

# *Derecho Comunitario Andino*



Pontificia Universidad Católica del Perú  
Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)  
FONDO EDITORIAL 2003



DERECHO COMUNITARIO ANDINO



# DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Allan R. Brewer Carías	César Guzmán-Barrón	Eduardo Quintana
Jorge Castro Bernieri	Felipe Jaramillo	Elizabeth Salmón Gárate
Gabriela Cuadra Carrasco	Baldo Kresalja Rosselló	Jorge Valdez Carrillo
Alan Fairlie Reinoso	Fabián Novak Talavera	Ricardo Vigil Toledo
Alejandro Falla	Ana María Pacón	Luis Vinatea Recoba



Pontificia Universidad Católica del Perú  
Instituto de Estudios Internacionales  
Fondo Editorial 2003

*Derecho Comunitario Andino*

Primera edición: noviembre 2003

Tiraje: 500 ejemplares

© 2003, de los autores

© 2003 de esta edición por Fondo Editorial de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú

Plaza Francia 1164, Lima 1 Perú

Telefax: (51-1) 330-7405 y 330-7410

E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Iván Larco

Corrección de estilo: Óscar Hidalgo

Cuidado de la edición: Óscar Hidalgo y Fabián Novak

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

*Derechos reservados*

ISBN: 9972-42-616-5

Hecho el depósito legal N.º 1501052003-6540

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

Presentación	19
--------------	----

### **PRIMERA PARTE: LOS ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO**

I. Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas <i>Elizabeth Salmón Gárate</i>	21
1. Formación y progresión de la integración andina	21
1.1. La primera década: de los objetivos iniciales de la organización y sus avances institucionales	24
1.2. La segunda década y la crisis de los Estados miembros	25
1.3. La tercera década de integración y la definición de una voluntad política clara	26
1.4. La difícil posición peruana	27
1.5. El Protocolo de Trujillo y el impulso institucional	29
2. Naturaleza jurídica del proceso de integración andino	31
2.1. El Grupo Andino como organización de cooperación	35
2.2. La Comunidad Andina como organización supranacional	36
3. Sistema Andino de Integración	39
3.1. Órganos de la Comunidad Andina	39
3.1.1. El Consejo Presidencial Andino	39
3.1.2. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores	40
3.1.3. La Comisión	40
3.1.4. La Secretaría General	41
3.1.5. El Tribunal de Justicia	42
3.1.6. El Parlamento Andino	45
3.2. Instituciones de la Comunidad Andina	46
3.2.1. Instituciones financieras	46

3.2.1.1. <i>La Corporación Andina de Fomento (CAF)</i>	46
3.2.1.2. <i>El Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR)</i>	48
3.2.2. Instituciones consultivas	49
3.2.3. Institución educativa	50
3.3. Convenios sociales	50
3.3.1. Convenio Andrés Bello	51
3.3.2. Convenio Hipólito Unánue	52
3.3.3. Convenio Simón Rodríguez	52
4. Apreciación final	54
II. La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico	57
<i>Fabián Novak Talavera</i>	
1. Introducción	57
2. Las fuentes del Derecho Comunitario Andino	58
2.1. Las fuentes primarias	59
2.2. Las fuentes derivadas	60
2.3. Las fuentes complementarias	61
2.4. Otras fuentes auxiliares	62
3. Jerarquía de las fuentes del Derecho Comunitario Andino	65
4. Características del Derecho Comunitario Andino	68
4.1. Aplicación directa	68
4.2. Aplicación preferente	72
4.3. Aplicación inmediata	78
5. La tutela jurisdiccional del Derecho Comunitario Andino	79
5.1. El control jurisdiccional de la legalidad de los actos comunitarios	79
5.2. El control jurisdiccional de los incumplimientos de los Países Miembros	87
5.3. El control jurisdiccional de los incumplimientos de los órganos de la Comunidad Andina	94
5.4. La interpretación uniforme de las normas del ordenamiento jurídico andino	95
6. Conclusión	99
III. Implicancias constitucionales del proceso de integración en la Comunidad Andina	101
<i>Allan R. Brewer Carías</i>	
1. Los procesos de integración regional como producto de previsiones constitucionales	101
2. La carencia de base constitucional para el inicio del	



	proceso de integración andino, la excepción de Colombia y las discusiones ante la jurisdicción constitucional colombiana	104
3.	Las discusiones de orden constitucional en Venezuela y la solución de la cuestión en la Constitución de 1999	107
4.	La situación de los otros países andinos y la ausencia de solución expresa de la cuestión constitucional	112
5.	Conclusión	115
<b>SEGUNDA PARTE: LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS ANDINAS</b>		
IV.	El comercio intracomunitario y el mercado común andino <i>Jorge Castro Bernieri</i>	117
	1. Introducción	117
	2. Formación del mercado común andino	120
	3. Reglas básicas del comercio intracomunitario andino	121
	3.1. La cláusula de nación más favorecida	122
	3.2. La cláusula de trato nacional	123
	3.3. Prohibición de gravámenes y restricciones al comercio intracomunitario	125
	3.4. Carácter automático e irreversible del programa de liberación comercial	130
	3.5. Arancel frente a importaciones extracomunitarias	132
	3.6. Política comercial común en materia de medidas de defensa comercial	134
	3.6.1. Medidas antidumping y compensatorias, y salvaguardias en el comercio intracomunitario	135
	3.6.2. Medidas antidumping y compensatorias, y salvaguardias a importaciones extracomunitarias	139
V.	Derecho de la competencia en la Comunidad Andina <i>Alejandro Falla y Eduardo Quintana</i>	143
	1. Introducción	143
	2. Principales aspectos de una política de competencia regional	144
	2.1. Objetivo	144
	2.2. Instrumentos	146
	2.3. Ámbito de aplicación	148
	2.4. Entidad o entidades encargadas de su aplicación	149
	3. Antecedentes de las normas de libre competencia de la CAN	150
	4. Normas de libre competencia de la CAN	154
	4.1. El sistema andino de defensa de la competencia	155

4.2. Consideraciones sobre el sistema andino de defensa de la competencia	157
4.2.1. Regulación centrada más en el bienestar del productor que en la defensa de la competencia	157
4.2.2. Control de conductas: ausencias e inconsistencias	158
4.2.3. Imprecisiones en la delimitación de su ámbito de aplicación	160
4.2.4. Facultades limitadas de los órganos comunitarios	161
5. Aplicación de las normas de libre competencia de la CAN	163
5.1. Investigaciones realizadas	163
5.1.1. Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN	163
5.1.2. IMEZUCAR contra CIAMSA	163
5.1.3. BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN	165
5.1.4. Gobierno de Bolivia contra Del Llano	166
5.2. Consideraciones sobre la aplicación de las normas andinas de libre competencia	167
5.2.1. Instrumento de protección comercial	167
5.2.2. Distorsiones generadas por los Estados	167
5.2.3. Efectos en un País Miembro	169
5.2.4. Facultades limitadas de la agencia comunitaria	170
6. Estado de la cuestión y agenda pendiente para la política de competencia en la CAN	170
6.1. Primera reunión de expertos gubernamentales (1998)	171
6.2. Reunión de expertos gubernamentales (1999)	172
6.3. Segunda reunión de expertos gubernamentales (2000)	172
6.4. Tercera reunión de expertos gubernamentales (2001)	174
7. Conclusiones	176
VI. Las inversiones extranjeras en la Comunidad Andina	177
<i>Alan Fairlie Reinoso y Gabriela Cuadra Carrasco</i>	
1. Introducción	177
2. La inversión extranjera: hechos estilizados	178
3. Inversión extranjera directa (IED)	179
3.1. Efectos de la IED	180
3.2. Determinantes de la IED	182
3.3. Evolución de la IED en Latinoamérica	185
3.4. Evolución de la IED en la Comunidad Andina	189
3.4.1. Flujos de IED hacia la Comunidad Andina	189
3.4.2. Salida de IED de la Comunidad Andina	192
3.5. Composición de la IED en la Comunidad Andina	192
3.5.1. Según sector de destino	192
3.5.2. Según país de destino	193

3.5.2.1. Bolivia	193
3.5.2.2. Colombia	195
3.5.2.3. Ecuador	197
3.5.2.4. Perú	199
3.5.2.5. Venezuela	202
4. Reflexiones finales	203
Anexo N.º 1: Marco legal para la inversión en la CAN	205
Anexo N.º 2: Entradas y salidas de IED en relación con el PBI	207
Anexo N.º 3: Entradas y salidas de IED como porcentaje de la formación de capital bruto	208
VII. El régimen de las empresas multinacionales andinas	209
<i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	
1. La integración regional	209
2. Inversión	210
3. La inversión subregional	212
4. Las empresas multinacionales andinas	213
4.1. Características de las empresas multinacionales andinas	214
4.2. Ventajas establecidas por la Decisión 292	216
4.2.1. Ventajas económicas	216
4.2.1.1. Trato nacional	216
4.2.1.2. Beneficios tributarios	217
4.2.1.3. Acceso a compras y contratos del sector público	217
4.2.1.4. Remisión en divisas libremente convertibles de la totalidad de los dividendos que se distribuyan	218
4.2.2. Ventajas no económicas	218
4.2.2.1. Establecimiento de sucursales en otros países miembros	218
4.2.2.2. Fortalecimiento de vínculos políticos	218
5. Conclusiones	219
VIII. La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina	221
<i>Baldo Kresalja Rosselló</i>	
1. Introducción	222
2. Espíritu de la época (1950 – 2000)	225
2.1. El debate sobre el desarrollo económico	225
2.1.1. El rol de la CEPAL	225

2.1.2. Dos procesos de integración económica: ALALC y Acuerdo de Cartagena	232
2.1.3. Triunfo del liberalismo y Consenso de Washington	235
2.2. La propiedad industrial en los procesos de integración	237
2.3. Significado de la Decisión 24	241
2.4. La propiedad industrial en el Acuerdo de Cartagena	244
2.5. El ADPIC y la OMC	245
3. La entrada en vigor de las decisiones y su correspondencia con la adhesión de los Países Miembros a determinados tratados internacionales sobre propiedad industrial.	250
4. La evolución de los institutos al interior de las decisiones andinas	255
4.1. Primera etapa: la Decisión 85	255
4.2. Segunda etapa: las Decisiones 311, 313 y 344	257
4.3. Tercera etapa: la Decisión 486	260
5. Algunas características del proceso	261
5.1. ¿Quiénes han sido los legisladores?	261
5.2. Técnica legislativa	263
5.3. La interpretación prejudicial del Tribunal Andino	263
5.4. La oficina andina nonata	265
5.5. Prospección y adaptación tecnológica	267
5.6. Control de los contratos de transferencia de tecnología y de licencia	270
6. El impacto interno de las decisiones en las oficinas de propiedad industrial y en los tribunales: el caso peruano	273
7. Ficciónando: el futuro que vendrá	280
8. Reflexión final ¿con olor a velorio?	287
 IX. La protección del derecho de autor en la Comunidad Andina <i>Ana María Pacón</i>	 299
1. Introducción	299
2. La Decisión 351	300
2.1. Antecedentes	300
2.2. Aprobación	301
2.3. Contenido	301
2.4. Sistema de protección	302
3. La regulación del derecho de autor en el régimen común	303
3.1. Ámbito de aplicación subjetivo	303
3.2. Objeto del derecho de autor	303
3.3. Concepto de obra	304
3.4. La originalidad como requisito de protección	305
3.5. La enumeración ejemplificativa de las obras protegidas	306
3.6. Disposiciones especiales para ciertas obras	307

3.6.1.	Obras de arte aplicado	307
3.6.2.	Programas de ordenador	307
3.6.3.	Base de datos	309
3.6.4.	Títulos de obras	310
3.7.	Nacimiento del derecho de autor	311
3.8.	Diferencia entre obra y soporte físico	311
3.9.	Titularidad y autoría	311
3.10.	Derechos morales	313
3.10.1.	Terminología y contenido	313
3.10.2.	El derecho de divulgación	315
3.10.3.	El derecho de paternidad	315
3.10.4.	El derecho de integridad de la obra	315
3.11.	Derechos económicos	316
3.11.1.	Características y contenido	316
3.11.2.	El derecho de reproducción	317
3.11.3.	El derecho de comunicación pública	318
3.11.4.	El derecho de distribución	319
3.11.4.1.	El derecho de disposición	319
3.11.4.2.	El derecho de importación	320
3.11.5.	El derecho de transformación	321
3.11.6.	El derecho de participación o <i>droit de suite</i>	321
3.11.7.	Limitaciones al derecho de explotación	322
3.11.8.	Duración de la protección	323
4.	A manera de conclusión	324
X.	Los servicios en la Comunidad Andina	327
	<i>Felipe Jaramillo</i>	
1.	Introducción	327
2.	El comercio de servicios	331
3.	Las decisiones andinas sobre servicios	332
3.1.	Transporte terrestre	332
3.2.	Transporte marítimo	334
3.3.	Transporte aéreo	334
3.4.	Transporte multimodal	335
3.5.	Telecomunicaciones	335
3.6.	Turismo	336
4.	Decisiones sobre la liberalización general del comercio de servicios	337
4.1.	La Decisión 439	337
4.2.	La Decisión 510	342
4.3.	Los inventarios de restricciones anexos a la Decisión 510	343
4.3.1.	Restricciones horizontales	345

4.3.1.1. <i>Bolivia</i>	345
4.3.1.2. <i>Colombia</i>	345
4.3.1.3. <i>Ecuador</i>	345
4.3.1.4. <i>Perú</i>	345
4.3.1.5. <i>Venezuela</i>	345
4.3.2. Servicios prestados a las empresas	346
4.3.2.1. <i>Bolivia</i>	346
4.3.2.2. <i>Colombia</i>	346
4.3.2.3. <i>Ecuador</i>	346
4.3.2.4. <i>Perú</i>	346
4.3.2.5. <i>Venezuela</i>	346
4.3.3. Comunicaciones	346
4.3.3.1. <i>Bolivia</i>	346
4.3.3.2. <i>Colombia</i>	347
4.3.3.3. <i>Ecuador</i>	347
4.3.3.4. <i>Perú</i>	347
4.3.3.5. <i>Venezuela</i>	347
4.3.4. Enseñanza	347
4.3.4.1. <i>Bolivia</i>	347
4.3.4.2. <i>Colombia</i>	347
4.3.4.3. <i>Venezuela</i>	348
4.3.5. Medio ambiente	348
4.3.5.1. <i>Bolivia</i>	348
4.3.5.2. <i>Colombia</i>	348
4.3.6. Servicios financieros	348
4.3.6.1. <i>Bolivia</i>	348
4.3.6.2. <i>Colombia</i>	349
4.3.6.3. <i>Ecuador</i>	349
4.3.6.4. <i>Venezuela</i>	349
4.3.7. Servicios de salud	349
4.3.7.1. <i>Bolivia</i>	349
4.3.7.2. <i>Ecuador</i>	349
4.3.8. Turismo	349
4.3.8.1. <i>Bolivia</i>	349
4.3.8.2. <i>Colombia</i>	350
4.3.8.3. <i>Ecuador</i>	350
4.3.8.4. <i>Venezuela</i>	350
4.3.9. Esparcimiento	350
4.3.9.1. <i>Bolivia</i>	350
4.3.9.2. <i>Ecuador</i>	350
4.3.9.3. <i>Perú</i>	350
4.3.10. Transporte	350
4.3.10.1. <i>Bolivia</i>	350
4.3.10.2. <i>Colombia</i>	351

4.3.10.3. Ecuador	351
4.3.10.4. Perú	352
4.3.10.5. Venezuela	352
5. Consideraciones Finales	352
Anexo N.º 1: Indicadores de población en la Comunidad Andina	354
Anexo N.º 2: Resultados macroeconómicos de la Comunidad Andina	355
Anexo N.º 3: Comercio exterior de la Comunidad Andina	356
Anexo N.º 4: Indicadores de inversión extranjera	358
XI. Los servicios de transporte en la Comunidad Andina	361
<i>Ricardo Vigil Toledo</i>	
1. El transporte aéreo internacional en la Comunidad Andina	361
1.1. Introducción	361
1.2. La Decisión 297 sobre integración del transporte aéreo en la Subregión	361
1.3. La Decisión 320 sobre múltiple designación en el transporte aéreo de la subregión andina	363
2. El transporte marítimo y multimodal	364
2.1. Antecedentes de la normativa andina: la liberación del acceso a la carga originada y destinada por vía marítima en la Subregión (Decisión 288)	364
2.2. La respuesta a los efectos de la liberación irrestricta al acceso de la carga: la Decisión 314 y las medidas de promoción de la marina mercante comunitaria	366
2.3. Las garantías marítimas en la Comunidad Andina: la Decisión 487	367
2.3.1. Los privilegios marítimos y la hipoteca naval	369
2.3.2. El embargo preventivo de buques	371
2.4. El transporte multimodal en la región andina: las Decisiones 331, 393 y 471, y la Resolución 425 de la Junta del Acuerdo de Cartagena	373
2.4.1. Las Decisiones 331 y 393 de la Comunidad Andina	376
2.4.2. El nuevo convenio internacional «puerta a puerta»	379
3. El transporte terrestre internacional de mercancías	382
3.1. La Decisión 399 sobre transporte internacional de mercancías por carretera	383
3.2. La Decisión 467 sobre el establecimiento de infracciones y el régimen de sanciones para los transportistas del transporte internacional de mercancías por carretera	384

3.3.	La Decisión 491 sobre el Reglamento Técnico Andino relativo a los Límites de Pesos y Dimensiones de los Vehículos Destinados al Transporte Internacional de Pasajeros y Mercancías por Carretera	385
XII.	La regulación de la interconexión en las normas de la Comunidad Andina y su papel integrador a partir del modelo regulatorio peruano <i>Luis Vinatea Recoba</i>	387
1.	La conformación progresiva de un mercado común	387
2.	La integración a través del intercambio de servicios	389
3.	Las telecomunicaciones y el intercambio de servicios	390
4.	El proceso liberalizador en materia de telecomunicaciones en la Comunidad Andina	391
4.1.	El proceso de liberalización de los servicios de telecomunicaciones en la normativa comunitaria	392
4.1.1.	Acceso y utilización de redes	392
4.1.2.	Homologación de títulos habilitantes	393
4.1.3.	Protección a la libre competencia	393
4.1.4.	Transparencia	393
4.1.5.	Interconexión	394
4.2.	La regulación de la interconexión en la Comunidad Andina	394
4.2.1.	Del monopolio a la liberalización: la necesidad de la interconexión	394
4.2.2.	El acceso a la red como condición de la liberalización y efecto de la pluralidad de redes	395
4.2.3.	La regulación de la interconexión en la Resolución 432	396
4.2.3.1.	Las condiciones generales de la interconexión	396
4.2.3.2.	Las condiciones económicas y técnicas de la interconexión	397
4.2.3.3.	La solución de las controversias	398
5.	Recepción del modelo regulatorio de la Comunidad Andina en el Derecho Peruano	398
5.1.	El proceso de liberalización peruano	399
5.2.	Tratamiento otorgado a la interconexión por los lineamientos de apertura del mercado de telecomunicaciones	399
5.3.	Política de fijación de puntos de interconexión	400
5.4.	Política de cargos de interconexión	401



5.5. Política de instalaciones esenciales	401
5.6. Definición de interconexión	402
5.7. Obligatoriedad	402
5.8. Desagregación en servicios esenciales	402
5.9. Principios aplicables a la interconexión	403
5.10. Confidencialidad aplicable a la interconexión	404
5.11. Reglas económicas	404
5.11.1. Cargos de interconexión	404
5.11.2. Costos de interconexión	405
5.11.3. Determinación de costos de adecuación de redes	405
5.11.4. Costos de coubicación	405
5.11.5. Costos por transporte conmutado	406
5.12. Reglas técnicas	406
5.13. Contratos de interconexión	407
5.13.1. Proyecto técnico	407
5.13.2. Trámite	408
5.13.3. Observaciones	409
5.13.4. Causales de no negociación	409
5.13.5. Registro	410
6. El modelo regulatorio peruano como expresión del potencial integrador de las telecomunicaciones y los servicios	410
XIII. La política exterior de la Comunidad Andina	413
<i>Jorge Valdez Carrillo</i>	
1. Estado y seguridad en el siglo XXI: integración, exclusión y globalización	413
2. Marco teórico de la política exterior de la Comunidad Andina	415
3. Antecedentes de la política exterior común de la Comunidad Andina	421
4. El marco normativo de la política exterior común andina y el diseño de su funcionamiento	425
4.1. Principios	426
4.2. Objetivos	427
4.3. Criterios y ámbitos de acción	429
4.4. Mecanismos y modalidades de ejecución	430
5. Principales desarrollos y posibilidades de la política exterior común andina	432
5.1. Cooperación política	433
5.1.1. Democracia, derechos humanos, seguridad y fomento de la confianza	433
5.1.2. Cooperación para la lucha contra las drogas ilícitas y delitos conexos	436

5.1.3.	Desarrollo sostenible y gestión ambiental	437
5.1.4.	Otros campos incipientes de cooperación	438
5.2.	Relaciones con terceros	439
5.2.1.	MERCOSUR	440
5.2.2.	Cumbre de las Américas y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)	441
5.2.3.	Estados Unidos y Canadá	442
5.2.4.	Centroamérica y CARICOM	443
5.2.5.	Unión Europea	443
5.2.6.	República Popular China, Federación Rusa y Japón	445
5.2.7.	Organización Mundial del Comercio	446
6.	Conclusiones	447
XIV.	La Carta Andina para la Promoción de los Derechos Humanos: un paso hacia la humanización del proceso de integración andino <i>Elizabeth Salmón Gárate</i>	449
1.	La discreta presencia de los derechos humanos en el proceso de integración andino	450
2.	La naturaleza jurídica de la Carta Andina	452
3.	El contenido de la Carta Andina: hacia la superación del actual catálogo interamericano	453
3.1.	La alusión a los pueblos de la Comunidad Andina	454
3.2.	Los principios generales	454
3.3.	Los derechos consagrados en la Carta: una apuesta por la modernización del catálogo de derechos humanos	457
4.	Un aspecto no señalado: los mecanismos de protección	459
4.1.	El Proyecto de Carta Andina y la frustrada Comisión Especializada en Derechos Humanos del Tribunal Andino de Justicia	459
4.2.	Los mecanismos de seguimiento previstos en la Carta Andina	461
5.	Conclusión: significado de la Carta Andina	463
	Bibliografía	465

## PRESENTACIÓN

Desde su creación, el 26 de mayo de 1969, la Comunidad Andina ha sufrido un largo y complejo proceso de cambios y transformaciones. Este ha servido para consolidar la integración de sus Países Miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) pero, también, para beneficiar a sus nacionales.

