía nacional frente a los requerimientos económicos del mundo moderno, lo que constituye una de las principales dificultades que deben enfrentar los procesos integracionistas. Los ejemplos que hemos recibido de otros procesos de integración, principalmente de la Comunidad Económica Europea, nos han hecho ver cómo es posible encontrar adecuados puntos de contacto entre estos dos conceptos fundamentales que ahora se coordinan en el mundo moderno."

"Los últimos decenios -en los que ha aflorado la angustia en que se debate la humanidad- han sido testigos de las más grandes transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas en el mundo, de las cuales nuestra subregión, todavía sumida en el proceso de desarrollo, no puede ni debe permanecer aislada. Con esta perspectiva, la delegación de ciertas facultades soberanas en los organismos internacionales a los que se otorgan determinados poderes, ha hecho viable el proceso de integración y ha promovido una transformación profunda en la técnica jurídica tradicional. En verdad, el Tribunal Andino de Justicia ha incorporado al derecho de cada uno de los países mi arto ros, de conformidad con la propia naturaleza del Tratado que a su vez legisla y promueve normas

jurídicas secundarias, un nuevo derecho que está en pleno desarrollo entre nuestros pueblos y de cuya aplicación saldrán fortalecidos los instrumentos integracionistas" (Véase Democracia y Crisis, Osvaldo Hurtado, Presidente, Discursos 1984-IV) (Los subrayados y textos entre paréntesis son nuestros).

Estos elevados conceptos -expresión oficial del país sede del Tribunal-demuestran de manera fehaciente no sólo la aceptación y sujeción de la República del Ecuador a los términos del Tratado constitutivo del Tribunal Andino de Justicia haciendo honor al principio universalmente reconocido del "*Pacta Sunt Servanda*" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), según el cual "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", sino que también, exteriorizan la satisfacción de que Quito, capital de la República del Ecuador, sea la sede de este órgano principal del Acuerdo de Cartagena.

II. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

De acuerdo con lo establecido por el Tratado de creación (artículo 13), las inmunidades que corresponden al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y a sus magistrados son, en general, aquellas que han sido universalmente reconocidas por la costumbre internacional, y, particularmente, por la Convención de Viena, como la inmunidad de jurisdicción ante los Tribunales nacionales.

De este reconocimiento que incluye la inmunidad de jurisdicción, no puede excluirse ninguno de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena y menos aún el país sede del Tribunal; porque de hacerlo, se colocaría en una situación de incumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 5 del Tratado del Tribunal y de lo dispuesto por el artículo 13 del mismo Tratado, cuyos textos dicen lo siguiente:

"Artículo 5.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las

normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

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

"Artículo 13.- Los Países Miembros se obligan a otorgar al Tribunal todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

"El Tribunal y sus magistrados gozarán en el territorio de los Países Miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el Artículo 31 de la mencionada Convención de Viena.

"Los magistrados, el Secretario del Tribunal y los funcionarios a quienes éste designe con el carácter de internacionales gozarán en el territorio del país sede de las inmunidades y privilegios correspondientes a su categoría. Para estos efectos, los magistrados tendrán categoría equivalente a la de jefes de misión y los demás funcionarios la que se establezca de común acuerdo entre el Tribunal y el Gobierno del país sede."

La simple lectura del artículo que antecede y la del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas que transcribiremos más adelante, hace saber, en primer lugar, que este Tribunal goza de todas las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, particularmente, de las establecidas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, firmada el 18 de abril de 1961 y ratificada por el Ecuador mediante Decreto Supremo 1647 de 31 de julio de 1964, publicado en el Registro Oficial N° 376 de 18 de noviembre de 1964.

2.1. "Jurisdicciones civiles y penales"

Entre las inmunidades de que goza el Tribunal en virtud del citado artículo 13 del Tratado de creación, reconocidas por los usos internacionales y particularmente por la Convención de Viena, se le concede la inmunidad "en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales" con excepción de las contempladas en el artículo 31 de la citada Convención de Viena.

Al respecto, por la infundada interpretación que se suele dar a esta expresión, aunque resulta elemental y obvio, cabe aclarar que la frase "jurisdicciones civiles y penales" que utiliza el citado artículo 13 del Tratado, no excluye ningún tipo de inmunidad de ese orden, sea que expresa o implícitamente esté comprendida dentro de ellas, puesto que en el caso de la denominación de "jurisdicciones civiles" - así, en plural-, se entiende como lo reconoce la doctrina, que se utiliza para distinguir la naturaleza de las acciones que corresponden a la jurisdicción ordinaria, diferenciándola de las materias que pertenecen a determinadas jurisdicciones especiales.

Tampoco puede interpretarse que con la indicada frase de "jurisdicciones civiles y penales", se trata de excluir de la inmunidad de jurisdicción civil a ninguna de las jurisdicciones que por razones totalmente extrañas a esta inmunidad han sido denominadas "especializadas" y que como la laboral, por ejemplo, se encuentran comprendidas dentro del vasto campo de lo civil.

En efecto, la misma Convención de Viena redactada y aprobada 18 años antes del Tratado del Tribunal, en el artículo 31.1, garantiza al agente diplomático la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa además de la penal, con excepciones claras y concretas, sin que en éstas, como se verá más adelante, se excluya de la inmunidad de jurisdicción a los asuntos o contiendas de carácter laboral, cuyo conocimiento y resolución, al no haber sido designados los Jueces ordinarios especializados, correspondía a los Jueces ordinarios de lo civil, y luego incluso, en sustitución de aquellos después de que fueron creados. Así, en el Ecuador, de acuerdo con lo que señala el Decreto Supremo N° 979 publicado en

el Registro Oficial N° 496 de 10 de mayo de 1965, se reconoce la necesidad de que existan "jueces especiales de trabajo", y se dispone (artículo 3°) que a falta de ellos, las causas de orden laboral pasen a conocimiento de los "jueces civiles", indicando, además, que se entenderán como tales (artículo 35) a los Jueces Cantonales y que en caso de apelación, el recurso se concederá para ante la respectiva Corte Superior. ¿Por qué, entonces se ha de suponer -y menos aún juzgar- que la inmunidad de jurisdicción civil reconocida por la Convención de Viena e incorporada en el Tratado del Tribunal, excluye de ella a las acciones laborales, si son los propios Jueces de lo Civil o jueces ordinarios especializados en materia laboral los que tienen competencia para resolver estas causas?