No obstante, más allá de los avances alcanzados entre los países andinos en el ámbito de la integración y la cooperación económica y social, la preocupación de la doctrina por analizar esta evolución ha sido hasta la fecha escasa. En efecto, si bien existen estudios muy valiosos sobre el tema, se trata de estudios parciales, y ninguna obra, hasta ahora, ha asumido el reto de analizar el proceso de integración andina en su conjunto.

Conscientes de ello, el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú destinó sus esfuerzos a llenar este vacío de la bibliografía nacional y subregional andina. Con este fin, convocó a un conjunto de académicos y expertos, nacionales y extranjeros, para que se encargaran precisamente de desarrollar en profundidad cada uno de los temas involucrados en este proceso. Como resultado de este esfuerzo, hoy podemos presentar a la comunidad académica y al público en general, la obra *Derecho Comunitario Andino*.

La obra se desarrolla en dos secciones. La primera se centra en los aspectos generales del proceso de integración andina y está compuesta por tres capítulos. En el primero, Elizabeth Salmón analiza la estructura y competencias de los órganos e instituciones que componen este proceso de integración. En el segundo, Fabián Novak analiza el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, haciendo hincapié en sus fuentes y características, así como en los diversos recursos que pueden ser interpuestos a efectos de resguardar el cumplimiento del Derecho Comunitario Andino. En el último, Allan Brewer Carías nos advierte sobre las implicancias constitucionales del proceso de integración sobre la base del análisis de la posición del ordenamiento constitucional interno de cada uno de los países andinos frente a la normativa comunitaria.

La segunda parte de la obra está destinada al análisis de las políticas comunitarias andinas y está compuesta de once capítulos. En el primero, Jorge Castro estudia el comercio intracomunitario y el mercado común andino, y hace hincapié en las medidas antidumping y compensatorias, así como en las salvaguardias, previstas por el sistema de integración. En el segundo, Alejandro Falla y Eduardo Quintana se abocan al análisis de la política de competencia en la Comunidad Andina. En el tercero, Alan Fairlie trata el tema de las inversiones extranjeras en la comunidad, centrándose tanto en su composición como en sus posibles efectos. En el cuarto, César Guzmán-Barrón analiza el régimen de las empresas multinacionales andinas. En el quinto, Baldo Kresalja desarrolla ampliamente la evolución y el estado actual de la política en materia de propiedad industrial. En el sexto, Ana María Pacón trata lo referido a la política en materia de derechos de autor. En el séptimo, Felipe Jaramillo aborda el tema de los servicios en la Comunidad Andina. En los capítulos octavo y noveno, Ricardo Vigil y Luis Vinatea analizan, respectivamente, los servicios de transporte y telecomunicaciones en la Comunidad Andina. En el décimo capítulo, Jorge Valdez hace un análisis general de la política exterior de la Comunidad Andina. Y en el último, Elizabeth Salmón hace una presentación de la reciente Carta Andina de Derechos Humanos.

Como se puede apreciar, la obra *Derecho Comunitario Andino* pretende llevar adelante un tratamiento integral, serio y acucioso, con abundante respaldo bibliográfico y jurisprudencial, de todo el sistema jurídico e institucional andino, incluyendo por supuesto las políticas comunitarias. De esta manera, el IDEI aspira a que esta obra contribuya al debate y al análisis, pero también estimule nuevos desarrollos doctrinarios que permitan un mayor avance en el proceso de integración andino en beneficio de todos los pueblos que lo conforman.

Plaza Francia, octubre del 2003

FABIÁN NOVAK  
DIRECTOR  
INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES

# EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD ANDINA: PERSPECTIVAS Y PROBLEMAS

ELIZABETH SALMÓN GÁRATE\*

## 1. FORMACIÓN Y PROGRESIÓN DE LA INTEGRACIÓN ANDINA

La idea de la integración andina no es nueva ni surge con el Acuerdo de Cartagena. En efecto, el germen de la integración andina puede encontrarse en un momento tan remoto como la primera mitad del siglo XIX, casi conjuntamente con la caída del imperio español en América y el surgimiento de las repúblicas independientes. Razones como las rivalidades internas en los nuevos Estados, que debilitaban su incipiente aparato estatal y hacían peligrar su continuidad; su poca población y atraso relativo; así como las aspiraciones de dominio de otras potencias sobre la región llevaron a Simón Bolívar a convocar, en 1824, al Congreso Anfictiónico de Panamá. Partiendo de la comunidad cultural existente entre estos países, esta reunión tenía el objetivo de proponer una unión de Estados que debía servir para conjurar las amenazas a su reciente independencia y promover buenas relaciones y cooperación entre ellos, fines que finalmente se plasmaron en un tratado de confederación, liga y unión perpetua, firmado en 1826 pero nunca ratificado.<sup>1</sup> Ante la gran dificultad que implicaba llevar una alianza de esa magnitud, Bolívar decide reducir el ámbito geográfico de su proyecto y concibe, entonces, la idea de una Federación de los Andes, que incluyera a la Gran Colombia, Perú y Bolivia, con los mismos objetivos que la Confederación antes mencionada. Sin embargo, aunque ambos intentos fracasaron y no hubo posteriores desarrollos serios hasta el siguiente siglo, éstos permitieron reforzar la idea de la unión en el imaginario colectivo de los pueblos andinos y latinoamericanos.<sup>2</sup>

---

\* Profesora de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> SISTEMA ECONOMICO LATINOAMERICANO (SELA). *Guía de Integración de América Latina y el Caribe*. SP/Di N.º 5-01, mayo 2001. <<http://www.lanic.utexas.edu/~sela/AA2K1/ESP/docs/Integra/SPDi5-01/spdi5-01-2.htm>>.

<sup>2</sup> GARCÍA BELAÚNDE, José Antonio. «El Sueño de Bolívar: de la Federación de los Andes a la Comunidad Andina». Exposición en el Coloquio *El Sueño de Bolívar. El Futuro de la Representación*

Posteriormente, las dificultades económicas de los Estados latinoamericanos, presentes desde su nacimiento a la vida independiente,<sup>3</sup> se tradujeron durante la primera mitad del s. XX en factores como la poca producción para consumo interno, la falta de industrialización, la limitación de los pequeños mercados nacionales y la crisis de la deuda interna y externa, que cobraron un rol protagónico en la reconsideración de la idea de la integración regional. Se hacía necesario que los Estados pensarán no sólo en la demanda interna sino, también, en la proyección externa de la región a través de la promoción de la industrialización, las exportaciones y la apertura económica para acceder a los mercados internacionales.<sup>4</sup>

En este marco, una de las primeras experiencias del fenómeno de la integración económica en nuestro continente la constituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (en adelante ALALC), creada mediante el Tratado de Montevideo de 1960.<sup>5</sup> Esta tenía como objetivo principal establecer una zona de libre comercio en el ámbito regional latinoamericano. No obstante, los mecanismos de desgravación establecidos en este proceso de integración favorecieron, sobre todo, a Estados con economías estables y no resultaron del todo adecuados para los Estados de menor desarrollo. Este hecho generó la idea de formar subgrupos de integración entre Estados más afines por su condición económica y, de este modo, dio inicio a una nueva orientación en el proceso de integración latinoamericana.

La primera manifestación concreta de dicha voluntad se plasmó en la Declaración de Bogotá, suscrita el 16 de agosto de 1966, por los presidentes Carlos Lleras Restrepo de Colombia, Eduardo Frei de Chile y Raúl Leoni de Venezuela; así como por el Delegado Acreditado de Ecuador, ex presidente Galo Plaza, y el canciller de Perú, Fernando Schwalb. Posteriormente, el 30 de junio de 1967, los representantes de estos Estados, contando con la participación adicional del acreditado de Bolivia, conformarían una Comisión Mixta para analizar el establecimiento de un grupo de integración subregional dentro de la región definida

---

*Política y de la Integración de los Países Andinos*. Bierritz, 27-28 de setiembre del 2000. <<http://www.comunidadandina.org/documentos/docIA/IA27-9-00.htm>>.

<sup>3</sup> La crisis económica de los Estados latinoamericanos podría ser vista casi como una tendencia presente hasta la actualidad. Los periodos de prosperidad son más bien puntuales, como el caso de la exportación de determinados productos en la segunda mitad del s. XIX, que trajo épocas de bonanza a algunos países. Éste fue el caso de Argentina, con sus exportaciones de carne y cuero; de Chile, con el cobre y el trigo; de Colombia, con el tabaco; del Perú, con el guano; de Venezuela, con el café y el cacao; de Brasil, con el café; y de Cuba, con el azúcar. Sin embargo, llegado el s. XX esta prosperidad, en algunos casos, no logró consolidar un aparato productivo estable ni un mayor desarrollo económico. SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO (SELA). *Op. cit.* <<http://www.lanic.utexas.edu/~sela/AA2K1/ESP/docs/Integra/SPDi5-01/spdi5-01-3.htm>>.

<sup>4</sup> *Ib.*, <<http://www.lanic.utexas.edu/~sela/AA2K1/ESP/docs/Integra/SPDi5-01/spdi5-01-3.htm>>.

<sup>5</sup> Actualmente, la ALALC constituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

por la ALALC.<sup>6</sup> Esta, por su parte, brindó apoyo a la iniciativa con la aprobación de la Resolución 202, que fijaba los principios que debían contener los acuerdos subregionales; y la Resolución 203, que contenía las bases de un acuerdo entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.

Las negociaciones de la Comisión Mixta culminaron con la suscripción del instrumento jurídico que recibió el nombre oficial de *Acuerdo de Integración Subregional*, en la ciudad de Bogotá, el 26 de mayo de 1969. Este tratado fue denominado, posteriormente y mediante la Decisión 001 del órgano normativo instituido por este documento —la Comisión—, como *Acuerdo de Cartagena*.<sup>7</sup>

El Acuerdo de Cartagena fue firmado por los Estados de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Después de su suscripción, el Acuerdo de Cartagena fue sometido a la conformidad de Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC, que a través de la Resolución 179, emitida el 9 de julio de 1969, declaró su compatibilidad con el Tratado de Montevideo de 1960.

El Acuerdo entró en vigor el 16 de octubre de 1969 con el envío de la ratificación del Perú que hacía cumplir el requisito, establecido en el artículo 110°, de tres aprobaciones comunicadas a la Secretaría Ejecutiva de la ALALC. Ecuador y Bolivia, por su parte, ratificaron el acuerdo en noviembre de ese mismo año.

El conjunto de Estados Partes de este tratado fue conocido como el Grupo Andino e inició formalmente sus actividades el 21 de noviembre de 1969 con la instalación de la Comisión, órgano máximo del Acuerdo de Cartagena y constituido por un representante plenipotenciario de cada uno de los Estados miembros.

Dos sucesos marcaron tempranamente la membresía de la organización. En 1973, Venezuela, que había participado activamente en las negociaciones previas, amplió el número de Estados miembros al adherirse al Acuerdo de Cartagena el 13 de febrero de ese año.<sup>8</sup> Tres años más tarde, Chile siguió el camino contrario al denunciar el tratado y separarse de la organización a partir del 30 de octubre

---

<sup>6</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *28 Años de Integración Andina. Un Recuento Histórico*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1997, p. 25.

<sup>7</sup> En <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d001.htm>>.

<sup>8</sup> Uno de los motivos para este retraso fue la vigencia del Tratado de Reciprocidad Comercial entre este país y Estados Unidos. Según Ramírez Colina, este tratado era incompatible con el Pacto Andino «cuyo objetivo era precisamente el de ofrecer un mercado especial a los países firmantes, sin que ninguno de ellos pudiera permitir la entrada por la puerta trasera de un Tratado Comercial a mercancías norteamericanas que irían a competir con las andinas en condiciones favorables». Ante ello, Venezuela finalmente denuncia este tratado en 1972 para así adherir al Acuerdo de Cartagena el siguiente año. RAMÍREZ COLINA, Oswaldo. *Venezuela en la Comunidad Andina de Naciones 1969-2000*. <<http://www.monografias.com/trabajo5/venez/venez.html>>.

de 1976.<sup>9</sup> Desde esa fecha hasta la actualidad, el Grupo Andino se encuentra conformado por los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

### 1.1. LA PRIMERA DÉCADA: DE LOS OBJETIVOS INICIALES DE LA ORGANIZACIÓN Y SUS AVANCES INSTITUCIONALES

Existe una relación entre el trazado de objetivos claros y la creación de una estructura institucional sólida al interior de la organización internacional. De hecho, este proceso de mutua influencia se verifica en la experiencia andina y marca el desarrollo de su integración desde los primeros momentos.

En efecto, conforme al artículo 1º de la versión original del acuerdo, los objetivos que el Grupo Andino perseguía, con el fin de optimizar el nivel de vida de los habitantes de la subregión, eran promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus 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.

Sin embargo, durante su primera década de funcionamiento, el Grupo Andino no pudo alcanzar plenamente los objetivos trazados. El nivel de las operaciones comerciales entre los Estados andinos y la crisis política y económica interna determinaron una postergación en las metas establecidas en materia de libre comercio, aranceles, tratamiento de la inversión y, en general, en la obtención de una política económica exterior común. Todo esto llevó a la suscripción de dos instrumentos: el Protocolo de Lima del 30 de octubre de 1976, que extiende los plazos correspondientes al programa de liberación, al arancel externo mínimo común y a la programación industrial; y el Protocolo de Arequipa del 21 de abril de 1978, que establece una nueva ampliación de los plazos para el programa de liberación.<sup>10</sup>

Por ello, no va a ser sino hacia el final de su primera década de funcionamiento que los Estados miembros van a dar algunos pasos importantes para su desarrollo institucional. En este sentido, la medida más importante fue la suscripción del *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* el 28 de mayo de 1979 (TJAC en adelante).

El primer objetivo de este documento fue complementar la exigua estructura institucional del Grupo Andino mediante la instauración de un órgano jurisdiccional que brindara, como lo hizo, una verdadera estructura normativa. En efec-

---

<sup>9</sup> PICO MANTILLA, Galo. *Derecho Andino*. 2ª ed. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1989, p. 23.

<sup>10</sup> *Ib.*, pp. 26-27.



to, este órgano instituyó de manera explícita una referencia a las normas originarias y derivadas que integraban el ordenamiento jurídico comunitario.

Otros pasos importantes en el desarrollo institucional se produjeron el 25 de octubre de 1979, con la suscripción del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; y el 12 de noviembre del mismo año, con la creación del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, órgano de naturaleza política instaurado para la institucionalización de una proyección externa conjunta de los Estados miembros.

## 1.2. LA SEGUNDA DÉCADA Y LA CRISIS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La década de los años ochenta fue una etapa difícil en la evolución del proceso de integración andino debido a la agudización de la crisis económica en la subregión. Los Estados fueron adoptando progresivamente medidas restrictivas de comercio contrarias al programa de liberación con el fin de generar divisas para el pago de sus compromisos financieros. De esta manera, se dejaron de lado los programas de desarrollo industrial conjuntos y se produjo una verdadera modificación unilateral de las políticas comunitarias en materia de inversión.<sup>11</sup> Por esta razón, nuevamente hubo de aplazarse el establecimiento del arancel externo mínimo común, así como los términos previstos para la desgravación automática del programa de liberación, disposición que se incluyó en el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena, suscrito en la Ciudad de Quito el 12 de mayo de 1987 (en adelante, Protocolo de Quito).

Precisamente en el marco de esta crisis, y como una forma de hacerle frente, el presidente peruano Fernando Belaúnde planteó la creación de un símbolo y una moneda de referencia, el peso andino, que se constituyera en la antesala de la integración económica de la región.<sup>12</sup> Se pretendía que significara un elemento de estabilidad en los mercados cambiarios con el fin de evitar distorsiones en el comercio y, al mismo tiempo, crear un mecanismo que protegiera y estimulara el ahorro interno afectado por los procesos inflacionarios. Sin embargo, la opinión de varios sectores fue que el Grupo Andino no brindaba el nivel suficiente de armonización de políticas cambiarias, fiscales y monetarias necesarias para evitar que las fluctuaciones nacionales de los tipos de cambio y las tasas de inflación generaran una alta influencia desestabilizadora en los otros Estados que manejaran la moneda.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *28 años...*, p. 30.

<sup>12</sup> La propuesta creación del *peso andino* se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* del 22 de abril de 1983. La ceremonia de constitución del *peso andino* se realizó en la ciudad de Lima el 17 de diciembre de 1984.

<sup>13</sup> Sobre el tema pueden verse los documentos de trabajo «Reflexiones en Cuanto a la Creación del Peso Andino», J/PR/126 del 29 de marzo de 1984 y «La Integración en los Temas Cambiarios y Monetarios», JUN/RE.CMFP/17 del 7 del 25 de julio de 1991. Esta propuesta fue materia de va-

De manera paralela, la crisis afectó el desarrollo del aspecto institucional; y, para 1982, la Junta del Acuerdo de Cartagena daba cuenta de catorce decisiones de la Comisión que los Estados miembros habían incumplido con incorporar a su ordenamiento jurídico interno o que, de haberlo hecho, carecían de disposiciones administrativas para su aplicación efectiva.<sup>14</sup>

### 1.3. LA TERCERA DÉCADA DE INTEGRACIÓN Y LA DEFINICIÓN DE UNA VOLUNTAD POLÍTICA CLARA

A finales de la década de los ochenta, el panorama en la subregión presentó atisbos de recuperación y, en 1989, era posible dilucidar una voluntad política de impulsar el proceso de integración. Esta iniciativa se tradujo en un conjunto de actos concertados a nivel presidencial que se encargaron de dar impulso y dirección al proyecto andino. Un caso ilustrativo de este impulso fue el Manifiesto de Cartagena de Indias, resultado de la reunión presidencial llevada a cabo el 25 y 26 de mayo de 1989.

En la segunda reunión presidencial, que tuvo lugar en la ciudad de Galápagos el 17 de diciembre de 1989, los Presidentes aprobaron el Diseño Estratégico para la Orientación del Grupo Andino. Este postulaba dos objetivos básicos: la consolidación del espacio económico andino y una mayor articulación del Grupo Andino con el contexto internacional, en particular con la búsqueda de la unidad latinoamericana.

La tercera reunión se realizó en Machu Picchu el 22 y 23 de mayo de 1990. Allí, los mandatarios crearon el Consejo Presidencial Andino, conformado por los Jefes de Gobierno de los cinco Estados miembros, con el objetivo fundamental de evaluar, impulsar y orientar el proceso de integración. Otro logro importante de este evento fue la decisión de impulsar la elección por sufragio directo y universal del Parlamento Andino.

En el mismo sentido, durante la cuarta reunión, celebrada en La Paz el 29 de noviembre de 1990, los Presidentes acordaron las acciones necesarias para profundizar la integración andina. En ese sentido, se acordó adelantar los plazos para la formación de la zona de libre comercio y la definición del arancel externo común; armonizar progresivamente las políticas económicas; liberalizar en

---

rias recomendaciones que apuntaban a la definición de políticas cambiarias y monetarias que, junto con la *unidad monetaria andina*, no han alcanzado un nivel importante de desarrollo. Desde 1992, las discusiones sobre el peso andino fueron dejadas de lado; y, actualmente, éste sólo tiene valor como unidad de cuenta del Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), que emitirá estas obligaciones a los bancos centrales de los países miembros de la Comunidad Andina y otros tenedores autorizados para el pago de sus obligaciones entre ellos. A este efecto, el peso andino tiene la equivalencia a US\$ 1 (un dólar americano).

<sup>14</sup> Es importante precisar que, en ese momento, no estaba en vigencia el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que entró en vigor el 19 de mayo de 1983.

forma gradual la circulación de capitales, personas y servicios; y lograr la integración física y fronteriza.

Adicionalmente, en la quinta reunión, realizada el 17 y el 18 de mayo de 1991 en Caracas, los Jefes de Estado reiteraron el objetivo de profundizar la integración para lo que elaboraron un cronograma de eliminación gradual de lista de excepciones. En el aspecto institucional, se encargó al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que realice una revisión de la estructura orgánica del Grupo Andino y revise los tratados constitutivos del Tribunal de Justicia y del Parlamento Andino.

El 5 de diciembre de 1991 fue suscrita, en Cartagena de Indias, el Acta de Barahona por los mandatarios reunidos en el Sexto Consejo Presidencial Andino. Este documento establece tres objetivos principales: la presentación de propuestas sobre la revisión institucional de los organismos del sistema de integración; la convocatoria a una reunión de plenipotenciarios para examinar y suscribir un protocolo modificatorio del tratado de creación del Tribunal de Justicia; y, finalmente, la consolidación de la zona de libre comercio andina (ZLCA) y el avance hacia una Unión Aduanera, mediante el establecimiento de un Arancel Externo Común. Conforme al Acta de Barahona, la zona de libre comercio entraría en vigencia el 1 de enero de 1992 para Bolivia, Colombia y Venezuela; y, a partir del 1 de julio de 1992, para Ecuador y Perú. El arancel externo común preveía un sistema estructurado en cuatro niveles que entraría en vigencia, en un primer momento, el 1 de enero de 1992 y se mantendría en vigencia hasta el 1 de enero de 1994. Al término de esta fecha debería ser sustituido por un sistema de tres niveles y así sucesivamente de conformidad con los acuerdos adoptados.

#### 1.4. LA DIFÍCIL POSICIÓN PERUANA

A pesar de las auspiciosas iniciativas, el Acta de Barahona no fue del todo cumplida por los Estados miembros y en particular por el Perú. En efecto, el 21 de abril de 1992, el Gobierno peruano publicó el D.S. N.º 014-92-ICTI/DM, mediante el cual, en aplicación del artículo 79A del Acuerdo de Cartagena,<sup>15</sup> se es-

---

<sup>15</sup> El artículo 79A de la versión del Acuerdo de Cartagena contenida en la Decisión 236, vigente en ese momento, tenía el texto siguiente:

«[...] Artículo 79A.- Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la subregión, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro, éste podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Junta.

El País miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Junta y presentar un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Junta, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del país miembro donde se hubiere origi-

tablece una salvaguardia transitoria y no discriminatoria consistente en la aplicación de las tasas del arancel nacional vigente y demás gravámenes tributarios de importación a todos los productos provenientes de los Estados miembros. Estas medidas se llevarían a cabo sin perjuicio de los derechos *antidumping* y compensatorios por prácticas desleales de comercio.<sup>16</sup>

La Comisión, mediante la Decisión 321 del 25 de agosto de 1992, autorizó la suspensión transitoria del Perú del Programa de Liberación y Arancel Externo Común hasta el 31 de diciembre de 1993. Esta suspensión implicaba la no participación de nuestro Estado en la adopción de las decisiones relativas al programa de liberación, arancel externo común y sobre los asuntos relativos a la armonización de políticas macroeconómicas, así como la no aplicación de las mismas en nuestro territorio.<sup>17</sup>

Estas medidas no enervaban el derecho del Perú de celebrar acuerdos comerciales bilaterales con cualquier Estado miembro en el marco del ordenamiento jurídico andino, hecho que se produjo con el fin de mantener los flujos comerciales existentes. Sin embargo, como consecuencia de esta decisión, el Perú permaneció fuera la ZLCA que entró en funcionamiento el 31 de enero de 1993 para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

Esta situación se mantuvo hasta la aprobación de la Decisión 353 del 4 de abril de 1994. Esta norma devolvió la participación al Perú en los temas de armonización de políticas macroeconómicas y en las negociaciones comerciales conjuntas con terceros países. Sin embargo, la restricción de la actuación peruana se mantuvo en lo relativo a la ZLCA, cuya incorporación iba a realizarse de manera progresiva y programada. De igual manera, permaneció con el estatus de observador en el tema del arancel externo común.<sup>18</sup>

En 1995, Perú plantearía la necesidad de adoptar un cronograma viable en términos económicos para su plena incorporación a la ZLCA. La Comisión, como respuesta a ese pedido, aprobó las Decisiones 377 y 387, en los meses de junio y diciembre de 1995, respectivamente. Estas estaban relacionadas con el perfeccionamiento de la uniformidad de la integración andina y la solución del caso peruano mediante la adopción de acuerdos bilaterales paralelos sobre la liberalización del comercio.<sup>19</sup>

---

nado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años [...].

<sup>16</sup> *El Peruano*, Lima, 21 de abril de 1992.

<sup>17</sup> ABUSADA, Roberto y OTROS. *Integrando al Perú al Mundo*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico-Instituto Peruano de Economía, 2001, p. 160.

<sup>18</sup> GARCÍA BELAÚNDE, José Antonio. «El Perú en el Grupo Andino 1992-1997: Los Años Difíciles». *Socialismo y Participación*, Lima, n.º 78, 1997, p. 49.

<sup>19</sup> Decisión 377. <<http://www.comunidadandina.org/dec/D377.htm>>; Decisión 387. <<http://www.comunidadandina.org/dec/D387.htm>>.

Cabe destacarse que la negativa peruana a participar plenamente en la adopción de estas medidas no tuvo como correlato una reticencia a participar en el debate sobre los avances institucionales. De hecho, durante este período de crisis, el Perú mantuvo una activa participación en las negociaciones del Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena e, incluso, llegó a ser sede para la suscripción del mismo, que se produjo en la ciudad de Trujillo el 10 de marzo de 1996 (en adelante Protocolo de Trujillo). Asimismo, participó en la negociación del Protocolo Modificadorio del Tratado, que fue finalmente suscrito el 28 de mayo de 1996 en la ciudad de Cochabamba (en adelante, Protocolo de Cochabamba) y que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo, vencido el plazo máximo otorgado durante el primer trimestre de 1997 y ante la imposibilidad del Perú de adoptar una estructura arancelaria escalonada conforme al arancel externo común, el Gobierno peruano anunció, el 11 de abril de 1997, que no continuaría participando en la Zona de Libre Comercio. Esta decisión se llevaría a cabo sin perjuicio de definir de manera responsable los compromisos adoptados a la fecha con los demás Estados andinos, así como los términos de su nueva relación comercial.<sup>20</sup>

Como consecuencia de este hecho, el Estado peruano no participó en el Noveno Consejo Presidencial Andino, celebrado en Sucre los días 22 y 23 de abril de 1997. Los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela aprovecharon el Acta Final de la reunión (conocida como Acta de Sucre) para, por un lado, deplorar la decisión anunciada por el Gobierno peruano y manifestar, por otro, la necesidad de conformar un grupo de alto nivel integrado por representantes con suficiente capacidad de negociación para acordar con Perú los términos de su retiro o permanencia en el Acuerdo de Cartagena y su disponibilidad para preservar el nivel alcanzado en liberación comercial tanto en el Acuerdo de Cartagena como en los convenios bilaterales existentes.<sup>21</sup>

Durante el proceso de negociación que se inició con el Acta de Sucre, se acordó finalmente, el 25 de junio de 1997, el regreso de Perú al Grupo Andino mediante su incorporación gradual a la ZLCA (entre el 31 de julio de 1997 y el 31 de diciembre del 2005). De esta manera, se decidió su participación como miembro pleno en todos los órganos e instituciones de esta organización, y como observador en las reuniones de la Comisión que traten sobre asuntos relativos al arancel externo común.

### 1.5. EL PROTOCOLO DE TRUJILLO Y EL IMPULSO INSTITUCIONAL

La solución a la cuestión peruana coincidió con la entrada en vigor del Protocolo de Trujillo el 3 junio de 1997. Este documento introduce reformas estructurales

---

<sup>20</sup> ABUSADA, Roberto y OTROS. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>21</sup> Acta de Sucre. <<http://www.comunidadandina.org/document/actas/sucre.htm>>.

en el proceso de integración que incluyen su nueva denominación como *Comunidad Andina* y que connota un parentesco con el modelo comunitario europeo y una voluntad para avanzar hacia un nivel superior de integración.

El Protocolo de Trujillo establece una reestructuración orgánica plasmada en lo que se denomina el Sistema Andino de Integración, que comprende todas las instituciones de la Comunidad Andina con el objetivo de una coordinación efectiva entre cada una de ellas. Por su parte, la entrada en vigor del Protocolo de Cochabamba —el 25 de agosto de 1999— continuó este desarrollo al incrementar las competencias del órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y darle un nuevo nombre: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

De acuerdo con las nuevas competencias, el Tribunal puede tomar conocimiento de procedimientos de arbitraje. Además, se introduce la institución de un recurso por omisión para evitar situaciones jurídicas irresolutas y se establece una jurisdicción laboral para funcionarios de los órganos de integración.<sup>22</sup> Sin embargo, estas reformas todavía no demuestran resultados contundentes en la práctica jurídica de los Estados miembros. En este sentido, resulta necesario adoptar medidas para procurar el adecuado funcionamiento del Tribunal y reforzar el cumplimiento de sus sentencias.

En cuanto a lo económico, la Comunidad Andina sigue en marcha. Este hecho se reafirmó durante la Décima Segunda Reunión del Consejo Presidencial Andino llevada a cabo el 23 y 24 de junio del 2001 en la ciudad de Carabobo. En el Acta Final de la reunión (Acta de Carabobo), los Jefes de Estado reafirmaron la meta de concretar un mercado común andino a más tardar el 31 de diciembre del 2005.<sup>23</sup> En la Reunión Extraordinaria del Consejo Presidencial Andino, realizada los últimos días del mes de enero del presente año en Santa Cruz de la Sierra, los Jefes de Estado adoptaron el acuerdo de consolidar y perfeccionar la zona de libre comercio a más tardar el 1º de junio del 2002.<sup>24</sup>

Respecto a la situación peruana, los Estados andinos acordaron que nuestro Estado adelantara los plazos para la desgravación del petróleo y los combustibles al 31 de diciembre del 2003, y sólo mantendrá para el caso de los productos agrícolas la fecha fijada en la Cumbre anterior, es decir, 31 de diciembre del 2005.

---

<sup>22</sup> SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. «El Dinamismo de la Comunidad Andina». *Informativo Andino*, Lima, n.º10, octubre 1996, p. 5.

<sup>23</sup> En <<http://www.comunidadandina.org/cumbrepres13/acuerdo4.htm>>.

<sup>24</sup> Declaración de Santa Cruz del 30 de enero de 2002. En <<http://www.comunidadandina.org/cumbreSC/santacruz.htm>>. Posteriormente, los Presidentes andinos, en comunicado emitido en Madrid el 18 de mayo del 2002, instruyeron a sus Ministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior a implementar dichas medidas en su siguiente reunión del 17 de junio. Aunque el tema se sigue trabajando, sólo se ha concretado la adopción del Arancel Externo Común para la primera quincena de octubre del 2002.

En el tema del arancel externo común, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela aplicarán a más tardar el 31 de diciembre del 2003 un arancel externo común de cuatro niveles: 0, 5, 10 y 20.<sup>25</sup> Adicionalmente, se manifestó la voluntad de procurar acuerdos en los temas de política agrícola común, armonización de políticas macroeconómicas, política exterior común, así como la elaboración de una agenda social y política.<sup>26</sup>

En materia jurisdiccional, los Jefes de Estado manifestaron su voluntad de establecer una instancia de conciliación que complemente la acción del TJCA y, asimismo, acordaron convocar una reunión de juristas con el objeto de examinar las causas por las que se incumplen las sentencias de este órgano jurisdiccional y de convenir las medidas políticas y administrativas que sean necesarias para la solución de este problema.<sup>27</sup>

Las conclusiones de esta reunión, llevada a cabo los días 19 y 20 de julio del 2002, fueron las siguientes: la ratificación del compromiso político de los Estados miembros de dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal de Justicia; la necesidad de efectuar una revisión de los mecanismos de sanciones que establece el ordenamiento jurídico andino; la necesidad de realizar un esfuerzo de coordinación entre los jueces nacionales y los órganos comunitarios, así como coordinar actividades de capacitación sobre Derecho Comunitario para los primeros; la dotación estable de recursos para las instituciones comunitarias; y la revisión de las funciones de la Secretaría General con el fin de otorgarle una mayor flexibilidad en su gestión y procurar soluciones efectivas en los casos de incumplimiento.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

El Acuerdo de Cartagena de 1969 no declara explícitamente la conformación de una organización internacional, supuesto que, por lo demás, no se encuentra siempre presente en los tratados constitutivos, pero prevé un conjunto de elementos y competencias que necesariamente se corresponden con esta institución del Derecho Internacional.

Dichos elementos son los siguientes:

- a) La *composición interestatal* del Grupo Andino, integrado en el momento de la suscripción del Acuerdo de Cartagena por Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile y Perú.
- b) La *base jurídica convencional*, que, dadas sus características materiales y formales, tiene la naturaleza de un tratado internacional de carácter constitutivo.

---

<sup>25</sup> Excepcionalmente, Bolivia no aplicará el nivel de 20.

<sup>26</sup> En <<http://www.comunidadandina.org/cumbreSC/santacruz.htm>>.

<sup>27</sup> *Id.*

- c) La *estructura orgánica permanente*, integrada por dos órganos principales: la Comisión, órgano de decisión, y la Junta, órgano técnico. Adicionalmente, estaba conformada por dos Comités: el Comité Consultivo, integrado por representantes de los Estados miembros; y el Comité Asesor Económico y Social, integrado por los representantes de los empresarios y trabajadores de los Estados miembros.
- d) Finalmente, goza de *autonomía jurídica* en su esfera interna, ya que goza de independencia para manejar su estructura administrativa; en el derecho nacional de sus miembros, ya que se le ha otorgado la capacidad para realizar dentro del territorio de los Estados miembros todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines; y en el ámbito internacional, porque posee una voluntad distinta a la de cada uno de sus miembros. Por esta autonomía, los actos que se realicen en el ejercicio de sus competencias deben atribuírsele a ella como tal y no a los Estados que la conforman.<sup>28</sup>

En ese sentido, el Grupo Andino, desde su etapa inicial, según los objetivos, funciones y estructura orgánica diseñados en el Acuerdo de Cartagena de 1969, constituye una organización internacional con subjetividad de acuerdo con las normas del Derecho Internacional.

Asimismo, de acuerdo con su composición, la organización internacional creada por el Acuerdo de Cartagena es una de carácter restringido, diseñada por los Estados de menor desarrollo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y con miras a crear una subregión dentro de ese ámbito. Actualmente, el tratado se encuentra abierto a la suscripción de todos los Estados latinoamericanos y, si bien mantiene el carácter restringido de la organización, supone un rango potencialmente mayor de participación.

Por sus fines, el Grupo Andino se clasifica como una organización de fines específicos centrados en la integración económica. Este objetivo no se ha modificado en la versión vigente del Acuerdo de Cartagena que mantiene como fin específico la integración subregional.

El criterio que sí ha presentado algunas variaciones, conforme a la evolución institucional de la organización creada por el Acuerdo de Cartagena, es el referi-

---

<sup>28</sup> Estos elementos son los señalados mayoritariamente por la doctrina. Véase, por todos, DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 37 y ss. Adicionalmente, SANDS, Phillippe y Pierre KLEIN. *Bowett's Law of International Institutions*. 5ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, p. 16, introduce el elemento de la adopción de normas dirigidas a sus miembros, hecho que en efecto se da, aunque con diferente intensidad de acuerdo con los propósitos de la organización en concreto. El caso de las organizaciones de integración es precisamente el ámbito en el que más se ha desarrollado este aspecto, hecho que veremos seguidamente y con mayor detalle en el siguiente ensayo de este libro.



do a su clasificación según el grado de competencias delegadas, vale decir, su naturaleza como organización de cooperación o de subordinación.<sup>29</sup>

Cabe destacar que los modelos de cooperación y subordinación no se presentan en forma pura o estática en los procesos de integración, sino que constituyen solamente parámetros para definir, de acuerdo con los términos de la actuación de la organización y la repercusión de sus actos en los Estados miembros, así como de acuerdo con la tendencia y evolución de dichos procesos. Las organizaciones de cooperación son aquellas manejadas directamente por los Estados mediante las fórmulas de coordinación de soberanías estatales y cuyo fundamento reside en la convicción de la preeminencia de los intereses nacionales que se basan en una visión rígida de soberanía.<sup>30</sup>

En consecuencia, las principales características de una organización de cooperación son las siguientes:

- a) la primacía del interés nacional de cada uno de sus miembros,
- b) la existencia de órganos de carácter diplomático y
- c) la emisión de resoluciones de carácter predominantemente recomendatorio o vinculantes, únicamente en el caso que sean adoptadas por unanimidad.<sup>31</sup>

Por otro lado, las organizaciones de subordinación se caracterizan por ostentar competencias tradicionalmente comprendidas dentro de los poderes soberanos de los Estados y que éstos les han otorgado expresamente. En consecuencia, poseen facultades especiales para vincular a sus miembros en las materias específicas delegadas por éstos, concurriendo, y en algunos casos sustituyendo, algunas funciones del Estado en materia de defensa y justicia, entre otras.

Asimismo, el modelo de subordinación puede desarrollarse en dos modalidades: la *superestatalidad* y la *supranacionalidad*.<sup>32</sup>

Además de los rasgos típicos de las organizaciones internacionales, las organizaciones superestatales poseen las siguientes facultades:

- a) atribución de competencias tradicionalmente comprendidas dentro de los poderes soberanos de los Estados, cuyo ejercicio ha sido delegado en el acto de constitución de las mismas y/o progresivamente de acuerdo con el fortalecimiento de sus funciones;

---

<sup>29</sup> DUPUY, Rene-Jean (ed.) *Manuel sur les organisations internationales*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 19.

<sup>30</sup> PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 668.

<sup>31</sup> REUTER, Paul. *Organizaciones Europeas*. Madrid: Casa Bosch, 1968, pp. 29-30.

<sup>32</sup> DUPUY, Rene-Jean (ed.). *Op. cit.*, pp. 19-20.

- b) facultad de alguno(s) de sus órganos de emitir resoluciones obligatorias para los Estados que las componen, oponibles incluso a aquellos que no las hubieren apoyado; y
- c) ejercicio de algún tipo de control para velar por el cumplimiento de sus normas originarias o derivadas a través de procedimientos diversos.

Las organizaciones supranacionales, por su parte, constituyen el nivel más elevado de integración y detentan las siguientes características:

- a) la primacía del interés común;
- b) la transferencia de competencias soberanas;
- c) la aplicabilidad inmediata de las decisiones adoptadas por sus órganos;
- d) el efecto directo de las normas a los nacionales de los Estados miembros;
- e) la primacía del ordenamiento jurídico supranacional sobre cualquier norma interna del Estado miembro;
- f) la presencia dentro de su estructura de, por lo menos, un órgano que ejerce la representación de los nacionales de los Estados miembros; y
- g) la existencia de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico.

El ejemplo más destacado de organización supranacional es el caso de las Comunidades Europeas. No obstante, en el ámbito de este proceso de integración, la idea de supranacionalidad se asocia a una noción de jerarquía sobre el poder estatal que presenta ciertas reticencias entre los Estados miembros de dichas organizaciones. Por esa razón, la referencia a la supranacionalidad, que estaba indicada en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y de Acero de 1951, no fue incluida en los Tratados de Roma de 1957, constitutivos de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica. De hecho, desapareció definitivamente con la unificación de la estructura orgánica de las tres Comunidades Europeas producida por el Tratado de Bruselas de 1965.

En cualquier caso, lo supranacional no ha significado, en el caso de la integración europea, un impedimento para el desarrollo paralelo de la cooperación intergubernamental y ambos mecanismos coexisten, actualmente, en el ámbito de la Unión Europea. En efecto, mientras que todo lo comunitario se rige por lo primero, los aspectos de Justicia e Interior, así como la Política Exterior y de Seguridad Común, siguen perteneciendo al rubro de la cooperación interestatal.

El Grupo Andino, por su parte, ha sufrido un proceso en el que, de manera paralela a su evolución institucional, se han ido modificando algunos rasgos propios de la cooperación por características supranacionales, aunque en un nivel menos desarrollado que en el caso de la Unión Europea.

## 2.1. EL GRUPO ANDINO COMO ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN

El Grupo Andino nació como un proceso de integración subregional auspiciado y aprobado por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Esta organización tenía una estructura que respondía a las características propias del modelo de cooperación como, por ejemplo, el derecho de veto en su órgano decisorio; el carácter prevalentemente diplomático en su estructura, que amparaba los intereses individuales antes que los del conjunto de Estados miembros; etc.