2.2. Unidad de la Jurisdicción

En consecuencia, en ningún caso cuando las autoridades administrativas o judiciales deben reconocer la irrunidad de jurisdicción para asuntos o conflictos de carácter laboral están apartándose de la costumbre internacional o de la Convención de Viena, puesto que no se trata del reconocimiento de una jurisdicción extraña y menos opuesta a la jurisdicción civil pues se la considera parte integrante de ella, sobre todo, teniendo en cuenta que, como sostiene Pietro Castro "la jurisdicción es una y única corno poder y corno función". (Derecho Procesal Civil, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964).

Esta unidad de la jurisdicción es jurídicamente indivisible en cuanto al carácter genérico o a la globalidad que el la representa, entendida como la "determinación irrevocable del Derecho en el caso concreto".

"Esta unidad conceptual consiente, sin embargo, sin perder su carácter, distinciones doctrinales y legales que respondan ya a su naturaleza, ya a la índole del precepto o autoridad que le ejerza, ya a su extensión o ya, en fin, a la causa de su ejercicio. Así se habla de jurisdicción contenciosa y voluntaria, de jurisdicción propia o retenida

y jurisdicción delegada, de jurisdicción ordinaria o de las jurisdicciones especiales, de jurisdicción civil y jurisdicción penal, etc. 'La unidad de la jurisdicción -subraya Fenech-. como función soberana estatal no es incompatible con la necesidad conceptual, obtenida a base del ordenamiento positivo en un momento dado, de distinguir dentro de ella a aspectos o clases cuyo origen se debe a la necesidad de diferenciar aspectos funcionales para un normal desarrollo de las consecuencias de la división del trabajo' (5)." (5) Derecho Procesal Penal, Barcelona, Ed. Labor, 1960, T.I, pág. 170. (Subrayado nuestro).

2.3. Jurisdicción civil

La referencia que hace el Tratado del Tribunal y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas a la inmunidad de jurisdicción civil, no puede tener otro sentido que el de referirse a toda clase de juicios, causas, procesos o controversias sobre intereses privados, lo cual incluye indudablemente las contiendas laborales que es el caso que nos ocupa, pues se trata de una materia indudablemente de índole civil.

Efectivamente, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas (Editorial HELIASTA, Buenos Aires 1983},. encontramos que Jurisdicción civil es "la relativa a las causas civiles e incluso mercantiles, que es ejercitada por los tribunales y jueces de lo civil. Se contrapone -dice el autor- a la jurisdicción criminal". Y, la causa, que es el conjunto de actos o actuaciones seguidas ante un Tribunal, "Es civil cuando la cuestión versa sobre intereses pecuniarios o estado de familia". Además anota que la "Causa en lo Civil" integra para muchos el fin esencial o más próximo de los que contraen una obligación, o más en concreto, perfeccionan algún contrato... Para otros -añade- no se está sino ante el motivo o razón que cada cual tiene para contratar una obligación". (Subrayado nuestro).

Entonces, es precisamente dentro de estos conceptos donde deben incorporarse las "causas laborales" puesto que en todas ellas se trata de "intereses pecuniarios" por el hecho de haberse contraído una obligación mediante el perfeccionamiento de un contrato. En consecuencia, una vez más, el claro sentido de la expresión "jurisdicciones civiles" utilizada por el Artículo 13 del Tratado del Tribunal para garantizar la irrunidad de Jurisdicción no puede tener otras excepciones, que las señaladas por la propia Convención de Viena entre las cuales, como queda dicho, no se encuentran los asuntos de orden laboral.

Entender que los asuntos "laborales" por sólo su denominación han dejado de ser "civiles" -siguiendo a Cabanellas-, nos llevaría a concluir que, por contraposición a ellos, las causas laborales resultarían ser causas de carácter "criminal", lo cual, cuando menos, es inaceptable.

2.4. Jurisdicciones civiles especiales

Por otra parte, como se anota en la misma Enciclopedia Jurídica que: la jurisdicción sigue siendo civil aunque con las jurisdicciones especiales que le pertenecen a ella conforme indica en el siguiente texto:

"Es solo recientemente cuando se han creado diversas jurisdicciones especiales civiles, cuya única justificación reside en una creciente desconfianza hacia la jurisdicción ordinaria, si bien hay que reconocer que la actuación práctica de dichas jurisdicciones nos inclina a pensar que quizás hubiera sido más conveniente confiarlas a la jurisdicción ordinaria. Carro jurisdicciones especiales civiles podemos señalar:

"a) La jurisdicción de las magistraturas de trabajo a las que se atribuye jurisdicción exclusiva para conocer, resolver y ejecutar sus decisiones en los conflictos individuales que se produzcan en la vida social del Derecho, determinándose su jurisdicción por la calidad de las personas y la materia del asunto (artículo 1º de la Ley de 28 dic.

1966). Tratase de una verdadera jurisdicción creada con la finalidad de sustraer a los Tribunales ordinarios una serie de problemas que, a entender del Legislador, requerían ser tratados con una mayor rapidez, eficacia y economía que la tradicional lentitud, ineficacia y coste de la jurisdicción ordinaria no bastaba a satisfacer "

2.5. Impunidad completa

De otro lado, el autor JOSÉ SEBASTIÁN DE ERICE Y O'SHEA en su obra "Derecho Diplomático", Madrid, 1954, cita a Hurst, Deak y Genet, como defensores de la "exención civil pura y simple en cualquier caso". Incluso dice que Genet llega a unir la inmunidad "comercial" a la antedicha inmunidad civil, citando la sentencia del Tribunal homónimo de París de 15 de julio de 1867 en cuyo primer considerando decía " Que es principio firme del Derecho de gentes que los Agentes Diplomáticos de un gobierno extranjero no están sometidos a la jurisdicción del país al cual son enviados".