Teniendo en cuenta esta matriz, parece lógico que el proceso de integración andino heredara algunas características del modelo de cooperación instaurado en el proceso regional latinoamericano. Sin embargo, se observa una cierta tensión, al interior del Acuerdo de Cartagena de 1969, entre algunas cláusulas que parecían apuntar a la supranacionalidad y otras que, por el contrario, reducían su aplicación. En este sentido, de acuerdo con las condiciones establecidas en la versión primigenia de su tratado constitutivo, la Comisión era un órgano conformado por un representante plenipotenciario de cada Estado miembro y cuya característica principal era su facultad de adoptar, por mayoría, decisiones de carácter vinculante para todos los Estados miembros en materia de liberalización comercial.<sup>33</sup> Sin embargo, esta apuesta por la supranacionalidad se desdibujaba con el predominio de la regla de resolución sin voto negativo.<sup>34</sup> En la práctica, esta medida equivalía a otorgar un derecho de veto a los Estados miembros que hacía prevalecer el interés individual de cada uno de estos y confería a la Comisión, conformada por un representante de cada Estado miembro, la naturaleza de órgano intergubernamental o diplomático.

En el caso de la Junta, el otro órgano de la estructura primigenia, también se encuentra la misma tensión. En efecto, si bien estaba compuesta por personal independiente nombrado por la Comisión y no por los Estados, rasgo que parecía darle una característica supranacional, la adopción de sus resoluciones se encontraba supeditada a la unanimidad de sus representantes, por lo que no era posible aplicar una resolución adoptada por la mayoría de los miembros en los Estados que habían votado en contra.<sup>35</sup>

Desde el punto de vista jurídico, el Acuerdo de Cartagena carecía de una estructura para el conjunto de las normas andinas, tanto originarias como aquellas derivadas de la actividad de sus órganos. Asimismo, no establecía normas que regularan la incorporación a los ordenamientos internos de las decisiones y resoluciones emanadas de la Comisión y la Junta, respectivamente. De este modo,

---

<sup>33</sup> Artículos 6° y 7° literal b) del texto original del Acuerdo de Cartagena.

<sup>34</sup> SACHICA, Luis Carlos. *Introducción al Derecho Andino*. Quito: Artes Gráficas, 1985, p. 67.

<sup>35</sup> SUAREZ, Jorge Luis. «La Comunidad Andina: un Proceso de Integración en Constante Evolución». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, n.º 111, 1999, p. 117.

daba lugar a la aplicación de diversos criterios y procedimientos que variaban la fecha de su entrada en vigencia en los diferentes Estados miembros. Finalmente, tampoco existía uniformidad en la interpretación de las normas andinas, hecho que generaba, a partir de interpretaciones individuales, una desnaturalización del verdadero sentido de la norma.

De otro lado, el Acuerdo de Cartagena no contemplaba un sistema de solución de controversias, sino que se adscribía subsidiariamente a los procedimientos establecidos por el Tratado de Montevideo de 1960. La Comisión, respondiendo a su naturaleza política, tendía a utilizar los medios diplomáticos para la solución de diferencias, orientación que no garantizaba una solución final a la controversia y, más aún, permitía la posibilidad de acudir al mecanismo subsidiario de la ALALC. Adicionalmente, se generaba un problema de parcialidad para el caso de las controversias entre los Estados y la propia Comisión, en las que ésta reunía los roles de juez y parte.

Por su parte, el procedimiento auspiciado por la ALALC era, en sus dos primeras etapas, repetitivo de las acciones realizadas por la Comisión, ya que se debía intentar nuevamente una negociación, pasar luego a una etapa de conciliación y, posteriormente, acudir de manera definitiva al arbitraje. Finalmente, las personas naturales y jurídicas carecían de la posibilidad de plantear recursos ante la organización internacional, por lo que las posibilidades de cumplir la función de solucionar las controversias restringía su ámbito de aplicación.

Esta situación general, aunada a la falta de un órgano representativo de los nacionales de los Estados miembros y a las difíciles circunstancias económicas de los Estados miembros, impidió consolidar la primacía del interés común en el proceso de integración que, por el contrario, pareció apuntar a la consecución de objetivos individuales. En ese sentido, durante esta primera etapa, el Grupo Andino no desarrolló adecuadamente las pocas características supranacionales que establecía su instrumento constitutivo y, de este modo, se manifestaba, en su funcionamiento, como una organización de cooperación.

## 2.2. LA COMUNIDAD ANDINA COMO ORGANIZACIÓN SUPRANACIONAL

Con la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se produce en el Grupo Andino una serie de cambios importantes que redefinirían la naturaleza de la propia organización.

En primer lugar, cabe destacarse la declaratoria de autonomía del Acuerdo de Cartagena y del propio Tratado del Tribunal de Justicia respecto al Tratado de Montevideo de 1960, constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).<sup>36</sup> El Protocolo de Quito de 1987 reitera esta separación al

---

<sup>36</sup> Artículo 30° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

eliminar el requisito de compatibilidad con el Tratado de Montevideo y disponer, asimismo, la vigencia indefinida de este último. En igual sentido, deroga las disposiciones relativas a la aplicación supletoria de las resoluciones de la ALALC y a lo no afectación de los derechos y obligaciones previstos en el Tratado de Montevideo.

Este deslinde es muy importante en la evolución del Grupo Andino porque le permite desarrollar, con mayor independencia, un proceso de integración propio, orientado hacia un nivel superior de perfeccionamiento. Por el lado de su estructura jurídica, el tratado que crea el TJAC brinda a la organización los principales elementos de supranacionalidad, elementos tales como los principios de aplicación inmediata, de efecto directo y de la primacía de las normas derivadas.

En ese mismo sentido, el Tribunal de Justicia no solamente se configura como un órgano de solución de controversias sino como un órgano del control de la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, del cumplimiento de sus normas y de interpretación del derecho andino.

El Protocolo de Trujillo consolida esta nueva faceta de la organización al crear la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, que no sólo modifica la estructura orgánica básica de la organización sino que le brinda un decidido impulso al proceso mismo de integración.

Finalmente, el Protocolo de Cochabamba perfecciona el ordenamiento jurídico comunitario brindándole a las resoluciones de la Secretaría General las prerrogativas de las decisiones e incorporando nuevas competencias para el Tribunal de Justicia.

En esos términos, la actual Comunidad Andina es una organización que tiene al modelo supranacional como se desprende de las características siguientes:

- a) Primacía del interés común.- El ordenamiento jurídico andino coloca, por encima de los intereses individuales de los Estados, los intereses comunes favoreciendo el desarrollo conjunto como corresponde en un proceso de integración. Durante los últimos años, esta orientación se han evidenciado en la representación externa que la Comunidad Andina ha ejercido ante foros como el Área de Libre Comercio de las Américas y la Organización Mundial de Comercio.
- b) Transferencia de competencias soberanas.- El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores tiene facultad tanto para dictar normas vinculantes a los Estados miembros en materia de política exterior como para suscribir convenios bilaterales o multilaterales con terceros países y con organismos internacionales. Asimismo, la Comisión tiene facultades para dictar normas en materia de integración económica y para representar a los Estados miembros internacionalmente en materias de competencia de la Comunidad Andina. Tradicionalmente, estas atribuciones fueron ejercidas por los poderes legislativo y ejecutivo de cada Es-

tado miembro, por lo que se ha producido una transferencia de competencias en la materia.

- c) Aplicabilidad inmediata de sus normas.- Conforme al artículo 3° del Tratado del Tribunal de Justicia, las decisiones de la Comisión y del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y las resoluciones de la Secretaría General son directamente aplicables en los territorios de los Estados miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. El principio de aplicabilidad inmediata ha sido afirmado y confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- d) Efecto directo de las normas andinas.- El Tratado del Tribunal de Justicia también establece el efecto directo de las normas del ordenamiento andino. El principio se desprende del artículo 3° y también de las disposiciones relativas a los recursos que los sujetos privados pueden plantear ante las autoridades estatales, sean administrativas o judiciales, o ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con el fin de proteger los derechos originados en el ordenamiento jurídico andino.
- e) Primacía del ordenamiento jurídico supranacional sobre cualquier norma interna del Estado miembro.- El artículo 4° del Tratado del Tribunal de Justicia insta a la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario y no admitir ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación. El Tribunal de Justicia ha ratificado este principio, cuyo contenido se identifica con el principio de aplicación preferente del derecho andino.
- f) La presencia de un órgano que represente a los nacionales de los Estados miembros.- Esta característica todavía se encuentra en evolución. El Parlamento Andino, órgano creado en 1979 y diseñado para ejercer la representación de los nacionales de los Estados miembros, se encuentra todavía conformado por representantes de los congresos nacionales. No obstante, esta situación se alteraría con la entrada en vigor del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes, que prevé la elección directa de los integrantes del Parlamento Andino y sustituye la actual elección indirecta ejercida por los Congresos nacionales.
- g) La existencia de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico.- Desde la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena el 19 de mayo de 1983, el proceso de integración andino cuenta con un órgano encargado de la tutela jurisdiccional de su ordenamiento jurídico originario y deri-

vado. La entrada en vigencia del Protocolo de Cochabamba, el 25 de agosto de 1999, transforma el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y amplía sus competencias introduciendo el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral.

No obstante las deficiencias planteadas anteriormente, la Comunidad Andina presenta en la actualidad rasgos de una organización supranacional. Se trata en cualquier caso de un modelo inacabado que busca perfeccionarse y consolidarse en la subregión.

### **3. SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN**

Dentro de las reformas introducidas por el Protocolo de Trujillo, se encuentra el establecimiento del Sistema Andino de Integración (SAI). Este sistema fue diseñado tanto para proporcionar una estructura orgánica a la naciente Comunidad Andina como para promover una coordinación efectiva de todos los órganos e instituciones que la componen.

De esta forma, el Sistema Andino de Integración comprende a los siguiente órganos: el Consejo Presidencial Andino, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, el Tribunal de Justicia y el Parlamento Andino. Asimismo, incluye a un conjunto de instituciones de carácter financiero: la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas; a las instituciones consultivas: los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial Andinos; y la institución educativa de la Comunidad Andina, encarnada por la Universidad Andina Simón Bolívar. Finalmente, comprende a los convenios sociales referidos a materia educativa, Convenio Andrés Bello; a la protección de la salud, Convenio Hipólito Unanue; y a la integración laboral, Convenio Simón Rodríguez.

#### **3.1. ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD ANDINA**

##### **3.1.1. El Consejo Presidencial Andino**

Es el órgano máximo del sistema y está integrado por los presidentes de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Fue creado el 23 de mayo de 1990 mediante un acuerdo suscrito en la ciudad de Macchu Picchu en el marco de la III Reunión de Presidentes Andinos. Posteriormente, fue incorporado como órgano de la Comunidad Andina mediante el Protocolo de Trujillo en vigencia desde marzo de 1997.

Conforme a su instrumento constitutivo, el Consejo Presidencial Andino tiene como función principal evaluar, impulsar y orientar la integración a través de la concertación de acciones referidas a asuntos de interés común. Con este fin,

celebra reuniones semestrales de trabajo en las cuales se tratarán todos los temas relativos al proceso de integración conforme a la agenda preparada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

El Consejo Presidencial Andino se expresa mediante «directrices» que deben ser incorporadas por la Comisión al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

### 3.1.2. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

Es un órgano de dirección política encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de la integración y de formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina.<sup>37</sup> Su instrumento constitutivo fue firmado el 12 de noviembre de 1979, siendo instituido como órgano de la Comunidad Andina con la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo.

Se encuentra conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de cada Estado miembro, quienes se reúnen en forma ordinaria dos veces al año. En caso de efectuarse reuniones ampliadas, participarán también de éstas los miembros de la Comisión. Se expresa jurídicamente a través de «declaraciones» y «decisiones».

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores tiene como funciones principales formular la política exterior de los Estados miembros en asuntos que sean de interés comunitario, pudiendo emitir decisiones sobre esta materia y suscribir convenios y acuerdos con terceros países o con organismos internacionales. Asimismo, es el órgano encargado de cumplir y hacer cumplir las directrices impartidas por el Consejo Presidencial Andino hacia este o hacia los otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

### 3.1.3. La Comisión

Este órgano fue instituido desde la suscripción misma del Acuerdo de Cartagena y es uno de los órganos primigenios de la integración. Su composición ordinaria comprende a un representante plenipotenciario de cada Estado miembro; pero, solamente, en caso de reuniones en modalidad ampliada, este órgano estará conformado por el ministro o secretario de Estado del área respectiva de cada uno de los Estados miembros.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Artículo 1° del Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

<sup>38</sup> Adicionalmente, pueden participar, en las reuniones de la Comisión, los delegados alternos y miembros de la delegación de los Estados miembros, el Secretario General y los representantes o funcionarios de la Secretaría General designados, los representantes del Consejo Consultivo Empresarial y Laboral Andinos, y un representante de cada uno de los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.



La Comisión es un órgano de decisión de la Comunidad Andina encargado de formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional en materia de comercio e inversiones, y de adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena.<sup>39</sup> Entre sus funciones también se encuentran las de compartir la capacidad legislativa del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y representar a la Comunidad Andina en materias de su competencia; así como aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Este órgano fue creado con el fin de representar los intereses comunitarios, por lo que ostenta algunas características que pretenden desligarlo del concepto de representación estatal. En ese sentido, se han establecido medidas como la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las funciones de presidente de la Comisión y la representación de un Estado miembro.

Sus reuniones son en forma ordinaria, tres veces al año, y en forma extraordinaria, cuando sea necesario. Se expresa a través de «decisiones».

#### 3.1.4. La Secretaría General

La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado de administrar el proceso de integración, formular propuestas de decisión, resolver los asuntos sometidos a su consideración, velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y prestar apoyo técnico a los demás órganos del proceso de integración. Tiene como autoridad máxima al Secretario General y se encuentra también integrada por Directores Generales que tienen a su cargo una Dirección General determinada por un área temática específica.<sup>40</sup>

Fue creada el 10 de marzo de 1996 en el Protocolo de Trujillo y entró en funcionamiento el 1° de agosto de 1997. Este órgano sustituyó a la Junta del Acuerdo de Cartagena, órgano técnico integrado por tres miembros y que cumplía funciones similares a las de la actual Secretaría General.

Una de las ventajas de la Secretaría General es que funciona de manera permanente, hecho que le permite seguir de cerca los avances del proceso de integración. Se expresa a través de «resoluciones», «propuestas» e «iniciativas».

El Protocolo de Cochabamba otorgó a la Secretaría General competencia para conocer procesos arbitrales procedentes de casos referidos a la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Los laudos emitidos por este órgano, en ejercicio de esta facultad, serán obligatorios e inapelables, salvo acuer-

---

<sup>39</sup> Artículo 1° del Reglamento de la Comisión.

<sup>40</sup> Artículo 16° del Reglamento de la Secretaría General.

do contrario de las partes, y constituyen título legal suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones legales internas de cada Estado miembro.<sup>41</sup>

### 3.1.5 El Tribunal de Justicia

Es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y su creación se remonta a la suscripción del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena del 28 de mayo de 1979. El inicio de sus actividades se produjo el 2 de enero de 1984, luego de un largo proceso de ratificación de su tratado constitutivo y de las gestiones destinadas para su instalación en su sede ubicada en la ciudad de Quito. Posteriormente, el protocolo modificatorio de su tratado constitutivo, suscrito en la ciudad de Cochabamba el 28 de mayo de 1996, cambió de nombre al Tribunal denominándolo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a partir de su entrada en vigor el 25 de agosto de 1999.

El Tribunal cuenta con competencia territorial en los cinco Estados miembros para conocer las controversias que surgieran a propósito de la interpretación del derecho andino y el incumplimiento de los Estados miembros; así como para declarar la nulidad de los actos derivados de los órganos que fueran contrarios al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Adicionalmente, este acuerdo establece disposiciones relativas a la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario en los Países Miembros. Estas dejan traslucir la fuerte influencia del modelo comunitario europeo. En este sentido, se instaura tanto la aplicación directa de las decisiones de la Comisión desde su publicación en la Gaceta Oficial de esa organización como la primacía de las normas andinas sobre las normas estatales internas. El Tribunal de Justicia ha procurado, mediante sus sentencias, dotar del mayor contenido posible al ordenamiento jurídico comunitario al evaluar la aplicación del Derecho Comunitario en los derechos nacionales.<sup>42</sup>

Actualmente, está compuesto por cinco magistrados, representantes de cada uno de los Países Miembros. Estos son elegidos por periodos de seis años y son renovados cada tres. Pueden ser reelegidos una vez.<sup>43</sup> Cada uno de los jueces

<sup>41</sup> Artículo 39° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

<sup>42</sup> En estos temas, destaca la sentencia dictada el 25 de mayo de 1988 a propósito del Proceso de Interpretación Judicial 2-IP-88. <<http://www.comunidadandina.org/PROCESO/2-IP-88.HTM>>

<sup>43</sup> Artículos 6° y 8° del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Según el artículo 7° del mismo instrumento, los cinco jueces del Tribunal serán designados de las ternas presentadas por cada país miembro y por unanimidad de los plenipotenciarios reunidos para tal efecto.

Asimismo, para adoptar sus sentencias, los artículos 31° y 32° del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, contenido en la Decisión 500, establecen que, para las resoluciones administrativas, los autos interlocutorios, las opiniones prejudiciales y los procesos laborales, el quórum será de tres magistrados y serán necesarios tres votos conformes para adoptar una decisión. Sin embargo, para los autos interlocutorios que ponen fin a un juicio y para las senten-

posee dos suplentes. Finalmente, estos magistrados tienen competencia para conocer las acciones siguientes:

a) La acción de nulidad

Este recurso ha sido diseñado para controlar la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, vigilando la conformidad de los actos producidos por los órganos de la Comunidad Andina con los tratados constitutivos y, en su caso, con las normas derivadas.<sup>44</sup>

Por otra parte, tienen legitimidad para interponer esta acción el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Estados miembros y las personas naturales y jurídicas, y respecto a las normas que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

b) La acción de incumplimiento

Este recurso<sup>45</sup> ha sido diseñado para velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario por parte de los Estados miembros, por lo que se intenta corregir las eventuales infracciones mediante la imposición de sanciones de acuerdo con la falta cometida. Estas constituyen, fundamentalmente, la aplicación de sobretasas a las exportaciones del Estado referido y buscan un efecto disuasorio que prevenga futuros incumplimientos.

---

cias, deberán estar presentes los cinco magistrados y se requerirá de un mínimo de tres votos conformes para adoptar una decisión.

<sup>44</sup> Pueden ser objeto de esta acción: a) las decisiones, sean del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión; b) las resoluciones de la Secretaría General; y c) los Convenios de Complementación de Desarrollo Industrial y otros que acuerden los Estados miembros (referidos en el inciso e) del Tratado de Creación del Tribunal Andino de la Comunidad Andina).

<sup>45</sup> Este recurso requiere, antes de su conocimiento por parte del Tribunal de Justicia, de una etapa administrativa en la Secretaría General que puede iniciarse de oficio por ésta o mediante la denuncia de parte de un Estado miembro o de un particular afectado en sus derechos por el presunto incumplimiento. En esta etapa administrativa, la Secretaría General formulará observaciones al Estado miembro requerido y le fijará un plazo para la contestación de las mismas. Recibida la respuesta, o transcurrido el plazo fijado la Secretaría General, ésta emitirá un dictamen motivado sobre la situación objeto del procedimiento.

Solamente si el dictamen es de incumplimiento y el Estado miembro infractor persiste en mantener dicha situación, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En caso de que el dictamen no fuera de incumplimiento o si la Secretaría General no emitiera el dictamen correspondiente en el plazo fijado en su tratado constitutivo, el Estado o el particular que hubiera realizado el reclamo podrá acudir directamente al Tribunal de Justicia.

La etapa judicial propiamente dicha se inicia una vez que el Tribunal de Justicia conoce el caso respectivo. La sentencia de incumplimiento emitida por el Tribunal debe contener el detalle de las medidas necesarias que deberá adoptar el Estado infractor para corregir el incumplimiento y el plazo para el establecimiento de las mismas. El incumplimiento de la sentencia dará lugar a que el Tribunal, mediante un procedimiento sumario, autorice a los demás Estados miembros a suspender o restringir total o parcialmente las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al Estado miembro omiso.

c) La interpretación prejudicial

El Tribunal de Justicia ejerce también la función de aclarar los alcances del ordenamiento jurídico andino mediante el recurso de interpretación prejudicial, cuyo fin es asegurar la aplicación uniforme de las normas andinas en el territorio de los Estados miembros.

La interpretación prejudicial puede ser solicitada ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina exclusivamente por los jueces nacionales de los Estados miembros que conozcan un proceso en el que deba aplicarse o sea materia de conflicto alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.<sup>46</sup> Una vez emitido el pronunciamiento del Tribunal, el juez nacional que conozca el proceso deberá adoptar obligatoriamente, en su sentencia, la interpretación formulada por este órgano.