El mismo autor cita a Genet quien en " Traite de Diplomatie", (París, 1931) "considera que la exención de jurisdicción civil tiene el sentido más lato posible y engloba incluso esos supuestos mercantiles".

Sobre esta afirmación César Sepúlveda (Derecho Internacional, Editorial PORRUA, México 1980) aunque no considera aceptable en estos días, reconoce que la inmunidad de jurisdicción denominada civil que la ejemplifica con casos relacionados a "miembros de familia, bienes, contratos, etc.", es reconocida por todos los autores como una exención completa. Por nuestra parte, añadimos que entre aquellos contratos que el autor inserta en los ejemplos de la jurisdicción civil, se entiende que deben estar los contratos laborales o comerciales o los compromisos de cualquier otro orden que la doctrina, la jurisprudencia o la ley vayan creando.

2.6. Asuntos laborales

Cerno queda demostrado, los asuntos laborales o las contiendas que podría incluirse dentro de las que se sujetan a la denominada

"jurisdicción laboral" no pueden ser excluidos, de ninguna manera, del campo de la inmunidad de jurisdicción civil, al que pertenecen por naturaleza. Tampoco puede entenderse que para estos asuntos debería existir una cuarta o quinta clasificación de la inmunidad de jurisdicción reconocida por los tratados internacionales y por la Convención de Viena, puesto que las civiles, penales y administrativas y de ejecución, representan lo que se ha dado en llamar la inmunidad de jurisdicción plena. Inmunidad sin más excepciones que las señaladas por la misma Convención.

Por esta razón, como dice la Nueva Enciclopedia Jurídica, F.SEIX, Ed., (Barcelona 1971, Tomo XIV, pág. 518):

"Al hablar de jurisdicción laboral debe hacerse en el sentido de que la jurisdicción como función estatal es una, ya que todas las especiales o especializadas en realidad sólo constituyen, como su nombre lo indica, especies de un mismo género, a juicio de COUTURE son externos sus caracteres diferenciales, no sustanciales, afectando sólo a la forma, pero no a su función, que permanece inalterable (12)." (12) COUTURE, Estudios de Derecho del trabajo en memoria de Alejandro M. Unsaín, Buenos Aires, 1954, en su trabajo titulado El concepto de jurisdicción laboral. (Subrayado nuestro).

Por último, para confirmar nuestra posición de que los asuntos laborales están comprendidos dentro de la jurisdicción civil para efectos del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción, citamos en la parte correspondiente, la conclusión a la que llega de Enciclopedia Jurídica, F.SIEX, Ed. (Barcelona, 1971, T. XIV, pág. 463):

"En todo caso, aún cuando el llamado Derecho Procesal del Trabajo carece de autonomía para constituirse en una jurisdicción propia, independiente de la jurisdicción civil, cuestión ésta pacífica en la doctrina (II), resulta indudable su carácter jurisdiccional pese a sus numerosas imperfecciones..." (Subrayado nuestro).

En la nota anterior sobre la doctrina, la Enciclopedia registra lo siguiente: "II COUTURE, El Concepto de Jurisdicción Laboral, en Revista de Derecho Procesal Argentina, 1953, p. 15; Guasp. significación del proceso de trabajo en la teoría general del Derecho Procesal, en "Revista de la Universidad de Oviedo", 1943, p. 145; Miguel y Alonso, Problemas procesales de las partes en el juicio de trabajo, Santiago de Compostela, 1956, p. 7; Aragoneses, Estructura y Función del Proceso Laboral, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1961, p. 71; Alonso Olea, Extensión y Límites de la Jurisdicción del Trabajo, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1959, p. 285; Alonso García, Derecho Procesal del Trabajo, Barcelona, 1963, p. 14."

2.7. Excepciones a la inmunidad de jurisdicción

La inmunidad de jurisdicción concedida al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena mediante su tratado constitutivo, de conformidad con el artículo 13, no tiene otras excepciones que las contempladas por el artículo 31 de la Convención de Viena, las cuales se reducen a tres, casos: el de una acción real sobre un inmueble particular situado en el territorio del Estado receptor; el de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure a título privado y el caso de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida fuera de las funciones oficiales.

El referido artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, citado por el artículo 13 del Tratado del Tribunal, dice lo siguiente:

"Artículo 31. 1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

"a) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

"b) De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

"c) De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

"2. El agente diplomático está sin obligación de testificar.

"3. EL agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

"4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante."

Como se ve en el número 1 literales a), b) y c) del artículo transcrito, las tres excepciones a las que se refiere el Tratado del Tribunal se reducen a casos de carácter particular, tanto en la acción real sobre inmuebles, como en la acción sucesoria y en la actividad profesional o comercial. Ninguna de estas excepciones a la inmunidad de jurisdicción, alude a conflictos de orden laboral originados por contratos de trabajo celebrados -en nuestro caso, por el Tribunal-, pues, como se dijo, las excepciones a la inmunidad de jurisdicción se refieren exclusivamente a asuntos estrictamente personales y particulares del agente diplomático.

En resumen, según el contenido de la norma que antecede, en general, los diplomáticos que son titulares de la inmunidad de jurisdicción -la cual por el Tratado constitutivo se ha hecho extensiva al Tribunal y a sus magistrados-, salvo que previa y expresamente renuncien a ella cerro exige la misma Convención, no pueden ser sometidos a la jurisdicción local o nacional, cualquiera que sea el objeto o clase de la contienda, excepto cuando se produzcan los tres supuestos de excepción anteriormente mencionados.

En todo caso, con lo que antecede, nos interesa confirmar que el alcance de la inmunidad de jurisdicción que asiste al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no tiene más limitaciones o excepciones que las tres anteriormente mencionadas, entre las cuales no se encuentran los asuntos laborales en los que intervenga el titular de la inmunidad. Además, se entiende que por esta razón, el Convenio Sede firmado por la República del Ecuador y el Tribunal, publicado en el Registro Oficial N° 575 de 24 de noviembre de 1994, no hace ninguna distinción de las inmunidades de jurisdicción a que tiene derecho el Tribunal ni excluye de ella a los asuntos laborales, cuando expresa y categóricamente dice en el artículo 1, que "El Tribunal y sus bienes gozan de inmunidad de jurisdicción, salvo renuncia expresa..."