La interpretación realizada por el Tribunal de Justicia deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario y que están referidas al caso concreto puesto a consideración. El Tribunal no podrá pronunciarse sobre el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, por lo que puede referirse a éstos solamente cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

d) El recurso por omisión o inactividad

Este recurso<sup>47</sup> puede ser ejercido cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General omitieran cumplir una actividad a la que estuvieran obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

El recurso por omisión o inactividad puede ser ejercido por los Estados miembros, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, e, inclusive, los órganos objeto de este recurso.

f) La función arbitral

Adicionalmente a las funciones anteriores, el Protocolo de Cochabamba otorgó al Tribunal de Justicia una competencia para dirimir procesos arbitrales relativos a la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, siempre que lo acuerden las Partes.

---

<sup>46</sup> La solicitud, que se origina en el marco del proceso interno seguido ante el poder judicial nacional, puede ser de oficio o procedente de la solicitud de alguna de las partes.

<sup>47</sup> Para su conocimiento por parte del Tribunal de Justicia, es necesario efectuar una etapa previa ante la Secretaría General, mediante una solicitud de parte del reclamante, que, de no ser aceptada, permite al solicitante acudir ante el Tribunal de Justicia.

Esta función también está destinada para las personas naturales o jurídicas, quienes voluntariamente podrán someter a arbitraje las controversias derivadas de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado que estén regidos por el ordenamiento jurídico andino.

El Tribunal de Justicia podrá realizar arbitrajes de derecho o de equidad conforme lo soliciten las partes. En todos los casos, el laudo arbitral será obligatorio e inapelable, y constituirá título legal suficiente para solicitar su ejecución conforme a las leyes nacionales de cada Estado miembro.

g) La jurisdicción laboral

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también es competente para conocer las diferencias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

3.1.6. El Parlamento Andino

El Parlamento Andino fue instituido el 25 de octubre de 1979 mediante la suscripción de su tratado de creación en la ciudad de La Paz. Conforme a su instrumento constitutivo, recientemente modificado por el Protocolo Adicional firmado en la ciudad de Sucre el 23 de abril de 1997<sup>48</sup> y todavía pendiente de ratificación, el Parlamento Andino es un órgano deliberante del proceso de integración subregional que representa a los ciudadanos de los Estados miembros de esta organización internacional.

Los objetivos del Parlamento Andino son, fundamentalmente, colaborar en el proceso de integración de la Comunidad Andina; velar por el pleno imperio de la libertad, la justicia social, la democracia, el principio de libre determinación de los pueblos y el respeto de los derechos humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes; y promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración andina mediante el fomento del desarrollo de una conciencia comunitaria andina y latinoamericana.<sup>49</sup>

El Parlamento Andino tiene una participación muy limitada en la producción normativa comunitaria. En esta medida puede plantear sugerencias y proyectos de normas sobre temas de interés común, así como recomendar la armonización

---

<sup>48</sup> El Protocolo Modificatorio al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y el Protocolo relativo a las Elecciones Directas y Universales de sus Representantes fueron ratificados por el Perú mediante Resolución Legislativa n.º 27525, aprobada el 4 de octubre de 2001 y publicada el 6 de octubre de 2001.

<sup>49</sup> Artículo 12º del Tratado Constitutivo de 1979 y artículo 11º del Protocolo Adicional próximo a entrar en vigencia.

de las legislaciones nacionales a los Estados miembros.<sup>50</sup> En todos los casos, la actividad del Parlamento Andino se ubica en el ámbito de la recomendación y la sugerencia, que son actos de carácter no vinculante. En ese sentido, opinamos que, pese a lo expresado literalmente por su instrumento constitutivo, el Parlamento Andino no constituye un órgano deliberante del proceso de integración andino.

Por otro lado, la representatividad de sus miembros se encuentra pendiente en tanto el «Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes» culmine su proceso de ratificación por parte de los Estados miembros. Actualmente, este órgano está constituido por cinco representantes elegidos por los respectivos órganos legislativos de las partes contratantes de entre sus integrantes y según el procedimiento que cada uno de aquellos adopte para el efecto.

### 3.2. INSTITUCIONES DE LA COMUNIDAD ANDINA

#### 3.2.1. Instituciones financieras

Las instituciones financieras del Sistema Andino de Integración son la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas. Estas entidades fueron creadas, en un primer momento, para el ámbito exclusivo del proceso de integración andino. Sin embargo, su desarrollo ha rebasado el límite de la subregión, ingresando dentro del área latinoamericana y comprendiendo a los sectores público y privado.

##### 3.2.1.1 La Corporación Andina de Fomento (CAF)

Ante la necesidad de crear un organismo financiero para el impulso de la integración de la región andina, la Declaración de Bogotá de 1966 aprobó un programa de acción inmediata para los países andinos, incluyendo a Chile, para la aplicación de medidas de integración económica y coordinación de las políticas de los Estados participantes en materia comercial, industrial, financiera y en servicios de cooperación técnica. Con este fin, se nombró una Comisión Mixta para atender esas funciones y se propuso la creación de una Corporación de Fomento.<sup>51</sup>

El Acuerdo Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento (CAF) fue firmado el 7 de febrero de 1968 por los representantes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. Dicho acuerdo entró en vigencia el 30 de enero de 1970, y la institución comenzó a operar formalmente el 8 de junio de 1970. Actualmente, tiene su sede principal en la ciudad de Caracas (Venezuela) y dis-

<sup>50</sup> Artículos 13° y 14° del Tratado Constitutivo de 1979, y artículos 12° y 13° de Protocolo Adicional, próximo a entrar en vigencia. <<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/creapar2.Htm>> y <<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/creapar.htm>>.

<sup>51</sup> En <<http://www.caf.com/view/index.asp?ms=0&pageMs=4284>>.

pone de oficinas de representación en las capitales de sus principales países accionistas: Santa Fe de Bogotá, Quito, Lima y La Paz.

Con el transcurrir de los años, la CAF ha expandido su campo de acción y se ha consolidado no solamente como la fuente financiera del proceso de integración andina sino como una herramienta necesaria para el desarrollo de otros Estados accionistas que fueron incorporándose progresivamente a esta institución. La decisión de abrir su capital accionario a otros socios de América Latina y el Caribe a inicios de la década de los noventa permitió expandir esta entidad financiera más allá de la región andina.<sup>52</sup>

El fortalecimiento financiero e institucional de la CAF hace posible que ésta pueda impulsar, en el plano financiero, una interrelación entre los esquemas de integración más importantes de la región. En el actual contexto de regionalismo abierto, la CAF constituye un nexo entre la Comunidad Andina y el resto de los esquemas de integración de América Latina y el Caribe, a los que pertenecen sus socios, particularmente MERCOSUR, NAFTA y CARICOM.<sup>53</sup> Asimismo, también actúa como un eje de vinculación entre sus países accionistas y otras regiones del mundo, y, de este modo, fortalece las relaciones económicas, financieras, comerciales y de inversión principalmente con los Estados Unidos de América, Canadá, Japón y la Unión Europea, entre otros.<sup>54</sup>

Entre sus actividades, la CAF se desempeña como intermediario financiero y moviliza fundamentalmente recursos desde países industrializados hacia la región. De este modo, sirve de puente entre la región y los mercados internacionales de capital; financia el desarrollo de infraestructura productiva, especialmente aquella que facilite la integración física y fronteriza; promueve el desarrollo, la consolidación y la integración de los mercados financieros y de capital en sus países accionistas, especialmente en la región andina; fomenta el comercio, las inversiones y nuevas oportunidades de negocio; apoya al sector empresarial, desde las grandes corporaciones hasta las micro empresas; y colabora con los procesos de reforma estructural que están llevando a cabo sus países accionistas para asistirlos en la modernización de sus economías y en el aumento de sus inserciones competitivas en el proceso de globalización.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Actualmente, la CAF está conformada por doce países de América Latina y el Caribe: los Estados de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), accionistas de las series «A» y «B»; y siete socios: Brasil, Chile, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Trinidad & Tobago, accionistas de la serie «C». Adicionalmente, forman parte de esta institución ventidós bancos privados de la región andina, también representantes de la serie «B». Por otro lado, fuera del ámbito latinoamericano, España suscribió, en julio de 1999, una carta de intención en la que manifiesta su voluntad de convertirse en accionista de la CAF. <<http://www.caf.com/view/index.asp?ms=0&pageMs=4275>>.

<sup>53</sup> En <<http://www.caf.com/view/index.asp?pageMS=3936&ms=0>>.

<sup>54</sup> En <<http://www.caf.com/view/index.asp?pageMS=3936&ms=0>>.

<sup>55</sup> En <<http://www.caf.com/view/index.asp?ms=0&pageMs=4275>>.

### 3.2.1.2 El Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR)

El Fondo Latinoamericano de Reservas es la entidad sucesora del anterior Fondo Andino de Reservas (FAR), entidad financiera creada en el marco del Acuerdo de Cartagena mediante el tratado suscrito el 12 noviembre de 1976 en la ciudad de Caracas y denominado «Convenio para el Establecimiento del Fondo Andino de Reservas».<sup>56</sup>

Actualmente, el FLAR está constituido por Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Venezuela;<sup>57</sup> y tiene como objetivo acudir en apoyo de las balanzas de pago de los Países Miembros, otorgando créditos o garantizando préstamos a terceros. Asimismo, contribuye con la armonización de las políticas cambiarias, monetarias y financieras de los países, y mejora las condiciones de las inversiones de reservas internacionales efectuadas por las naciones andinas.

Para el logro de sus objetivos, el FLAR se desempeña como organismo financiero y monetario de los Países Miembros, y atiende los requerimientos de financiamiento de los Estados a través de la oferta de oportunidades de inversión de las reservas internacionales de los Bancos Centrales y la administración de su propio portafolio de inversiones. Su fuente principal de recursos son los aportes de sus miembros.<sup>58</sup>

Por otro lado, el FLAR actúa como una entidad central para el desarrollo y la profundización del proceso de integración entre las economías latinoamericanas a través de la configuración de la base económica e institucional necesaria para

<sup>56</sup> En <<http://www.flar.net/Espanol/quien/origen.asp>>. El instrumento constitutivo del FAR entró en vigor el 8 de junio de 1978, cuando fue depositado, en el Banco de la República de Colombia, el quinto instrumento de ratificación. El FAR inició su actividad el 14 de julio de 1978, fecha en la cual se reunió su Directorio en la ciudad de Lima y se nombró al Presidente Ejecutivo. Sus operaciones financieras empezaron el 8 de setiembre de 1978, cuando los Estados miembros pagaron la primera de sus contribuciones al capital de la nueva institución.

A mediados de la década de los 80, cuando hizo crisis el problema de la deuda externa de los países del tercer mundo, el Banco Central de Reserva del Perú planteó la posibilidad de ampliar el ámbito del FAR mediante la suscripción de un documento sobre la viabilidad de establecer un fondo monetario latinoamericano. Esta propuesta, que fue analizada por la Presidencia Ejecutiva del FAR y posteriormente derivada a un Comité Consultivo, culminó con la decisión de recomendar a los gobiernos de los países miembros ampliar el carácter restringido del FAR, con el propósito de convertirlo en un Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR). En ese sentido, se modificó el artículo 40 del Convenio Constitutivo original y se amplió la posibilidad de adhesión a este tratado a todos los países latinoamericanos miembros de la ALADI que así lo desearan, y luego de diez años, según la decisión de la Asamblea, a los otros países latinoamericanos. Este nuevo Convenio fue suscrito en Lima el 10 de junio de 1988 y entró en vigencia el 12 de marzo de 1991. Finalmente, la restricción de los diez (10) años contenida en el citado artículo 40 fue eliminada en 1999.

<sup>57</sup> Actualmente, el FLAR se encuentra abierto a todos los Estados latinoamericanos que así lo deseen. Corresponde a la Asamblea determinar el aporte de capital y las demás condiciones necesarias.

<sup>58</sup> En <<http://www.flar.net/Espanol/logros/logros.asp>>.



lograr la estabilidad monetaria y cambiaria de la región, y para potenciar las posibilidades de desarrollo comercial, de bienes y servicios, entre las economías.<sup>59</sup>

Entre las proyecciones del FLAR están coadyuvar a superar las limitaciones del sistema financiero internacional actual, especialmente las relacionadas con la incapacidad para evitar el contagio de las crisis financieras y con la insuficiencia de contar con recursos en situaciones de crisis. Desde esa perspectiva, el FLAR se propone desempeñar el rol de un fondo monetario latinoamericano.

### 3.2.2. Instituciones consultivas

Las instituciones encargadas de esta función en el Sistema Andino de Integración son los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial. Estas instituciones tienen su antecedente más remoto en el texto del Acuerdo de Cartagena de 1969, que estableció en su artículo 22 la creación de un Comité Asesor Económico y Social integrado por representantes de los empresarios y de los trabajadores de los Estados miembros.<sup>60</sup>

Estos Consejos se encuentran conformados por delegados del más alto nivel, elegidos directamente por las organizaciones representativas del sector laboral y empresarial, según corresponda, de cada uno de los Estados miembros. Éstos emiten opiniones ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de estos órganos o por iniciativa propia, sobre los programas o las actividades del proceso de integración subregional que son de interés para el sector de su competencia.

Durante los años que siguieron, ambos Consejos Consultivos de manera independiente han procurado establecer organizaciones gremiales que funcionen en el ámbito subregional andino. Este objetivo ha tenido mayor éxito en el sector empresarial, en el que se han creado instituciones como la Confederación de Comercio del Grupo Andino (CONFECAMARAS), la Confederación Andina de Exportadores (CONANDEX) y la Confederación de Industriales del Grupo Andino (CONANDINA), entre otras. En el sector laboral, podemos citar la creación del Instituto Laboral Andino, aun cuando sus objetivos de brindar asesoría

---

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. «Sistema Andino de Integración». *Informativo Andino*, Lima, n.º 11, setiembre 1997, p. 21. La Comisión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22º del Acuerdo de Cartagena, reguló mediante la Decisión 17, emitida en octubre de 1970, la instauración de un Comité mixto integrado por empresarios y trabajadores. Durante estos primeros años, este Comité realizó siete reuniones fundamentalmente de carácter informativo, bajo la presentación de la Junta del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, en la década posterior de los años ochenta, se plantea la necesidad de mejorar la participación de estos sectores en la integración andina. Con este fin, se crearon el Consejo Consultivo Empresarial Andino y el Consejo Consultivo Laboral Andino, mediante las Decisiones 175 y 176 de la Comisión, como instancias separadas, con el fin de lograr una colaboración más especializada y eficiente de cada uno de estos sectores.

técnica, capacitación y formación a los trabajadores no se han concretado puntualmente.<sup>61</sup>

Actualmente, el Consejo Consultivo Laboral se rige por las Decisiones 441, 464 y 494; y el Consejo Consultivo Empresarial, por las Decisiones 442 y 464. Todas estas disposiciones fueron aprobadas por la Comisión de la Comunidad Andina en cumplimiento de la directriz del Consejo Presidencial Andino que dispone la búsqueda de una mayor participación de este sector para la construcción del proceso de integración tendiente a conformar un mercado común.

### 3.2.3. Institución educativa

La institución educativa del Sistema Andino de Integración es la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB). Esta entidad fue creada por el Parlamento Andino mediante la Decisión 132/V, adoptada durante el Quinto Periodo de Sesiones realizadas en La Paz, del 11 al 16 de diciembre de 1985.<sup>62</sup> Posteriormente, el Protocolo de Trujillo que modifica el Acuerdo de Cartagena la comprendió dentro del Sistema Andino de Integración como institución académica destinada a contribuir con la profundización de la integración subregional andina; promover su proyección externa; y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración.

La Universidad Andina está dedicada a la investigación, la enseñanza, la formación posuniversitaria y la prestación de servicios. Asimismo, fomenta el espíritu de cooperación entre las universidades de la subregión y coadyuva a la realización y fortalecimiento de los principios de la Comunidad Andina. Con ese fin, elabora y ejecuta programas de enseñanza, entrenamiento teórico-práctico y de actualización de conocimientos, preferentemente para profesionales con título universitario y experiencia calificada; prepara y realiza investigaciones y estudios científicos de alto nivel; y proporciona servicios de consultoría y cooperación técnica. Su sede central esta ubicada en la ciudad de Sucre, Bolivia. Adicionalmente, tiene subsedes en las ciudades de Quito, La Paz, Caracas y Cali.

### 3.3. CONVENIOS SOCIALES

Los convenios sociales son instituciones intergubernamentales que fueron creadas para complementar los esfuerzos integracionistas en el sector económico y comercial con acciones en otros campos. Estos convenios son tres:

- a) Convenio Andrés Bello, que busca promover la integración educativa, tecnológica y cultural;
- b) Convenio Hipólito Unanue, referido a la protección de la salud de los habitantes de los Estados de la región andina; y

---

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> En <<http://www.uasb.edu.bo/universidad/>>.

- c) Convenio Simón Rodríguez, orientado a promover la integración socio-laboral en la subregión.

### 3.3.1. Convenio Andrés Bello

El Convenio Andrés Bello de Integración Educativa, Científica y Cultural de los Países de la Región Andina fue suscrito el 31 de enero de 1970 con el objetivo de promover el desarrollo integral de la educación, la ciencia y la cultura. Fomenta el conocimiento mutuo y la circulación de bienes culturales y personas entre los Estados de la región; asimismo, busca preservar la identidad cultural de los pueblos y aplicar la ciencia y la tecnología en la elevación del nivel de vida de los pueblos de la región.<sup>63</sup>

Con este fin, este tratado prevé la exención de la formalidad de la visa para ingresar al territorio de cualquiera de las partes contratantes y permanecer en él hasta treinta días; exonera de todo gravamen de ingreso y salida a las personas tanto en el Estado de origen como en el Estado de destino, y a los objetos y bienes internados transitoriamente y destinados a exposiciones científicas culturales o artísticas; fomenta la prestación mutua de servicios de asistencia técnica; estimula el desarrollo de programas multinacionales de investigación y la armonización de los sistemas educativos mediante el reconocimiento de los estudios primarios o de enseñanza básica realizados en cualquiera de los países signatarios; etc.

En marzo de 1972, se creó la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello como órgano encargado de ejecutar las resoluciones y demás tareas, coordinar las actividades de los diversos órganos del convenio y servir de órgano de relación y gestión con los organismos internacionales y los gobiernos de fuera de la región. Su sede fue fijada en Colombia.

El 27 de noviembre de 1990 en la ciudad de Madrid, se suscribió un tratado mediante el cual se constituye la «Organización del Convenio Andrés Bello de Integración Educativa, Científica, Tecnológica y Cultural». Esta organización tiene personalidad jurídica internacional y puede celebrar acuerdos con Estados y organizaciones internacionales.<sup>64</sup>

Como organización internacional, el Convenio Andrés Bello tiene una estructura orgánica conformada por:

- a) la Reunión de Ministros de Educación,
- b) la Secretaría Ejecutiva,
- c) la Comisión Asesora Principal y

---

<sup>63</sup> Artículos 2° y 3° del Convenio Andrés Bello.

<sup>64</sup> Artículo 9° del Convenio de la Organización Andrés Bello.

d) las Comisiones Técnicas de Educación, Ciencia y Tecnología, y Cultura

El Convenio Andrés Bello no integra formalmente la estructura institucional de la CAN; sin embargo, se incluye como parte del Sistema Andino de Integración debido a las actividades de interés común que desarrolla con la Secretaría General de la Comunidad Andina, según el Acuerdo de Cooperación suscrito el 2 de setiembre de 1998.

### 3.3.2. Convenio Hipólito Unanue

El Convenio Hipólito Unanue sobre Cooperación en Salud de los Países del Área Andina fue suscrito en la ciudad de Lima el 18 de diciembre de 1971. Este documento tenía por objeto mejorar la salud de la población residente en los territorios de los Estados andinos, buscando la solución a problemas tales como las enfermedades transmisibles con las migraciones poblacionales, la desnutrición, la contaminación ambiental, la protección materno-infantil, la educación sanitaria, la salud ocupacional, etc.

Los órganos encargados de velar por el cumplimiento de este tratado fueron instituidos posteriormente mediante un acuerdo celebrado el 6 de julio de 1973. De este modo, se creó la Reunión de Ministros de Salud del Área Andina, el Comité de Coordinación y la Secretaría del Convenio Hipólito Unanue.

Posteriormente, el 6 de julio de 1973, se suscribió un Protocolo Adicional de este Convenio, el mismo que modifica ligeramente el objeto del tratado y plantea el mejoramiento de la salud como necesidad básica para elevar el nivel de vida de los habitantes de la subregión andina. A esos efectos, se propone desarrollar una serie de acciones orientadas a la prevención y recuperación de la salud tanto en el ámbito subregional como dentro de las legislaciones nacionales.