2.8. Posición oficial de la República del Ecuador sobre la inmunidad del Tribunal

Por último, teniendo en cuenta que se trata de una decisión oficial definitiva para las autoridades nacionales, sobre la interpretación y alcance de la inmunidad de jurisdicción que asiste al Tribunal, resulta imprescindible destacar la posición de la República del Ecuador expresada a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad a la cual por mandato del artículo 4° de la Ley sobre Inmunidades, Privilegios y Franquicias Diplomáticas (Registro Oficial N° 334 de 25 de junio de 1973) le "Corresponde... el reconocimiento, la determinación y el control de las inmunidades, los privilegios y las franquicias diplomáticas; ...".

Esta posición del Ecuador-obligante para sus instituciones y personas-, consta en los siguientes documentos, en los términos que se transcriben a continuación:

1. Oficio N° 4210 DGP, de 14 de febrero de 1990, dirigido al Doctor Marco Morales, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social:

"Señor Director:

'Me permito por medio de la presente, informar a usted, señor Director General, el criterio de la Asesoría Jurídica de este Portafolio, sobre la Inmunidad del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Manifiesta que el Tribunal Andino de Justicia está amparado de inmunidad de jurisdicción, dentro de todos los órdenes, conforme lo estipula el artículo 13 del Tratado de Creación del Tribunal.

"Por otro lado, el estudio así dictado en su artículo 21 prescribe que: 'el Tribunal establecerá en el Reglamento Interno los procedimientos de selección, modalidades de contratación, categorías y períodos, así como el régimen de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados. El Tribunal en ejercicio de esta facultad, ha determinado legítimamente los regímenes de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados. lo cual consiguientemente excluye de la obligación de afiliarse a empleados nacionales al Seguro Social del Estado receptor los casos regidos por acuerdos bilaterales o multilaterales, como es efectivamente el caso del Tribunal Andino de Justicia, que en esta materia se rige por la norma de carácter comunitario multilateral del Art. 21 de su Estatuto'.

"En consecuencia, observa que las inmunidades otorgadas al Tribunal por el Tratado no se concretan en forma exclusiva a lo prescrito en la Convención de Viena. sino que va más allá a todo lo reconocido por los usos internacionales lo cual ampara en los campos civiles, penales, administrativos, etc. que como tal, no podría ser juzgado por una jurisdicción internacional de uno de los Estados contratantes.

"Muy atentamente, Por el Ministro, el Director General de Protocolo "Gustavo Cordovez". (Subrayado nuestro).

2. Oficio N° SG/ATJ/DG4L/10.324/91, de 14 de mayo de 1991, dirigido al Licenciado Gilberto Galarza Morales, Jefe de Coactiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social:

"Señor Juez:

"El señor Fe mando Uribe Restrepo, Presidente y Representante Legal del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, mediante nota número 040-P-TJ/C-91, ha remitido a este Ministerio fotocopia de la boleta mediante la cual se le notifica el Auto de Pago expedido por usted, mandando que el Tribunal de Justicia y su representante legal paguen la cantidad de un millón seiscientos ochenta y nueve mil ciento treinta y cuatro sucres 48/100 (S/.1'689.134,48) los intereses y costas causados o dimitan bienes equivalentes, apercibiéndoles que de no hacerlo, se embargarán bienes que permitan cubrir los correspondientes valores."

"2. Sobre este asunto, me permito manifestar a usted lo que sigue: "a) El Artículo 13 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que fue suscrito el 28 de mayo de 1979, y ratificado por el Ecuador, prescribe:

'Los Países Miembros se obligan a otorgar al Tribunal todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones. El Tribunal y sus magistrados gozarán en el territorio de los Países Miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el Artículo 31 de la mencionada Convención.

'Los Magistrados, el Secretario del Tribunal y los funcionarios a quienes éste designe con el carácter de internacionales gozarán en el territorio del país sede de las inmunidades y privilegios correspondientes a su categoría. Para estos efectos, los magistrados tendrán categoría equivalente a la de jefes de Mis ion y los daros funcionarios la que establezca de común acuerdo el Tribunal y el Gobierno del país sede'.

"b) El Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones

Diplomáticas, dispone:

'1. El agente diplomático gozará de irrunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

a) de una acción real sobre bienes inmuebles, particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

b) de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

2. El agente diplomático no está obligado a testificar.

3. EL agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La irrunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.'

"3. Como usted podrá apreciar por el contenido de las normas transcritas en los literales b) y c) de la presente nota, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no puede sin violar los Tratados internacionales antes citados, que son leyes de la República, ejercer medidas de ejecución, ni contra el Tribunal ni contra sus Magistrados, por lo que solicito a usted inhibirse de continuar con el procedimiento coactivo al que me vengo refiriendo.

'Muy atentamente,

'Mario Alemán S.

Secretario General". (Subrayado nuestro).

3. Convenio de Inmunidades y Privilegios entre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el Gobierno de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial N° 575 de 24 de noviembre de 1994:

"Artículo 1. - El Tribunal y sus bienes gozan de irrunidad de jurisdicción, salvo renuncia expresa. Sin embargo, la renuncia a la inmunidad no puede extenderse a forma de ejecución, para lo cual será necesaria una renuncia especial." (Subrayado nuestro).

En resumen en el primer documento se reconoce que el Tribunal "está amparado de inmunidad de jurisdicción dentro de todos los órdenes..." y que "ha determinado ilegítimamente los regímenes de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados; en el segundo, después de transcribir los artículos 13 del Tratado y 31 de la Convención, establece que no se pueden "ejercer medidas de ejecución" contra el Tribunal sin violar los tratados internacionales citados; y, por último, el Convenio de Inmunidades y Privilegios, elimina, finalmente, toda posibilidad de duda o de interpretación impropia o indebida de la inmunidad de jurisdicción que corresponde al Tribunal cuando reconoce que "El Tribunal y sus bienes gozan de i moni dad de jurisdicción, salvo renuncia expresa". Con este Convenio, jurídicamente obligatorio para la República del Ecuador y para el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, queda de lado cualquier posición doctrinaria o judicial extraña a la esencia misma de la inmunidad del Tribunal. Corresponde entonces, a las autoridades del País Sede y del Tribunal, cumplir lo acordado tanto en el Tratado constitutivo, corro en este Convenio de Inmunidades y Privilegios.