Este protocolo adicional añade al grupo de órganos del Convenio a las Comisiones Asesoras, entes creados por la Reunión de Ministros de Salud para estudiar y formular observaciones y recomendaciones sobre temas encargados por este último.<sup>65</sup> Asimismo, declara la capacidad jurídica del Convenio otorgándole personalidad jurídica dentro de los derechos nacionales de los Estados andinos.<sup>66</sup>

La incorporación del Convenio Hipólito Unanue al Sistema Andino de Integración se produjo mediante la Decisión 445, aprobada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 10 de agosto de 1998.

### 3.3.3. Convenio Simón Rodríguez

El Convenio Simón Rodríguez de Integración Socio Laboral fue suscrito el 26 de octubre de 1973 en Caracas (Venezuela). Su objeto principal es adoptar estrategias y

---

<sup>65</sup> Artículos 3º, 18º y 19º del Protocolo Adicional del Convenio Hipólito Unanue.

<sup>66</sup> Artículo 20º del Protocolo Adicional del Convenio Hipólito Unanue.

planes de acción para orientar la actividad de los organismos subregionales y nacionales en la adopción de medidas destinadas a la optimización de las condiciones de vida y de trabajo de los Estados Partes.<sup>67</sup>

En esa línea de acción, este tratado se ocupa de aspectos tales como la armonización de las normas jurídicas laborales y de seguridad social; la coordinación de políticas y acciones para una adecuada utilización de los recursos humanos y lograr una solución a los problemas de desempleo y subempleo; la coordinación de políticas y acciones en el campo de la seguridad social; el mejoramiento de los sistemas de formación profesional; la movilización de la mano de obra en la subregión; la participación de los trabajadores y empleadores en los procesos del desarrollo y la integración subregional; y otros aspectos que a juicio de los Ministros de Trabajo revistan similar importancia.<sup>68</sup>

Para realizar estas funciones, este tratado creó tres órganos básicos:

- a) la Conferencia de Ministros de Trabajo, cuya función principal es adoptar proposiciones, acuerdos y recomendaciones conducentes a lograr los objetivos del Convenio; examinar sus resultados y los de sus propios acuerdos; y conocer y resolver los demás asuntos de interés común;
- b) la Comisión de Delegados, órgano técnico auxiliar del Convenio, integrada por representantes personales de los Ministros de Trabajo. Su función fundamental es realizar las actividades encomendadas por la Conferencia de Ministros de Trabajo, mediante el estudio y la recomendación de las medidas necesarias; la preparación de proyectos de agenda; y la presentación de un informe anual de sus actividades; y
- c) la Secretaría de Coordinación, órgano permanente del Convenio con sede en la ciudad de Quito (Ecuador).

Las funciones de estos órganos fueron posteriormente modificadas por el Protocolo del Convenio Simón Rodríguez, suscrito el 12 de mayo de 1976.<sup>69</sup> Además, este protocolo establecía explícitamente la personalidad jurídica del Convenio Simón Rodríguez con capacidad para el ejercicio de sus funciones en el territorio de los Estados miembros.

---

<sup>67</sup> Artículo 2° del Convenio Simón Rodríguez.

<sup>68</sup> Artículo 3° del Convenio Simón Rodríguez.

<sup>69</sup> Entre sus modificaciones más resalantes, el Protocolo otorgó, a la Conferencia de Ministros de Trabajo, la facultad de aprobar la celebración de tratados con organismos internacionales para la consecución de sus objetivos, además de aprobar su presupuesto anual y fijar las contribuciones de los Estados partes. Se ocupa de regular con mayor profundidad el tema del cumplimiento de los *acuerdos y recomendaciones* procedentes de este órgano a fin de integrar dichos actos al ordenamiento jurídico andino y de ser necesario al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Por otro lado, precisa, dentro de la facultad de la Conferencia de Ministros de Trabajo la de crear

Actualmente, el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez, suscrito en la ciudad de Valencia (Venezuela) el 24 de junio de 2001, ha instituido este instrumento solamente como foro de debate, participación y coordinación para los temas sociolaborales de la Comunidad Andina.<sup>70</sup>

Este tratado ha reemplazado a la Comisión de Delegados por las Comisiones Especializadas de Trabajo, eliminando a las Comisiones Asesoras. La Secretaría de Coordinación ha adoptado el nombre de Secretaría Técnica y su estructura orgánica ha quedado conformada de la siguiente manera:

- a) la Conferencia,
- b) las Comisiones Especializadas de Trabajo y
- c) la Secretaría Técnica.<sup>71</sup>

Conforme a su actual instrumento constitutivo, este Convenio forma parte del Sistema Andino de Integración, aunque su reglamentación se encuentra pendiente. El Protocolo Sustitutorio todavía está en proceso de ratificación y, mientras tanto, su administración ha sido encargada a la Secretaría General de la Comunidad Andina.

#### 4. APRECIACIÓN FINAL

Un proceso de integración debe responder a las demandas económicas, políticas y sociales de los Estados y ciudadanos que, en última instancia, lo conforman. La Comunidad Andina no es ajena a esa naturaleza y su proceso institucional es también reflejo de los avances y retrocesos que los países que la componen han sufrido en el camino de la construcción comunitaria.

En efecto, el proceso de integración andino está marcado por los problemas económicos y políticos que atraviesan los Estados que componen la Comunidad, pero también por la falta de una voluntad política clara a favor de la integración. Prueba de esto es que cuando los Presidentes andinos toman directamente la batuta del proceso se pueden identificar pasos concretos que inciden directamente en lo institucional. En otras palabras, la mayor voluntad de integración, resultado también de un avance sostenido de las relaciones económicas o la posibilidad de que tal avance se produzca, se corresponde con un fortalecimiento de los objetivos comunes y de la estructura institucional del sistema.

---

otros órganos, la creación de Comisiones Asesoras, órganos que se integraron a la estructura del Convenio con la función de apoyar a la Secretaría de Coordinación dentro de su ámbito de competencia.

<sup>70</sup> Artículo 1° del Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez.

<sup>71</sup> Artículo 3° del Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez.

Por el lado de las perspectivas, se puede afirmar que la Comunidad Andina viene desarrollando firmemente la cooperación en materia de política exterior y se perfila como interlocutora válida en las negociaciones con terceros Estados o con bloques económicos a fin de lograr una posición más ventajosa para los Estados andinos en foros como el MERCOSUR, la Unión Europea y los Estados Unidos.<sup>72</sup> Esta tendencia responde a una estrategia interesante para los Estados miembros, que con economías pequeñas podrían aspirar a un lugar más importante en el competitivo mercado internacional.

Adicionalmente, el proceso de integración andino ha ingresado a materias distintas de la integración propiamente dicha; por ejemplo, el tema de la democracia que ha llevado a la redacción del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena «Compromiso por la Democracia», documento que terminó de ser suscrito por los Cancilleres de los Estados Andinos el 10 de junio del 2000; o el tema de los Derechos Humanos, respecto al cual los presidentes de los Estados andinos suscribieron la Carta de Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en la ciudad del Guayaquil el 26 de julio del 2002. Creemos que esta tendencia resulta reveladora de una voluntad política de consolidar y ampliar el proceso de integración, y de una apuesta clara por lo institucional y colectivo en desmedro de lo unilateral y descentralizado. El reto consiste ahora en que también las instituciones se muestren ágiles y útiles a los objetivos comunitarios.

---

<sup>72</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Acciones en Materia de Negociaciones Comerciales de la Comunidad Andina con Terceros en los Últimos Meses*. <<http://www.comunidad-andina.org/document/estu/nego3.htm>>.

### CUADRO COMPARATIVO DE LOS ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD ANDINA

ORGANO	COMPOSICIÓN	FUNCIÓN	NORMA QUE EMITE
CONSEJO PRESIDENCIAL	Presidentes de los Estados miembros	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Evaluar, impulsar y orientar la integración, a través de la concertación de acciones referidas a asuntos de interés común</li> </ul>	Directrices que deben ser incorporadas por la comisión al ordenamiento jurídico comunitario
CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES	Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Formular la política exterior de los Estados miembros en asuntos de interés comunitario</li> <li>- Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o con organizaciones internacionales</li> <li>- Cumplir y hacer cumplir las directrices dadas por el Consejo Presidencial Andino</li> </ul>	Declaraciones y Decisiones
COMISIÓN	Representantes plenipotenciarios de cada EM. En reuniones ampliadas participan los ministros del sector concernido	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional en materia de comercio e inversiones</li> <li>- Compartir la capacidad legislativa con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores</li> <li>- Representar a la Comunidad Andina en materias de su competencia.</li> <li>- Aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y el Tribunal de Justicia</li> </ul>	Decisiones
SECRETARÍA GENERAL	Secretario General y Directores Generales	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Administrar el proceso de integración</li> <li>- Formular propuestas de decisión</li> <li>- Resolver los asuntos sometidos a su consideración</li> <li>- Velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios</li> <li>- Prestar apoyo técnico a los demás órganos del SAI</li> </ul>	Resoluciones, Propuestas e Iniciativas
TRIBUNAL DE JUSTICIA	Cinco Magistrados	<p>Competencia para conocer:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Acciones de nulidad, incumplimiento e interpretación prejudicial</li> <li>- Recursos de omisión o inactividad</li> <li>- Dirimencia de procesos arbitrales</li> <li>- Diferencias laborales suscitadas en órganos de SAI</li> </ul>	Sentencias
PARLAMENTO ANDINO	Cinco representantes elegidos por Congresos de Estados parte de entre sus integrantes	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Plantear sugerencias y proyectos sobre temas de interés</li> <li>- Recomendar la armonización de sus legislaciones nacionales a los Estados miembros</li> </ul>	Recomendaciones



# LA COMUNIDAD ANDINA Y SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

FABIÁN NOVAK TALAVERA\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El proceso de integración andino, al igual que cualquier proceso de integración, se caracteriza por tener un ordenamiento jurídico autónomo, completo y dinámico, obligatorio para los Estados miembros que lo conforman, así como para los distintos organismos que participan en su funcionamiento.<sup>1</sup> Este ordenamiento subregional forma parte, a su vez, de los ordenamientos jurídicos de los países miembros y se inscribe en el marco general del Derecho de Integración.<sup>2</sup>

Se dice que este ordenamiento es *autónomo* en el sentido de que no depende ni deriva de ningún otro ordenamiento jurídico. Si bien se encuentra vinculado con el Derecho Internacional Público y los ordenamientos nacionales de los países miembros, esta relación no es de dependencia. Asimismo, posee sus propios órganos de creación normativa, rasgo que reafirma su autonomía.

Por otro lado, se señala que el ordenamiento jurídico andino es *completo* en la medida en que no solo implica un conjunto de normas que regulan el proceso de integración sino, también, un conjunto de órganos y mecanismos que garantizan la legalidad de la actuación de los órganos comunitarios y de los propios Estados miembros al interior del proceso.

---

\* Director del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de Derecho Internacional Público de la misma casa de estudios y de la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> SÁCHICA, Luis Carlos y otros. «El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986, p. 5.

<sup>2</sup> ORELLANA, Manuel. «El Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1983, p. 66.

A ello habría que agregar que el ordenamiento jurídico andino es un derecho *cambiante y dinámico*, no estático y definitivo. Se trata, por tanto, de un derecho progresivo y evolutivo que merece atención permanente por los progresos que alcanza en su desarrollo.

Precisamente, al estudio de este ordenamiento jurídico de carácter autónomo, completo y dinámico, nos abocaremos en las siguientes páginas, no solo para dejar registro del estado actual del mismo sino, también, para intentar resolver algunos problemas o vacíos que este sistema presenta en la actualidad. Para ello, no solo tendremos como fuente la norma positiva y la doctrina sino, también, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que ha venido cumpliendo un importante papel en los últimos años en lo que al desarrollo del Derecho Comunitario se refiere.

## 2. LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Para establecer cuáles son las fuentes del Derecho Comunitario Andino resulta necesario referirse al artículo 1º del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que establece expresamente el contenido de este ordenamiento jurídico. El referido artículo señala:

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.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha señalado «principalmente» la existencia de dos tipos de fuentes,<sup>3</sup> la doctrina ha ampliado esta clasificación, señalando que las fuentes del Derecho Comunitario Andino pueden ser ordenadas hasta en cuatro grupos:

---

<sup>3</sup> Así, en el Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999 (Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por incumplimiento de obligaciones emanadas de los artículos 5 del Tratado de Creación del Tribunal, 38 de la Decisión 344 de la Comisión y de las Resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General), el Tribunal señaló: «El ordenamiento comunitario se compone, principalmente, de dos tipos de normas jurídicas que son "originarias", "primarias", o "constitucionales", las unas, contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, con sus respectivos y

## 2.1 LAS FUENTES PRIMARIAS

Las denominadas fuentes primarias —básicas, originarias o de origen—<sup>4</sup> estarían conformadas por las normas constitutivas o fundacionales de este esquema de integración, a saber: los tratados internacionales que han creado o modificado el proceso de integración andino. Se trata, por tanto, de normas constitucionales de naturaleza convencional, cuya interpretación se rige por los principios generales de interpretación aplicables a cualquier tratado internacional.

Los Estados retienen el poder constituyente en el ámbito del Derecho de Integración en la medida en que son ellos los que le atribuyen a la organización supranacional de integración<sup>5</sup> competencias y funciones en los tratados fundacionales. Por esa razón, las reformas a estos acuerdos fundantes requieren la intervención del poder constituyente, que, en este caso, radica en los Estados miembros.<sup>6</sup>

En este sentido, dentro de este primer grupo de fuentes se encontrarían el Acuerdo de Integración Subregional del 26 de mayo de 1969, celebrado en la ciudad de Cartagena entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú; la Declaración de Compatibilidad con el Tratado de Montevideo (Resolución 179 del ALALC); los instrumentos que determinaron la adhesión de Venezuela al Acuerdo (29 de noviembre de 1973); los acuerdos que formalizaron la separación de Chile (5 de octubre de 1976); y los protocolos modificatorios del Acuerdo de 1969 (el Protocolo de Lima del 30 de octubre de 1976, el Protocolo de Arequipa del 21 de abril de 1978, el Protocolo de Quito del 12 de mayo de 1987, el Acta de Trujillo del 10 de marzo de 1996 y el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996). Asimismo, forma parte de este primer grupo de fuentes el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 28 de mayo de 1979, así como sus posteriores modificaciones.

De lo anterior, algunos podrían concluir que las fuentes primarias no comprenderían otros acuerdos internacionales celebrados para promover la integración andina en otros sectores. Este es el caso del Convenio Andrés Bello sobre educa-

---

ya numerosos Protocolos modificatorios; y, "derivadas" o "secundarias", las otras, que son las contenidas en las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, y en las Resoluciones de la Secretaría General».

<sup>4</sup> URIBE RESTREPO, Fernando. *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 78.

<sup>5</sup> Cuando usamos el término «organización supranacional», estamos haciendo énfasis en la presencia de un poder distinto y por encima del Estado. No olvidemos que el prefijo *supra* quiere decir arriba o sobre. Sin embargo, como bien lo señala ORELLANA, la supranacionalidad «no sacrifica el Estado-Nación, simplemente atenúa su soberanía en mayor o menor medida y según los alcances de las competencias que transfiere a la organización de la que forma parte». ORELLANA, Manuel. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>6</sup> *Ib.*, p. 67.

ción, ciencia y cultura; el Convenio Simón Rodríguez en materia laboral y social; o el Convenio Hipólito Unanue, en el ámbito de la salud.<sup>7</sup> Tampoco estarían comprendidos dentro de las fuentes primarias —para este sector de la doctrina— el tratado que crea el Parlamento Andino,<sup>8</sup> los que crean la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas, y el Acta Constitutiva de la Asociación de Empresas Estatales de Telecomunicaciones del Acuerdo Subregional Andino (ASETA).<sup>9</sup> Sin embargo, esta posición basada en la literalidad de la norma (falta de mención expresa de estos acuerdos) carece de mayor sentido, pues se trata de acuerdos internacionales que persiguen el mismo objetivo. En este sentido se manifiesta Castro, quien basado en el literal e) del artículo 1° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, incluye como parte de este ordenamiento, todos estos acuerdos dentro de las fuentes primarias del Derecho Comunitario Andino.<sup>10</sup>

## 2.2. LAS FUENTES DERIVADAS

De otro lado, se encontrarían las denominadas fuentes secundarias o derivadas, que no estarían constituidas por tratados ni convenios,<sup>11</sup> sino que estarían compuestas por las normas dictadas por ciertos órganos comunitarios que, ejerciendo la competencia que les ha sido atribuida por los Estados miembros en el tratado fundacional, elaboran normas obligatorias.

Dentro de este grupo, encontramos, en primer lugar, las «decisiones» dictadas por la Comisión de la Comunidad Andina<sup>12</sup> y el Consejo Andino de Ministros

<sup>7</sup> ANDUEZA, José Guillermo. «La Aplicación Directa del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986, p. 34.

<sup>8</sup> Según la Secretaría General, en opinión señalada en la Resolución 341, la enumeración del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia es taxativa, y, por lo tanto, el Tratado de creación del Parlamento Andino no forma parte del Ordenamiento Jurídico Andino. Véase TANGARIFE, Marcel. «Sistema Jurisdiccional en el Proceso Andino». En: *Integración y Supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001, p. 160.

<sup>9</sup> PICO MANTILLA, Galo. *Derecho Andino*. Quito: Tribunal del Acuerdo de Cartagena, 1989, p. 21.

<sup>10</sup> CASTRO BERNIERI, Jorge. «Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina». *Agenda Internacional*, año VIII, n.º 16, 2002, p. 84. El artículo citado señala «otros convenios adoptados por los países miembros de la Comunidad Andina en el marco del proceso andino de integración».

<sup>11</sup> CASTRO BERNIERI, Jorge. *Constituyente e Integración. La Consolidación de los Beneficios de la Integración en la Nueva Constitución Venezolana*. Caracas: Torino, 1999, p. 17.

<sup>12</sup> De acuerdo con el artículo 21° del Acuerdo de Cartagena, «La Comisión expresará su voluntad mediante Decisiones». El artículo 26° del mismo Acuerdo señala que estas Decisiones serán adoptadas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y establece cuatro excepciones: a) las materias incluidas en el Anexo I, que deben ser aprobadas por mayoría absoluta sin que haya voto negativo; b) los casos que se enumeran en el Anexo II, que deben ser aprobados por mayoría absoluta y sin voto negativo; c) las materias relacionadas con el régimen

de Relaciones Exteriores; y, en segundo lugar, las «resoluciones» dictadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.<sup>13</sup>

Las decisiones pueden tener un contenido muy variado que va desde normas jurídicas, decisiones administrativas o financieras, hasta decisiones destinadas a controlar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo. Estas decisiones dictadas o por la Comisión o por el Consejo Andino pueden versar sobre la política general del acuerdo, la coordinación de planes de desarrollo y la armonización de políticas económicas de los Países Miembros, entre otras cuestiones.

En cuanto a las resoluciones, éstas suelen ser normas derivadas y reguladoras del Acuerdo.

### 2.3. LAS FUENTES COMPLEMENTARIAS

En un tercer nivel normativo, encontramos a los Convenios de Complementación en el sector industrial, que son acuerdos celebrados entre dos o más Estados miembros de la Comunidad Andina con el propósito de impulsar determinado sector de la industria. Así lo señala el artículo 62° del Acuerdo de Cartagena, al disponer que dichos Convenios «tendrán por objeto promover la especialización industrial entre los Países Miembros y podrán ser celebrados y ejecutados por dos o más de ellos».

Se trata, entonces, de una fuente normativa distinta que no puede ser ubicada dentro de las fuentes secundarias, en la medida en que se trata de normas de naturaleza convencional, a diferencia de las decisiones y resoluciones que no tienen dicho carácter, sino que derivan de decisiones dictadas por un órgano comunitario. Por lo demás, estos Convenios de Complementación poseen una jerarquía inferior a las dos normas señaladas. Por todo ello, creemos que estos Convenios configuran un tercer nivel dentro de las fuentes del Derecho Comunitario Andino.

Este es el caso del Convenio de Complementación en el Sector Automotor, suscrito el 13 de noviembre de 1993 entre Colombia, Ecuador y Venezuela, y destinado a fortalecer el intercambio comercial y el mercado andino en el ámbito automotor.<sup>14</sup> Sobre este particular, el Tribunal de Justicia Andino, en el Proceso N.º 5-AI-98, ha confirmado la obligatoriedad de estos acuerdos al señalar:

---

especial para Bolivia y Ecuador enumeradas en el Anexo III, que deben aprobarse por mayoría absoluta, contando con el voto favorable de Bolivia o Ecuador; y d) los Programas y los Proyectos de Desarrollo Industrial, que deben aprobarse por mayoría absoluta y siempre que no haya voto negativo.

<sup>13</sup> Artículo 29° del Acuerdo de Cartagena: «La Secretaría General se expresará mediante Resoluciones».