2.9. Inmunidad de ejecución

Por otra parte, la irrunidad de jurisdicción garantizada por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, se extiende a toda medida de ejecución (artículo 32.4) con la precisa aclaración de que aún habiéndose renunciado a la inmunidad de jurisdicción, esto no significa la renuncia a la de ejecución del fallo, para lo cual el mismo artículo 32 exige la presentación de un nueva renuncia por parte del titular de la inmunidad.

Concordante, con esta disposición internacional, la República del Ecuador en el referido Artículo 1 del Convenio Sede (Registro Oficial N° 575 de 24 de noviembre de 1994) dice de manera expresa que "la renuncia a la inmunidad no puede extenderse a forma de ejecución, para lo cual será necesaria una renuncia especial"

En conclusión, podríamos decir que el reconocimiento comprende tanto la inmunidad de jurisdicción, cerno la de ejecución ante las autoridades del Estado en el cual se encuentra acreditado el agente diplomático o del país sede de la organización internacional como es el caso de este Tribunal, y que estas inmunidades, subsisten plenamente mientras no exista una renuncia expresa para cada una de ellas.

III. USOS INTERNACIONALES

La costumbre internacional o los Usos Internacionales a los que se refiere el artículo 13 del Tratado del Tribunal, como dice L.A. PODESTA COSTA Y JOSÉ MARIA RUDA, en "Derecho Internacional Público" (Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1979), es la fuente más antigua del derecho y tiene su origen en el comportamiento uniforme de algunos Estados ante una relación que a ellos afecta. Esta "conducta, cuando es continuada y un número notorio de Estados la adopta visiblemente y sin oposición por los demás, se transforma en una aquiescencia internacional, entra a formar parte de las reglas que gobiernan a la generalidad de los Estados, se torna obligatoria como regla de derecho." (Subrayado nuestro).

Añaden los mismos autores que "Muchas reglas de la costumbre internacional subsisten todavía con ese carácter. Así, por ejemplo, las normas concernientes a la responsabilidad internacional de los Estados, a los ríos internacionales, etc. Otras normas consuetudinarias han pasado a ser estipuladas formalmente en tratados, como en el caso de las inmunidades y privilegios diplomáticos." (Subrayado nuestro).

Esta costumbre internacional ha reconocido invariablemente las impunidades y privilegios diplomáticos de tal manera, incluso, que ha extremado su aceptación al límite máximo de la irresponsabilidad extendiéndola a los asuntos particulares del agente diplomático. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal del Sena de 21 de enero de 1875, confirmada el 30 de junio de 1876 por el Tribunal de Apelación de París, estos dos Tribunales se declararon incompetentes para conocer la causa incoada contra un súbdito francés que ostentaba la calidad de Ministro Plenipotenciario de Honduras, a pesar de que los hechos no se relacionaban directamente con su Misión. Otro autor (Deak) menciona que "el Tribunal de Londres, en 1890, también sentó idéntico principio al negarse a conocer de la demanda interpuesta contra un Secretario de la Legación china, que era súbdito británico."

Por su parte, como antes se ha dicho, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Ecuador observa que las inmunidades otorgadas al Tribunal "no se concretan en forma exclusiva a lo prescrito en la Convención de Viena, sino que va más allá a todo lo reconocido por los usos internacionales. . .".

IV. CONVENCIÓN DE VIENA

La costumbre internacional primero, y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas después, reconocen a los agentes diplomáticos ciertas inmunidades, consistentes, entre otras, en la inviolabilidad de su persona y en la exención de la jurisdicción local. Como dice Podestá Costa, en la obra anteriormente mencionada:

"La inviolabilidad de la persona y la exención de la jurisdicción local implica substraer la persona y las cosas del agente diplomático, cerro también su sede, a la aplicación de las leyes y a la injerencia de las autoridades locales. "

"La inviolabilidad de su persona y la exención de la jurisdicción local se fundan, pues, en la necesidad de asegurar su libertad e independencia en el ejercicio de sus funciones:..." (Subrayado nuestro)

Aplicados estos conceptos al caso del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena encontramos que precisamente el varias veces citado artículo 13 de su Tratado constitutivo, obliga a todos los Países Miembros a dar todas las facilidades que sean necesarias a esta organización jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena, para el "adecuado cumplimiento de sus funciones" y a garantizar las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y particularmente por la Convención de Viena, cuyo artículo 31 transcribimos anteriormente.

Esta Convención fundamenta el principio de la inmunidad y la concesión de facilidades y privilegios en la teoría de la función, en los siguientes términos: "Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados" (preámbulo). Esto equivale a decir, para el eficaz desempeño de las funciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en su condición de órgano jurisdiccional comunitario de carácter independiente y soberano creado por los Países Miembros del Acuerdo, precisamente para controlar la legalidad en el proceso de integración mediante las acciones de nulidad e incumplimiento y la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena o sea de este Acuerdo, del Tratado del Tribunal, de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta.

El carácter funcional de la impunidad de jurisdicción está implícito en el artículo 21 de la Decisión 184 de la Comisión aprobatoria del Estatuto del Tribunal que veremos mas adelante. Igualmente en el citado Convenio de Inmunidades y Privilegios (artículo 11) se destaca que estos "son concedidos exclusivamente para el cumplimiento de las finalidades propias del Tribunal.

En conclusión no reconocer o no respetar la inmunidad de jurisdicción del Tribunal, sería precisamente contrariar el fundamento de la Convención, es decir atentar contra el normal funcionamiento del Tribunal y obstaculizar el cumplimiento de sus finalidades.