<sup>14</sup> Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 483 del 17 de setiembre de 1999. El artículo 1° de dicho acuerdo establece: «Celebrar el siguiente Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor que tiene por objeto la adopción de una política comunitaria con

Este convenio tiene como fundamento el Artículo 37 (actualmente 62) del Acuerdo de Cartagena, que estipula que los Convenios de Complementación Industrial tienen por objeto promover la especialización industrial entre los Países Miembros y podrán ser celebrados así como ejecutados por dos o más de ellos y que deben ser puestos en conocimiento de la Comisión. Asimismo, se basa en el Artículo 7 de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que establece: «los Países Miembros se comprometen a definir a la mayor brevedad una política común para el sector automotor» y que mientras se aprueba tal política Colombia, Ecuador y Venezuela podrán aplicar niveles arancelarios hasta del 40% para los vehículos automotores, y hasta del 5% a los vehículos y motocicletas desarmados. Prescribe, además, este artículo que la Junta, mediante Resolución publicará los Convenios de Complementación en el Sector Automotor que suscriban los Países Miembros y los acuerdos que se alcancen en el desarrollo de los mismos.

Si bien los Convenios de Complementación Industrial y específicamente los de Complementación en el Sector Automotor, no estuvieron expresamente mencionados en el Artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como formando parte del Ordenamiento Jurídico —lo que si sucede en el Artículo 1 del Protocolo Modificadorio de Cochabamba, de 28 de mayo de 1996—, el hecho legal es que el Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor suscrito el 13 de noviembre de 1993 entre Colombia, Ecuador y Venezuela, para fines de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, adoptó la calidad de Resolución de la entonces Junta, bajo el número 355, el 9 de diciembre de 1994, en atención a lo dispuesto por el Artículo 7 de la Decisión 370, publicada el 2 de diciembre de 1994.

Por lo anterior, el mencionado Convenio de Complementación, tiene plena vigencia y es de obligatorio cumplimiento a partir del 16 de diciembre de 1994, fecha de la publicación en la Gaceta Oficial N.° 168 de la referida Resolución 355 [el paréntesis es nuestro].<sup>15</sup>

En consecuencia, del propio artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la jurisprudencia dictada por este Tribunal se deriva que los convenios de complementación industrial son una fuente del Derecho Comunitario, aunque —como veremos más adelante— estén jerárquicamente por debajo del derecho originario y derivado.

#### 2.4 OTRAS FUENTES AUXILIARES

El carácter taxativo del artículo 1 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina haría pensar que el Derecho Comunitario Andino estaría limitado a su derecho positivo, no existiendo, por tanto, otras fuentes más allá de las expresamente señaladas en los párrafos anteriores.

---

el fin de facilitar una mayor articulación entre los productos subregionales, aprovechar los mercados ampliados de la región, así como subregional y un aumento de la competitividad y eficiencia».

<sup>15</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N° 5-AI-98*.

Sin embargo, si bien del artículo referido sólo se desprenden las tres fuentes ya comentadas, se entiende que el sistema jurídico andino también incluiría, entre sus fuentes, los principios generales del Derecho<sup>16</sup> y los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad Andina, tal como se da en el modelo europeo.

Sobre lo primero, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en numerosas ocasiones, ha hecho referencia a los principios generales subyacentes a los tratados fundacionales de la comunidad, a los principios generales del Derecho Internacional y a los principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros<sup>17</sup> como una fuente del Derecho Comunitario Europeo. En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha basado en estos principios generales para resolver ciertas causas.<sup>18</sup> Y es que muchas veces resulta necesario recurrir a estos principios no solo para llenar las lagunas que presenta el ordenamiento jurídico comunitario sino, también, para facilitar la evolución de este sistema normativo.

En consecuencia, los principios generales (tanto aquellos que provienen directamente del Derecho Internacional como aquellos que derivan de los diferentes sistemas jurídicos del mundo) deben ser considerados como una fuente auxiliar del Derecho Comunitario Andino.

Sobre lo segundo, es decir, respecto a los acuerdos internacionales que pueden ser suscritos por la Comunidad Andina, si bien estos tampoco se encuentran contemplados en el artículo 1° del Tratado de creación del Tribunal, todo haría pensar que ellos forman parte del ordenamiento jurídico andino. Estos acuerdos suscritos por la Comunidad con un tercero (sea un Estado o una organización internacional) derivan de la subjetividad internacional de este organismo, la misma que le confiere capacidad para celebrar tratados.<sup>19</sup>

En efecto, según el artículo 48° del Acuerdo de Cartagena: «La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional». Precisamente, para el ejercicio de esa subjetividad, el artículo 16°, literal d) del mismo Acuerdo faculta al Consejo Andino de Ministros de Relacio-

<sup>16</sup> URIBE RESTREPO, Fernando. *Op. cit.*, p. 94: «En la subregión andina puede afirmarse que existe un solo sistema jurídico aunque los derechos nacionales sean diferentes. Este sistema está compuesto por principios generales del derecho, [...] que se conocen y aplican en los cinco países». En el mismo sentido se pronuncia SÁCHICA, Luis Carlos y OTROS. *Op. cit.*, pp. 8 y 11.

<sup>17</sup> URIBE RESTREPO, Fernando. *Op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>18</sup> Véase las sentencias del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Procesos N.ºs 1-IP-88, 7-IP-89 y 3-AI-97 (Sentencia del 8 de diciembre de 1998)*. En este último caso, el Tribunal hace mención a los principios de Derecho Internacional codificados en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

<sup>19</sup> CHUECA SANCHO, Angel. «Aplicación de los Acuerdos Internacionales en el Orden Jurídico Comunitario». En: MARINO, Fernando (ed.). *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 294.

nes Exteriores a «suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación».

Así, por ejemplo, tenemos el caso del Acuerdo para el Establecimiento de un Mecanismo de Consulta Política y Cooperación entre la Comunidad Andina y la República Popular China, suscrito el 30 de marzo del 2000.<sup>20</sup> También el Acuerdo Marco para la Creación de una Zona de Libre Comercio entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR del 16 de abril de 1998, y el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica entre los Gobiernos de las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina, y el Gobierno de la República Argentina del 29 de Junio del 2000, entre otros.

Estos acuerdos vincularían no solo a la Comunidad sino, también, a los Estados miembros, en la medida en que la aplicación de dichos acuerdos exige el respeto de aquéllos e, incluso, en muchos casos, su colaboración activa. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el Asunto Kupferberg (26 de octubre de 1982):

Incumbe, pues, tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros asegurar el respeto de las obligaciones derivadas de tales acuerdos. Al asegurar el respeto de los compromisos derivados de un acuerdo concluido por las instituciones comunitarias, los Estados miembros cumplen una obligación no solamente respecto a los países terceros afectados, sino también y sobre todo respecto a la Comunidad que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del acuerdo.<sup>21</sup>

En relación con el hecho de que estos acuerdos internacionales forman parte de todo ordenamiento jurídico comunitario, existe también un pronunciamiento del Tribunal europeo en su sentencia dictada en 1974 en el Asunto Haegeman, en la que señaló: «Las disposiciones de este acuerdo forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor del mismo, del orden jurídico comunitario»; de lo cual, no solo se deriva el reconocimiento de dichos acuerdos como parte del derecho comunitario sino, también, su aplicabilidad directa en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Para concluir, es importante precisar que la costumbre no suele ser reconocida como una fuente del ordenamiento jurídico andino, principalmente porque el proceso de integración implica la cesión de competencias soberanas que deben ser plasmadas en tratados internacionales. En palabras de Sáchica, estos tratados constituyen un poder armado de la Comunidad para hacerse obedecer, pues su

<sup>20</sup> El artículo 1º de este tratado establece: «Las Partes deciden establecer formalmente un Mecanismo de Consulta Política y Cooperación con la finalidad de profundizar, fortalecer y diversificar los lazos de amistad, entendimiento y cooperación; y las relaciones comerciales, de inversión y culturales entre las Partes».

<sup>21</sup> CHUECA SANCHO, Angel. *Op. cit.*, p. 297.



fuerza proviene de la voluntad política de aquellos países consagrada precisamente en estos tratados fundacionales. Los cambios que se generan al interior de los Estados como resultado del proceso de integración son múltiples y pueden ser regulados por un tratado internacional.<sup>22</sup>

Lo mismo ocurre con la jurisprudencia y la doctrina, que, si bien constituyen mecanismos de apoyo y contribuyen a la evolución del ordenamiento jurídico andino, no implican normas de obligatorio cumplimiento.<sup>23</sup>

### 3. JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

En relación con la jerarquía de las fuentes del Derecho Comunitario Andino es importante precisar que no existe en el derecho positivo de la Comunidad ninguna norma expresa sobre el tema. No obstante ello, es posible inferir la existencia de esta jerarquía a partir de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico comunitario.<sup>24</sup>

En este sentido, del propio artículo 1° del Tratado que crea el Tribunal Andino se desprende que las normas del derecho originario (Tratados Constitutivos, Tratado de creación del Tribunal de Justicia y Protocolos Modificatorios) estarían ubicadas por encima de aquellas normas que constituyen el derecho derivado del ordenamiento andino (decisiones y resoluciones), así como de los acuerdos internacionales que regulan la vida externa de la comunidad; en la medida en que todas estas normas deben ser dictadas o celebradas de conformidad con el Tratado Constitutivo, cuyos parámetros deben respetar.

Sobre el particular, cabe citar la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina manifestada en el Proceso N.° 07-AI-99, en el que se reafirma lo

---

<sup>22</sup> Entre estos cambios se mencionan: 1. La transferencia del poder regulador en determinadas materias de interés común de los Estados a un órgano comunitario para alcanzar las metas de integración; 2. La creación de un órgano supranacional encargado de dictar las reglas aplicables al proceso de integración; 3. La presencia de un órgano jurisdiccional permanente con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, solucionar las controversias y asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los países miembros; y 4. La existencia de un sistema de cooperación entre el Tribunal Comunitario y el juez nacional para una aplicación uniforme de la ley. Véase SALAZAR MANRIQUE, Roberto. «Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)». En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA-COMUNIDAD EUROPEA-CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*. Quito: Artes Gráficas Señal, 1997, pp. 83-84.

<sup>23</sup> Nuestra opinión es contradicha por ANDUEZA, José Guillermo. *Op. cit.*, p. 34: «[...] ante la ausencia de la norma de Derecho Comunitario, se puede aplicar, como fuente subsidiaria, la costumbre jurídica, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina».

<sup>24</sup> PAOLILLO, Felipe. «El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». En: *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales, 1982.

antes dicho y se despeja toda duda en relación con la jerarquía de las fuentes originarias:

El propio Tratado de Creación del Tribunal determina en su artículo 1 la jerarquización de dicho orden jurídico, de tal forma que existe una relación de subordinación del derecho derivado con respecto al derecho originario.

Al analizar las fuentes del Derecho Comunitario, el Tribunal expresó que:

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

«El ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de derecho derivado o sobre los tratados que regulan las relaciones externas de la comunidad».<sup>25</sup>

Luego del derecho originario, se ubicarían los tratados celebrados por la Comunidad con otros Estados u organizaciones internacionales.<sup>26</sup> Definitivamente, estos gozan de una jerarquía mayor que las decisiones y resoluciones que conforman el derecho derivado; prueba de ello es que no es posible que, a través de estas últimas normas, se contravenga lo acordado por la Comunidad en un tratado internacional; ya que esta contradicción generaría la responsabilidad internacional de la Comunidad al infringir, a través de sus órganos, el compromiso internacional asumido.

Por lo demás, la primacía de estos acuerdos internacionales sobre el derecho derivado ha sido reconocida por la jurisprudencia europea desde 1973. Así tenemos la sentencia dictada el 7 de febrero de 1973 en el Asunto Schroeder, en la que el Tribunal afirmó la obligación de la Comisión Europea de respetar un compromiso internacional asumido por la Comunidad con Grecia.<sup>27</sup> Igual postura asumió el Tribunal en el Dictamen 1/91 del 15 de diciembre de 1991.<sup>28</sup> De esta primacía, señala Chueca Sancho, se derivan tres consecuencias:

1. El derecho derivado debe interpretarse según señalen los parámetros de los acuerdos internacionales vinculantes para la Comunidad.

---

<sup>25</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.*

<sup>26</sup> BOULOUIS, J. «Le Droit des Communautés Européennes dans ses rapports avec le Droit International Général». *RCADI*, 1992-IV, vol. 235, p. 75.

<sup>27</sup> CHUECA SANCHO, Angel. *Op. cit.*, pp. 302-303.

<sup>28</sup> *Ib.*, p. 303.

2. Las normas de derecho derivado contrarias a acuerdos internacionales no pueden aplicarse en el orden jurídico comunitario.
3. Tales normas de derecho derivado deben ser derogadas o modificadas, adecuando el orden jurídico comunitario a los compromisos internacionales válidamente asumidos por la Comunidad.<sup>29</sup>

De otro lado, las decisiones dictadas por la Comisión o por el Consejo Andino tendrán una jerarquía mayor o igual que las resoluciones de la Secretaría General, dependiendo del tipo de normas ejecutados por la Resolución. Como señala Castro:

Quando una Resolución de la Secretaría General ejecuta o desarrolla normas contenidas en una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, esa Resolución está sometida jerárquicamente a lo que establezca la Decisión respectiva. Sin embargo, cuando la Resolución ejecuta o desarrolla normas que vienen directamente de disposiciones de Derecho comunitario primario o constitucional, entonces la Resolución no está sometida a las normas de Decisiones, sino tan solo al propio derecho primario.<sup>30</sup>

Esta opinión tiene como base la jurisprudencia del Tribunal Andino, el mismo que ha señalado refiriéndose a la Secretaría General:

Tales facultades le permiten disfrutar de un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario no subordinado a las Decisiones de la Comisión por constituir actos de ejecución directa de normas del Acuerdo [...] Este rango jurídico igualitario entre las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta tiene razón de ser por cuanto en uno y otro caso el origen «legislativo» o «normativo» tiene fuente directa común en el Acuerdo de Cartagena.

Otra competencia distinta de la Junta es la de reglamentar o ejecutar las Decisiones de la Comisión; en este supuesto obviamente la jerarquía legal de las Resoluciones de la Junta es inferior y está supeditada a la de la Comisión.<sup>31</sup>

Finalmente, en el último escalón, se encontrarían los convenios de complementación industrial, que deben sujetarse al cumplimiento del derecho originario y derivado de la Comunidad Andina.

---

<sup>29</sup> *Ib.*, p. 309. Sobre el control judicial de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad puede consultarse MORENO GONZÁLES, Carlos. «El Control Judicial de los Acuerdos Internacionales celebrados por las Comunidades Europeas a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia, Parlamento Europeo c. Consejo de 7 de marzo de 1996, y Hoesch y RFA c. Bergrohr de 19 de octubre de 1989». En: MARIÑO, Fernando (ed.). *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1998.

<sup>30</sup> CASTRO BERNIERI, Jorge. «Reflexiones acerca del...», p. 85.

<sup>31</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 3-AI-98 del 11 de febrero de 1999*.

#### 4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Del análisis de la norma comunitaria andina es posible desprender ciertas características básicas y comunes a todas ellas. Estas características surgen de los primeros artículos del tratado constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, asimismo, han sido confirmadas en repetidas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal, que «ha destacado la importancia de estas características hasta el punto de considerar que la existencia misma del Derecho Comunitario andino depende de la presencia de tales atributos».<sup>32</sup>

##### 4.1 APLICACIÓN DIRECTA

Por la naturaleza misma de la norma comunitaria, esta debe ser aplicable directamente en el territorio de todos los Estados que componen el proceso de integración andino sin que sea necesario seguir un procedimiento o trámite especial de aprobación, recepción o incorporación de éstas en los ordenamientos jurídicos nacionales. En efecto, para que las normas comunitarias rijan por igual en cada uno de los Países Miembros, resulta necesario que éstas tengan una vigencia simultánea y directa en los ordenamientos internos de los Estados miembros del acuerdo;<sup>33</sup> de lo contrario, es decir, de poder los Países Miembros determinar la fecha de vigencia de cada norma comunitaria, podrían limitar su validez o alterar su eficacia.<sup>34</sup>

La doctrina coincide entonces en señalar como elemento clave de la aplicabilidad directa de la norma comunitaria la «incondicionalidad» de esta. El elemento de la incondicionalidad apunta a que la aplicación de la norma no debe estar subordinada a medida posterior alguna de los órganos comunitarios o de los Estados miembros. En este sentido, se consideran, por ejemplo, normas de aplicación directa aquellas que implican prohibiciones u obligaciones de no hacer que no exigen medida de ejecución alguna o que, en todo caso, requieran medidas de ejecución insignificantes. También aquellas normas que requieren algún grado de complementación, el cumplimiento de un plazo o la derogación o modificación de parte de la legislación interna de los países miembros. En todos estos casos, los Estados miembros no tienen ningún poder discrecional de apreciación.<sup>35</sup>

Esta característica se encuentra expresamente contemplada en el artículo 3º del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando se

<sup>32</sup> CHUECA SANCHO, Angel. *Op. cit.*, p. 309.

<sup>33</sup> *Ib.*, pp. 80-81. A esta figura la denomina Uribe «proceso de articulación o de incardinación», cuyo objetivo es implantar el derecho común en las distintas jurisdicciones nacionales en condiciones de igualdad.

<sup>34</sup> SÁCHICA, Luis Carlos y OTROS. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>35</sup> Véase ISAAC, Guy. *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 242.

ñala respecto a las decisiones y resoluciones que «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».<sup>36</sup> Sin embargo, es importante referir, en este punto, que el segundo párrafo de este mismo artículo faculta a requerir la incorporación de la decisión al derecho interno de los Estados cuando esta norma así lo estime oportuno, atribución que suele darse en determinadas normas comunitarias que requieren un desarrollo interno posterior que permita su cabal ejecución.<sup>37</sup>

Asimismo, la aplicación directa de la norma comunitaria ha sido consagrada por la jurisprudencia internacional europea y andina. Así, en el ámbito de la Comunidad Europea, este principio se consagró en la sentencia *Van Gend & Loos* del 5 de febrero de 1963 y en la sentencia *Simenthal* del 9 de marzo de 1978, en las que no solo se señaló la aplicación directa del ordenamiento comunitario en los derechos nacionales, sino que además se estableció la imposibilidad de plantear cuestiones constitucionales como limitación de dicho atributo. A nivel andino, la jurisprudencia en varias ocasiones ha señalado el mismo derrotero. En este sentido, se suele destacar la sentencia del 10 de junio de 1987, en la que se señaló lo siguiente:

[...] 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.<sup>38</sup>

Sin embargo, mayor claridad sobre este tema la encontramos en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso N.º 3-AI-96, en el cual no sólo se afirmó la aplicación directa de la norma comunitaria, sino que, también, se precisó la distinción entre este concepto y lo que se conoce como el efecto directo de la norma comunitaria.<sup>39</sup> Así, se afirmó:

<sup>36</sup> PICO MANTILLA, Galo. *Op. cit.*, p. 48. En consecuencia, la publicación de la norma comunitaria en diarios oficiales de los Estados miembros de la Comunidad Andina no tiene ninguna consecuencia jurídica, en tanto la vigencia de esta norma depende de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Véase CASTRO BERNIERI, Jorge. «Reflexiones acerca del...», p. 88.

<sup>37</sup> URIBE RESTREPO, Fernando. *Op. cit.*, p. 82; ANDUEZA, José Guillermo. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>38</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Sentencia del Nulidad de 10 del junio de 1987*, publicada en la Gaceta Oficial N.º 21 del 15 de julio 1987.

<sup>39</sup> En relación con el efecto directo de la norma comunitaria, hoy nadie discute que ésta puede crear directa o indirectamente derechos y obligaciones para los particulares, nacionales de los Estados miembros. En este sentido, es posible que la norma misma y de manera directa imponga obligaciones o cree atribuciones a favor de los particulares, pero también es posible que esta atribución se produzca de manera indirecta. Así, por ejemplo, el hecho de designar a los Estados miembros como sujetos de la obligación de abstenerse de realizar una conducta no implica que

Efecto Directo.- Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos «generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales», permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

Dámaso Ruiz-Jarabo, al tratar este punto dice que: «con la denominación de eficacia directa del derecho comunitario se hace referencia a su aptitud para originar, por sí mismo, derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares».

R. Lecourt, Ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió este principio, diciendo que «es el derecho de cualquier persona de pedir al Juez la aplicación de los Tratados, los Reglamentos, las Directivas o las Decisiones comunitarias, es la obligación del Juez de hacer uso de esa norma cualquiera que sea la legislación del País al que pertenece. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo en las relaciones de los particulares entre si, sino también en las relaciones entre los particulares y el Estado miembro del que son ciudadanos».<sup>40</sup>

Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales.