V. RÉGIMEN LABORAL DEL TRIBUNAL

El Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 14, faculta expresamente a la Comisión del mismo Acuerdo -órgano máximo con capacidad legislativa del grupo subregional andino-, para que apruebe el Estatuto del Tribunal y a este órgano jurisdiccional para que expida su Reglamento Interno. El citado artículo dice:

"Artículo 14.- La Comisión, a propuesta de la Junta y dentro de los tres meses siguientes a la vigencia del presente Tratado, aprobará el Estatuto que regirá tanto el funcionamiento del Tribunal como los procedimientos judiciales a que deberá sujetarse el ejercicio de las acciones previstas en este Tratado.

"Las modificaciones a dicho Estatuto se adoptarán por la Comisión, a petición del Tribunal.

"Las Decisiones de la Comisión en esta materia se aprobarán con el voto afirmativo de los dos tercios y siempre que no haya voto negativo.

"Corresponderá al Tribunal dictar su Reglamento Interno."

En efecto, la Comisión, mediante la Decisión 184 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2 de 23 de septiembre de 1983 aprobó el Estatuto del Tribunal. En esta Decisión -norma

comunitaria de aplicación directa en los Países Miembros del Acuerdo y de obligatorio cumplimiento por parte de todos ellos (artículos 2 y 3 del Tratado)-, la Comisión debía contemplar las disposiciones que sean necesarias no sólo para normar los procedimientos judiciales sino también para regular el funcionamiento del Tribunal. Además, como hemos visto, el mismo artículo 14 dispuso que las modificaciones al Estatuto del Tribunal deben ser aprobadas por la Comisión, previa solicitud; con el voto afirmativo de los dos tercios y siempre que no haya voto negativo de ninguno de sus integrantes; y que el Tribunal debía aprobar su propio Reglamento Interno.

Entre los treinta y tres artículos que comprende el Estatuto del Tribunal (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena), consta el artículo 21 que es, en definitiva el que debe ser reconocido y obviamente aplicado en las controversias laborales puesto que esta norma comunitaria -obligatoria para los Países Miembros-, instituye de manera particular la atribución exclusiva del Tribunal para establecer el régimen laboral de la organización, regulando la contratación de sus funcionarios y empleados. Este artículo dice lo siguiente:

"Artículo 21.- El Tribunal establecerá en el Reglamento Interno los procedimientos de selección, modalidades de contratación, categorías y períodos, así como el régimen de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados." (Subrayado nuestro).

A esta disposición se refiere el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador en la comunicación anteriormente transcrita (oficio N0 4210/D/68 de 14 de febrero de 1990), reconociendo que se trata de una "norma de carácter comunitario multilateral" y que "en ejercicio de esta facultad, (el Tribunal) ha determinado legítimamente los regímenes de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados...".

En concordancia con el artículo 21 del Estatuto, está el artículo 20 del Reglamento Interno del Tribunal, aprobado por mandato del artículo 14 del Tratado, que dice:

"Artículo 20.- Son dependencias del Tribunal: La Secretaría y de Dirección de Administración y Servicios. La planta de personal de estas dependencias, el sistema de selección y las funciones correspondientes a los cargos se determinarán en el Reglamento respectivo."

Efectivamente, el Tribunal en ejercicio de la función privativa conferida por la norma comunitaria y para cumplir con las disposiciones de los dos citados artículos: 21 del Estatuto y 20 del Reglamento Interno, aprobó el Reglamento de Personal, en el cual constan detalladamente los derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados.

De este modo, tanto la norma expedida por la Comisión (Estatuto -Decisión 184), como por el Tribunal (Reglamento Interno), no fueron aprobadas por voluntad exclusiva de estas dos instituciones -órganos principales del Acuerdo de Cartagena- y menos mediante acto arbitrario, sino por el mandato que expresamente les fue dado por el citado artículo 14 del Tratado del Tribunal. En consecuencia, el Régimen Laboral del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena tiene que regirse exclusivamente por la norma comunitaria, en los términos que ella señala, teniendo en cuenta el carácter preferente de ésta frente a la norma nacional que se le oponga o contradiga.

El principio de aplicación preferente o "aplicación directa" de la norma comunitaria como exige el Tratado del Tribunal, reiterado en su jurisprudencia, está siendo plenamente respetado por altos Tribunales de los Países Miembros, mediante la presentación de la solicitud de interpretación prejudicial de la norma o normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena que resulte aplicable al caso en disputa -obligatoria para el Juez de última

instancia- y el cumplimiento de la sentencia de interpretación de este Tribunal.

Por otra parte, como demostraremos posteriormente, en la Comunidad Internacional no solamente los órganos principales del Acuerdo de Cartagena: Comisión, Junta y Tribunal, están autorizados para expedir determinados actos normativos de carácter obligatorio. En el caso del Tribunal de Justicia, como antes se dijo, el Estatuto fue aprobado por la Comisión del Acuerdo y el Reglamento Interno por el propio Tribunal.

El hecho de que el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena esté facultado para regular de manera independiente y autónoma en su "Reglamento Interno los procedimientos de selección, modalidades de contratación, categoría y períodos, así como el régimen de derechos y obligaciones de sus funcionarios y empleados", no tiene nada de particular ni extraño a las modalidades que se vienen adoptando en estas organizaciones internacionales, inclusive algunas de ellas disponen de sus propios Tribunales para el juzgamiento de los conflictos laborales que surjan entre estas organizaciones y sus correspondientes funcionarios.

Un ejemplo de lo dicho es el caso de las Comunidades Europeas y el de las Naciones Unidas. Revísennos brevemente lo concerniente a estas organizaciones, en cuanto se refiere a la citada atribución normativa.

5.1. Comunidades Europeas

De manera similar a lo relatado sobre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con la significativa diferencia de que las normas del Grupo Andino son posteriores e inspiradas en las regulaciones europeas, en el caso de la Comunidad Europea, el Tratado de Fusión que constituye un Consejo único y una Comisión única para las tres Comunidades: Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de la Energía Atómica, autoriza al Consejo integrado por los

representantes de los Estados Miembros de la Comunidad -equivale a decir la Comisión en el Acuerdo de Cartagena-, para que apruebe el "Estatuto de los funcionarios" en los términos que constan al final del siguiente apartado 1 del artículo 24 del Tratado de Fusión:

"1. Los funcionarios y otros agentes de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica pasarán a ser, en la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas y formarán parte de la Administración única de dichas Comunidades.

"El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a las demás instituciones interesadas, establecerá, por mayoría cualificada, el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de dichas Comunidades." (Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° 152 de 13 de julio de 1967). (Subrayado nuestro).

Pero es más, no sólo que la Comunidad -como el Pacto Andino, artículo 21, Decisión 184-, está autorizada para establecer su propio régimen laboral, sino que incluso, su Tribunal de Justicia es el encargado de resolver esta clase de conflictos, según la siguiente disposición:

"Artículo 179 (CEE) El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre la comunidad y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca su Estatuto o que resulten del régimen que les sea aplicable".

Bajo el imperio de esta disposición, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas creado el 24 de octubre de 1988 y en funciones desde el 1° de septiembre de 1989. (Decisión del Consejo 88/59) tiene atribución de conocer algunas acciones propuestas por las personas naturales o jurídicas particularmente, los litigios entre las Comunidades y sus funcionarios o agentes, (artículo 91 del Estatuto de Funcionarios).

5.2. Naciones Unidas

De igual modo que en el Grupo Andino y en la Comunidad Europea, en las Naciones Unidas -desde antes de la creación del Tribunal-, de acuerdo con lo establecido por la Carta de San Francisco, se otorgó facultades a sus organismos internos para que puedan aprobar reglamentos o resoluciones. Además, como dice Pedro Pablo Camargo (Tratado de Derecho Internacional, Ed. Temis, Bogotá, T. 1, p. 200), el artículo 30 del Estatuto de esta organización, faculta a la Corte Internacional de Justicia para formular "un reglamento mediante el cual determinará la manera de ejercer sus funciones". "Estos reglamentos y estatutos -dice Pedro Pablo Camargo- si son aprobados por los procedimientos previstos, son obligatorios para los Estados partes." (Subrayado nuestro).

Este concepto, *mutatis mutandi*, es perfectamente aplicable al Estatuto del Tribunal cuyo artículo 21 es el fundamento comunitario del régimen de Derechos laborales del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

VI. INMUNIDADES DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Además del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, órgano jurisdiccional de la subregión andina, creado como un Tribunal independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del mismo Acuerdo (Comisión, Junta y Parlamento), muchas otras instituciones internacionales y de carácter comunitario también gozan de inmunidad de jurisdicción de acuerdo con el Derecho consuetudinario, el Tratado de su Constitución, o un Convenio especial sobre el reconocimiento de inmunidades y privilegios por parte del país sede de la organización.

La enumeración sucinta que haremos de estas organizaciones y de la correspondiente regulación, tiene por objeto presentar otra demostración fehaciente del derecho que asiste a este Tribunal a gozar de la inmunidad de jurisdicción sin restricciones, así como de la

obligación inherente a las correspondientes autoridades de respetar esta inmunidad de jurisdicción, aun cuando -es cierto-, puede haber doctrinantes y juristas cuyo criterio no esté de acuerdo con el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción que hace un país sede en favor de una organización internacional y comunitaria como el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con los usos internacionales y la citada Convención de Viena.

Esta inmunidad de jurisdicción, de lo que se conoce, ha sido celosamente respetada por los Estados contratantes o signatarios de los respectivos Convenios Internacionales. También, la República del Ecuador conforme la decisión expresada con fundamento, en forma reiterada y categórica, por el Ministerio de Relaciones Exteriores reconoce la inmunidad de jurisdicción del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Las organizaciones internacionales que asimismo gozan de inmunidad, entre otras, son las siguientes:

1.- La Organización de las Naciones Unidas goza de "inmunidad plena frente a todo procedimiento legal" de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 104 y 105 de la Carta de la Organización y lo regulado por el Convenio General de 13 de febrero de 1946.

"Las propiedades y otros valores patrimoniales, donde quiera que se encuentran y quien quiera los posea, disfrutan de inmunidad judicial, a no ser que la ONU renuncie a ella expresamente en determinado caso. Pero aún entonces la renuncia no se extiende a las medidas de ejecución."

2. Los organismos especializados de la Organización de las Naciones Unidas, también gozan de privilegios similares de acuerdo con el Convenio sobre privilegios e inmunidades de los Organismos Especializados suscrito el 21 de noviembre de 1947.

3. El Organismo Internacional de Energía Atómica (organismo especializado de la ONU, tiene un Acuerdo general de privilegios e inmunidades y de sede con la República de Austria que concede a la

organización, a los delegados de los Estados miembros y a sus funcionarios, los mismos privilegios e inmunidades que poseen los organismos especializados de la ONU (Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas).

4. La Organización de los Estados Americanos (OEA), según el Artículo 103 de su Carta constitutiva, suscrita el 30 de abril de 1948, también goza de inmunidad. El referido artículo dispone que "la Organización de los Estados Americanos gozará en el territorio de cada uno de sus Miembros de la capacidad jurídica, privilegios e impunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos."

Es más, en su Tratado sobre privilegios e inmunidades se regula íntegramente la materia. (Leyes y Tratados de la Unión Panamericana O.E.A., Serie N° 31).

5. El Tribunal de Arbitraje de la Haya, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 del Convenio de la Haya de 29 de Julio de 1907, tiene para sus miembros las inmunidades y privilegios diplomáticos durante el ejercicio de sus funciones, incluso, cuando se encuentren fuera de su país.

6. El Tribunal Internacional de Justicia, en el artículo 19 del Estatuto declara que sus miembros gozan de privilegios e inmunidades diplomáticas para el ejercicio de sus funciones. Además, el artículo 42, apartado tercero, del nuevo Estatuto determina que los agentes, consejeros y abogados de las partes ante el Tribunal gozarán también de los privilegios e inmunidades necesarios para el desempeño de su función.

7. La Organización Europea de Cooperación Económica (CECA) de acuerdo con el Primer Protocolo adicional del Tratado, de 16 de abril de 1948, "solo podrá ser demandada en juicio si renuncia a su inmunidad y tal renuncia no se extiende a la ejecución."

Esta Institución fue transformada en la" Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), por el Convenio de

París de 14 de diciembre de 1960, firmado con Canadá y Estados Unidos, como nuevos miembros de la organización. El segundo protocolo adicional de la misma fecha, confirmó los privilegios, exenciones e inmunidades anteriormente reconocidos por los primeros Estados miembros. Con Canadá se acordó que los privilegios e inmunidades de la organización se establecerían entre su Gobierno y la Organización; y, con Estados Unidos, se convino que estos serían incluidos en la Ley sobre Inmunidades de Organizaciones Internacionales (American Journal International Law. 55, 1961).

8. El Consejo de Europa, los representantes de los Estados y la Secretaría, gozan de los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones según lo convenido en el Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del 2 de septiembre de 1948 y el Protocolo adicional de 6 de noviembre de 1952.

9. Las Comunidades Europeas también gozan de Inmunidades y Privilegios de conformidad con el Protocolo de 8 de abril de 1965 firmado en Bruselas.

Por otra parte el Tratado de fusión de las tres Comunidades Europeas al que nos referimos anteriormente en el artículo 28 dice lo siguiente:

"Las Comunidades Europeas gozarán en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión, en las condiciones establecidas en el Protocolo anejo al presente Tratado. Lo mismo se aplicará al Banco Europeo de Inversiones." (Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° 152 de 13 de julio de 1967).

VII. CONCLUSIONES

Lo anteriormente expuesto, y jurídicamente demostrado, nos conduce sin dificultad, a las siguientes conclusiones:

1. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena goza de irrunidad de jurisdicción ante las correspondientes autoridades de la República del Ecuador de conformidad con el Tratado de su creación, los usos internacionales, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y el Convenio de Impunidades y Privilegios entre el Tribunal de Justicia de Acuerdo de Cartagena y el Gobierno de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial N° 575 de 24 de noviembre de 1994.

Las únicas excepciones a la irrunidad de jurisdicción de que goza el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena son las comprendidas en el número 1, literales a), b), y c) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, publicado en el Registro Oficial N° 376 de 18 de noviembre de 1964.

El régimen laboral del Tribunal está categóricamente autorizado por la norma comunitaria del artículo 21 de la Decisión 184 de la Comisión publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2 del 7 de septiembre de 1983, de obligatorio cumplimiento y de aplicación directa en los Países Miembros del Acuerdo, conforme a lo prescrito por los artículos 2 y 3 del Tratado del Tribunal en los siguientes términos:

"Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión."

"Artículo 3.- Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

"Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro."

GALO PICO MANTILLA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

Quito, 22 de diciembre de 1994.

PUBLICACIONES DEL MISMO AUTOR

TRATAMIENTO PREFERENCIAL PARA BOLIVIA Y ECUADOR EN EL ACUERDO DE CARTAGENA. Escuela Nacional de Hacienda, Caracas 1975.

LEGISLACIÓN ANDINA DE INVERSIONES EXTRANJERAS Y TECNOLOGÍA. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público-Sección de Integración, Caracas 1975.

REALIDADES Y PERSPECTIVAS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA. 1ª Edición, Superintendencia de Inversiones Extranjeras y Tecnología, SIEX, Caracas 1979; 2ª Edición, Cámara Nacional de Representantes, Quito 1981.

EL PARLAMENTO ANDINO Y LA INTEGRACIÓN SUBREGIONAL, Ed., Cámara Nacional de Representantes, Quito 1981.

DOCUMENTOS BÁSICOS DE LA INTEGRACIÓN ANDINA, Congreso Nacional, Quito 1984.

DERECHO ANDINO,. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1ª Edición, Quito 1989; 2ª Edición, Quito 1992.

JURISPRUDENCIA ANDINA,. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito 1990.

TRATADOS Y CONVENIOS DE LA INTEGRACIÓN, Grupo Andino-Centro América- Cono Sur-América Latina, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito 1992.

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sucre- Bolivia 1992.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, T. I, II y III, Recopilación. Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto para la Integración de América Latina, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Buenos Aires 1994.

CUADRO COMPARATIVO DEL RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito 1995.

INFORME DE LABORES AL H. CONGRESO NACIONAL 2000, Corte Suprema de Justicia, Impresores MYL S.A., Quito 2000.

INFORME DE LABORES AL H. CONGRESO NACIONAL 2001, Corte Suprema de Justicia, Impresores MYL S.A., Quito 2001.

MEMORIA DE LA I CUMBRE JUDICIAL DE LAS AMÉRICAS, Ed., Projusticia, Impresores MYL S.A., Quito 2001.

JURISPRUDENCIA Juicios Bancarios y otros Casos de Fuero, Corte Suprema de Justicia, Impresores MYL S.A., Quito 2003.

CÓDIGO DE LA COMUNIDAD ANDINA. 1ª Edición, Artes Gráficas Señal, Impreseñal Cía. Ltda., Quito 2004.

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA DE CASACIÓN CIVIL, 1ª Edición, Artes Gráficas Señal, Impreseñal, Cía. Ltda., Quito 2006.

CÓDIGO DE LA COMUNIDAD ANDINA, 2ª Edición, Eumed. Net, Universidad de Málaga- España, 2008.
<http://www.eumed.net/libros/2006c/196/index.htm>

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA DE CASACIÓN CIVIL,
2ª Edición, Universidad de Málaga- España, Eumed.Net, 2007.
<http://www.eumed.net/libros/2007b/270/index.htm>

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA DE CASACIÓN
ADMINISTRATIVA, Universidad de Málaga- España, Eumed.Net, 2007.
<http://www.eumed.net/libros/2007c/326/index.htm>

JURISPRUDENCIA ANDINA, 2ª Edición, Eumed.Net, Universidad
de Málaga- España, 2009.
<http://www.eumed.net/libros/2009a/490/index.htm>

REALIDADES Y PERSPECTIVAS DE LA INTEGRACIÓN
LATINOAMERICANA, Eumed.Net, Universidad de Málaga- España, 2009.
<http://www.eumed.net/libros/2009b/557/index.htm>

12/2009.