En conclusión, las Resoluciones de la Junta de acuerdo a las normas comunitarias, a la doctrina y Jurisprudencia de este Tribunal, al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico andino, son de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares.<sup>41</sup>

Por tanto, mientras la aplicación directa apunta a que la norma comunitaria debe ser aplicable al ordenamiento jurídico interno de los Países Miembros una vez esta es publicada en la Gaceta Oficial y sin necesidad de acto alguno de incorporación, el efecto directo establece que las normas comunitarias pueden crear derechos y obligaciones para los particulares, y no solo para los Países Miembros.<sup>42</sup>

---

los nacionales de estos no puedan ser los beneficiarios de la norma. En consecuencia, el destinatario formalmente señalado en la norma comunitaria no es lo importante sino el destinatario final. Véase ISAAC, Guy. *Op. cit.*, pp. 239-241.

<sup>40</sup> LECOURT, R. *L'Europe des juges*. Bruselas: Bruylant, 1976, p. 248.

<sup>41</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 3-AI-96*. Asimismo, véase el Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.

<sup>42</sup> CASTRO BERNIERI, Jorge. *Constituyente e Integración...*, pp. 18-19. De los efectos directos de la norma comunitaria se deriva la doble responsabilidad de los Estados miembros de la Comunidad, es decir, la responsabilidad que éstos tienen frente a los demás países miembros y órganos de la Comunidad Andina, así como la responsabilidad frente a sus propios ciudadanos, indivi-

Más recientemente, en 1999, el mismo Tribunal de Justicia ha confirmado esta primera característica de la norma comunitaria andina al señalar:

La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria «como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno». «Para el derecho europeo —dice Muñoz Machado— una regla o norma goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio». El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer define el principio manifestando que «la aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla». El mismo tratadista al referirse al principio de la aplicación directa del derecho comunitario ha dicho: «El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía».

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocido a partir de la sentencia *Van Gend & Loos*, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia *Simmenthal*, 1978, en la que se 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 afecta, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario [...]».

Pues bien, en la Comunidad Andina de Naciones la aplicabilidad directa del derecho comunitario deriva de las propias normas positivas de carácter constitutivo u originario.

Estas características se reafirman y profundizan con la expedición del Protocolo de Cochabamba, instrumento por el cual se introducen al Tratado de Creación del Tribunal Andino importantes modificaciones.<sup>43</sup>

---

duos o empresas. Este sistema de doble responsabilidad «es reflejo de un sistema participativo de integración, basado en la idea de una Comunidad de ciudadanos». Véase CASTRO BERNIERI, Jorge. «Reflexiones acerca del...», p. 91.

<sup>43</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999*. La aplicación directa ha sido también afirmada por el Consejo Presidencial Andino

Por último, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para la aplicación directa de la norma comunitaria, se ha pronunciado sobre la inconveniencia de la reiterada práctica desarrollada por los Estados miembros de incorporar las normas comunitarias andinas al derecho interno mediante normas nacionales. Si bien el propósito de los Estados puede ser difundir la norma comunitaria al interior del territorio nacional, este hecho puede generar distorsiones. Así, ha establecido:

Finalmente, estima conveniente el Tribunal, pronunciarse una vez más sobre lo inconveniente que resulta y la amenaza que representa para la intangibilidad del ordenamiento jurídico comunitario, el hábito adoptado por algunos países de reproducir, incorporándolas en instrumentos jurídicos de derecho interno, las normas del ordenamiento comunitario con el fin de darles publicidad en sus respectivos periódicos, boletines o registros oficiales. Se ha dicho hasta la saciedad que las normas del ordenamiento jurídico comunitario rigen, por lo general, en todo el territorio de la comunidad, que es, por supuesto, el de todos y cada uno de los Países Miembros, de manera inmediata y directa, luego de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. No es necesario ni conveniente, y podría representar una violación al ordenamiento jurídico andino, que cada uno de los países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno, cuya vigencia está sujeta a la publicación en el correspondiente medio de divulgación oficial. Ello podría, incluso, generar en el proceso de aplicación de las normas el fenómeno conocido como conflicto de la ley en el tiempo, ya que haría suponer que la norma andina no entró en vigencia sino hasta cuando fue reproducida y publicada por el país correspondiente.

La situación anteriormente descrita adquiere contornos más dramáticos en la medida en que el texto que se publica por el País Miembro difiera del publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.<sup>44</sup>

Finalmente, habría que afirmar que no resultaría admisible que un Estado miembro alegue su derecho interno para eximirse de reconocer la aplicación directa de las normas comunitarias andinas, en tanto que estas últimas tienen carácter prevalente sobre las normas nacionales, como veremos a continuación.

#### 4.2. APLICACIÓN PREFERENTE

La segunda característica de las normas comunitarias en general y de las normas comunitarias andinas en particular es su aplicación preferente respecto a las normas nacionales, independientemente del rango de estas últimas, en caso ambas entren en conflicto.<sup>45</sup> Ello implica la suspensión mas no la derogación de la nor-

---

en 1991 al reiterar: «el principio de la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, (y al) instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión».

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> Véase MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Principios de articulación de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Constitucionales para su Aplicación Efectiva». En: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: Civitas, 1986, p. 503.



ma interna opuesta para dar paso a la aplicación de la norma comunitaria y, asimismo, abre la posibilidad de emplear los procedimientos internos de anulación de aquellas disposiciones nacionales que traben su cumplimiento.

Esta característica de la norma comunitaria fue afirmada por la Comisión de la Comunidad Andina en un pronunciamiento aprobado durante su vigésimo noveno período de sesiones ordinarias desarrollado en la ciudad de Lima, del 29 de mayo al 5 de junio de 1980.<sup>46</sup> Este principio también ha sido consagrado por la jurisprudencia dictada en el ámbito de la integración europea y andina.

Así, en el ámbito de las Comunidades Europeas, destaca la sentencia del 15 de julio de 1964 en el Asunto Costa/Enel. Esta afirmó lo siguiente:

[...] el tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales [...]; esta integración en el derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuente comunitaria, y más en general, los términos y el espíritu del tratado, tienen como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento.

[...] la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno a favor del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña [...] una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad.

[...] la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado.<sup>47</sup>

La jurisprudencia europea también ha señalado el carácter prevalente de la norma comunitaria sobre la norma constitucional de los Estados miembros. En este sentido, pueden consultarse las sentencias del 17 de diciembre de 1970, del 17 de mayo de 1972, del 8 de febrero de 1973 y del 17 de diciembre de 1980.<sup>48</sup>

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha afirmado también, en múltiples decisiones, el carácter prevalente de la norma comunitaria sobre las normas internas de los Países Miembros. En su sentencia dictada el 3 de diciembre de 1987, el Tribunal precisó:

---

<sup>46</sup> SALAZAR MANRIQUE, Roberto. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>47</sup> ISAAC, Guy. *Op. cit.*, pp. 256-257.

<sup>48</sup> *Id.* No obstante, cabría dejar constancia que los Tribunales Constitucionales de los Estados europeos se resisten muchas veces a aceptar la preeminencia del Derecho Comunitario sobre la Constitución.

[...] 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 de mayo-5 junio 1980) cuando declaró la validez plena de los siguientes conceptos: [...] 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.<sup>49</sup>

Asimismo, en el Proceso N.º 2-IP-88, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se refirió a esta característica de la norma comunitaria, precisando su significado y alcances, y distinguiéndola en cuanto a sus efectos de la derogación en los siguientes términos:

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 del 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978).<sup>50</sup>

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue 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 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 aplicables 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.

<sup>49</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Sentencia del 3 de diciembre de 1987*, publicada en la Gaceta Oficial N.º 28 el 15 de febrero de 1988.

<sup>50</sup> En este caso, el Tribunal señaló: «El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de garantizar el pleno efecto de esas normas dejando, si es necesario, sin aplicar, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que pedir o esperar la eliminación previa de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional». CJCE, *Simmenthal*, Asunto 106/77, Rec. 629, 1978.

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.<sup>51</sup>

En el mismo sentido, tenemos la sentencia del 26 de octubre de 1989 del mismo Tribunal, así como las dictadas en los Procesos N.ºs 2-IP-90, 6-IP-93 y 10-IP-94. En estas sentencias y, particularmente, en la segunda, se ha señalado que el carácter preferente de la norma comunitaria andina implica dos obligaciones básicas para los Estados miembros: adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino y no hacer, adoptar ni emplear medida alguna contra dichas normas de tal manera que se obstaculice su aplicación.<sup>52</sup> Esta doble obligación fue también señalada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso N.º 1-AI-96:

La preeminencia conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo de modo que cuando se trate de aplicar normas legales a actuaciones jurídicas contempladas en el derecho de integración, deberá acudir al ordenamiento comunitario con preferencia sobre el derecho interno. Sobre este particular el artículo 5 impone a los Países Miembros dos obligaciones básicas: una de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario; y la otra, obligación de no hacer, a fin de que no se adopten medidas que contraríen u obstaculicen el derecho comunitario. Por la obligación de no hacer, los Países

---

<sup>51</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 2-IP-88, Sentencia del 25 de mayo de 1988*, publicada en la Gaceta Oficial el 26 de julio de 1988. Aquí la Corte Suprema de Justicia de Colombia solicitó una Interpretación Prejudicial ante un supuesto conflicto entre los artículos 56, 58, 76, 77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y el artículo 454 de la Ley 9ª de 1979 de Colombia.

<sup>52</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 6-IP-93*, publicada en la Gaceta Oficial N.º 150 del 25 de marzo de 1994. En su Sentencia dictada en el Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999, el Tribunal señaló: «Los principios de aplicación directa y preeminente, a los que antes se hizo referencia, no dejan espacio para que cada uno de los países emita disposiciones de derecho interno, so pretexto de que éstas viabilizan la aplicación en su territorio de las normas comunitarias. Si tal facultad llegara a existir y cada País Miembro pudiera, de manera general y obligatoria plasmar en normas jurídicas de derecho interno sus criterios y particulares concepciones sobre la forma de aplicar las normas comunitarias y sobre el entendimiento que debe dársele a su contenido, no podríamos hablar de un ordenamiento jurídico común, sino de tantos ordenamientos cuantos Países Miembros existieran. Así las cosas, no le era dable al Gobierno peruano bajo ningún respecto dictar una norma de derecho interno para “precisar”, “aclarar” o “interpretar” disposiciones contenidas en una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina. Al hacerlo se vulneraron principios y normas del ordenamiento jurídico comunitario y se asumieron irregularmente competencias de naturaleza legislativa propias de Organismos Superiores de la Comunidad, lo cual configura una conducta de incumplimiento que es incompatible con las obligaciones adquiridas por el País Miembro demandado al ingresar y hacerse parte de dicha Comunidad».

adquieren el compromiso de no adoptar actitudes o expedir actos —sean legislativos, judiciales, ejecutivos, administrativos o de cualquier otra naturaleza— que puedan contradecir u obstaculizar la aplicación del Régimen Jurídico Andino. Estas obligaciones se refieren tanto al respeto del derecho primario como del derivado.<sup>53</sup>

De lo expuesto por el Tribunal en estos casos se desprende que, si un Estado miembro de la Comunidad Andina expide una norma interna contraria al Derecho Comunitario, ello implicaría una grave violación de las obligaciones comunitarias.<sup>54</sup> Esta consecuencia también se desprende del artículo 4° del Tratado de creación del Tribunal Andino, que establece 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», así como a «no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas».

En consecuencia, es imposible aceptar la pretensión de un Estado de incumplir una norma comunitaria andina alegando que ésta transgrede su derecho interno (legal o constitucional). En palabras de Pescatore:

Cuando un Estado se adhiere a un sistema comunitario debe considerar y resolver los problemas de orden constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé, pero una vez que ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver. [...] Lo que resultaría entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando «a posteriori», obstáculos constitucionales. Tales actitudes señalarían bien una imprevisión, bien la mala fe. Un Estado no puede oponer, pues, una norma cualquiera de su derecho interno, incluida las normas constitucionales, para sustraerse a los compromisos que ha contraído válidamente según el derecho internacional.<sup>55</sup>

Este principio también ha sido consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dictada en el Proceso N.º 2-IP-88, en el cual se señaló:

Estos (los Estados Miembros), 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

<sup>53</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AI-96*, del 30 de octubre de 1996. Acción de Incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República del Ecuador. En el mismo sentido véase la sentencia dictada en el Proceso 07-AI-99, del 12 de noviembre de 1999, y en el Proceso N.º 43-AI-99.

<sup>54</sup> URIBE RESTREPO, Fernando. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>55</sup> PESCATORE, Pierre. «Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario». *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid, 1981, pp. 348-349.

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 (hoy 4), segunda parte, del Tratado del 26 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal.<sup>56</sup>

Para concluir cabría señalar que las medidas de simple ejecución de una norma comunitaria que en casos concretos pudiera adoptar un País Miembro tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y prevalente propio de dichas regulaciones. Asimismo, el Estado no puede alegar la necesidad de cumplir con otra obligación internacional previamente adquirida como justificación para incumplir otra obligación comunitaria. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

En fallo reciente este Tribunal ha sido concluyente al manifestar acerca de la jerarquía del ordenamiento jurídico comunitario, que: «el argumento resulta inaceptable para el Tribunal, en primer lugar, porque supone, sin razón valedera, la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes de carácter internacional que permitirían que los Países Miembros justificaran sus actuaciones a su elección, sujetándose al que encontrarán más conveniente y dejando de cumplir el que les resultara desfavorable o inconveniente y que, en esa medida, uno fuera subalterno o dependiente del otro; y, en segundo lugar, porque pretende la convalidación, a contrapelo de lo que expresan las normas comunitarias, de la facultad de emitir normas de derecho interno con la finalidad de ajustar o hacer compatibles las normas comunitarias a los otros ordenamientos internacionales a los que también estén sujetos, de manera individual o conjuntamente con los otros países andinos, cuando, a su juicio, se presente entre tales ordenamientos alguna incongruencia o discordancia».

El razonamiento es inaceptable porque vulnera dos de los principios esenciales de la naturaleza jurídica del ordenamiento comunitario andino como son el de autonomía y el de preeminencia, sobre los cuales el Tribunal ha venido, con fundamento en las normas constituyentes del Acuerdo de Cartagena, elaborando copiosa jurisprudencia, que ahora reitera para desestimar el argumento referido.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Proceso N.º 2-IP-88*, del 25 de mayo de 1988 (los paréntesis son nuestros).

<sup>57</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 14-AN-2001*, del 1 de febrero del 2002. Acción de Nulidad interpuesta por el abogado César Moyano Bonilla contra los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 expedida por la Comisión de la Comunidad Andina. Véase, también, el Proceso N.º 89-AI-2000, publicado en la Gaceta Oficial N.º 722, del 12 de octubre de 2001, y también la sentencia del 21 de julio de 1999 dictada en el Proceso N.º 7-AI-98. En esta última, el Tribunal señaló: «La circunstancia de que los países miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial del Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no solo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan».

#### 4.3. APLICACIÓN INMEDIATA

La tercera y última característica de la norma comunitaria andina está referida a su vigencia inmediata en el territorio de los Estados miembros una vez que esta es aprobada o publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina.

En un principio, el Acuerdo de Cartagena no precisó cuándo entraban en vigor las normas comunitarias, con lo cual se dejaba en libertad a los Estados miembros para definir en cada caso la fecha de entrada en vigor en el derecho interno. Esta posibilidad traía, como consecuencia lógica, una falta de uniformidad en la vigencia interna de estas normas, y eso contradecía el carácter unitario del Derecho Comunitario Andino.

Sin embargo, esta situación no duró por mucho tiempo. El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina resolvió este problema. Así, en relación con las decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el artículo 2º establece que ellas obligan a los Países Miembros desde la fecha de su aprobación. Por otro lado, en cuanto a las resoluciones, el artículo 1º de la Decisión 219 dispone que dichas normas entrarán en vigor a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Como podemos apreciar, la vigencia de las normas comunitarias es inmediata, en tanto que basta la aprobación de la decisión o la publicación de la resolución para que éstas puedan regir al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Sobre este particular, la jurisprudencia europea ha sido muy clara al señalar que el Derecho Comunitario, original o derivado, es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o, según una mejor fórmula, forma parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros. Así lo ha establecido el Tribunal europeo en el asunto *Simmenthal* del 9 de marzo de 1978. En consecuencia, según Isaac, la aplicabilidad inmediata de la norma comunitaria implica tres consecuencias:

1. el derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin necesitar ninguna fórmula especial de introducción;
2. las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario; [y]
3. los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario.<sup>58</sup>

Se debe precisar, finalmente, que la aplicación inmediata tan solo es aplicable a la norma comunitaria andina derivada o secundaria, y no a las normas originarias, en tanto estas últimas entran en vigor de acuerdo con las disposiciones del

---

<sup>58</sup> ISAAC, Guy. *Op. cit.*, p. 235.

propio tratado y lo que establezcan los derechos nacionales en materia de aprobación de tratados. En este sentido, las normas primarias entran en vigor en la fecha en que el último de los cinco Países Miembros, una vez cumplido el procedimiento interno de aprobación del tratado, notifique tal circunstancia a las instituciones comunitarias.<sup>59</sup>

Vistas las tres características de la norma comunitaria, toca ahora analizar las diferentes acciones o recursos que, al interior del ordenamiento jurídico andino, pueden plantearse para alcanzar el respeto y cumplimiento de este ordenamiento.

## 5. LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

El control y fiscalización del cumplimiento del Derecho Comunitario Andino se produce a través de un conjunto de acciones y mecanismos previstos por ese mismo ordenamiento. Estos pueden ser activados por los Estados miembros, por los órganos comunitarios e, inclusive, por los particulares.

Esta tutela del ordenamiento comunitario corresponde básicamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ante el cual es posible recurrir a través de cuatro acciones judiciales concretas.

### 5.1 EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS COMUNITARIOS

El principio de legalidad, presente en todo *estado de derecho*, consiste en que un funcionario o agente del Estado no puede hacer sino aquello para lo que está previamente autorizado por ley, de forma tal que todo exceso, usurpación o desviación de poder tiene como consecuencia que los respectivos actos sean pasibles de anulación.<sup>60</sup> Precisamente, el ordenamiento jurídico andino prevé el control de la legalidad de los actos comunitarios a través de la acción de nulidad.<sup>61</sup>

Mediante esta acción los Países Miembros de la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y las personas naturales y jurídicas (estas últimas solo cuando las normas comunitarias impugnadas afectan sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos) pueden actuar contra las decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial que hayan sido dictados o celebrados en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino (artículos 17° y 19° del Tratado de Creación del Tribunal).

---

<sup>59</sup> CASTRO BERNIERI, Jorge. «Reflexiones acerca del...», pp. 86-87.

<sup>60</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. «La Acción de Nulidad en el Ordenamiento Jurídico Andino». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985 / Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986, pp. 47-48.

<sup>61</sup> SALAZAR MANRIQUE, Roberto. *Op. cit.*, p. 109.

La acción de nulidad presume entonces la existencia de un ordenamiento jurídico jerarquizado, en el que se persigue que las normas de inferior jerarquía sean dictadas de conformidad con las normas de jerarquía superior. En el caso específico del Derecho Comunitario Andino, se busca resguardar que las decisiones y resoluciones dictadas no transgredan el derecho primario u originario de jerarquía superior, así como que las resoluciones no transgredan una decisión adoptada por la Comisión o por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, o que los Convenios de Complementación se ajusten al derecho originario y derivado.

Precisamente, sobre el objeto que persigue la acción de nulidad, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado en su sentencia dictada en el Proceso N.º 24-AN-99:

Resulta por tanto de claridad meridiana que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho; sin que a ese respecto la norma transcrita precise otras condiciones restrictivas para el pronunciamiento del Tribunal acerca de la decisión de la acción de nulidad interpuesta en tiempo hábil.

Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico. [...].<sup>62</sup>

Generalmente, la práctica nos indica que la causal más frecuente para interponer la acción de nulidad es la extralimitación de competencias por parte de la Comisión o de la Secretaría. También se configura causal cuando se produce una desviación de poder o existen vicios en la formación de la norma, como, por ejemplo, cuando ésta se dicta sin seguir el procedimiento establecido o no se respetan las mayorías establecidas, cuando existe falta de motivación o motivación falsa, o cuando el contenido de la norma viola una estipulación de orden superior.<sup>63</sup> Se trata, por tanto, de una cuestión de puro derecho en la medida en que se discute la incompatibilidad entre dos normas de distinta jerarquía. En el mismo sentido, se ha manifestado el Tribunal de Justicia al señalar:

Conforme a lo expresado por la jurisprudencia andina, los motivos de impugnación en un proceso de nulidad son «todos aquellos que puedan afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma y pueden desembocar en la nulidad ab-

<sup>62</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 24-AN-99*.

<sup>63</sup> SÁCHICA, Luis Carlos y OTROS. «El Ordenamiento Jurídico...», p. 19; SÁCHICA, Luis Carlos. «La Acción de Nulidad...», p. 62.



soluta o relativa del acto» (Sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97. Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela, ya citada). Estas causales de anulación han sido concretadas por la jurisprudencia del Tribunal partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma, atinente al elemento formal del mismo; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho, que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de éste.

La incompetencia y el vicio de forma —tanto en la formación (irregularidad en el procedimiento) como en la expresión del acto— constituyen lo que la doctrina francesa conoce como la legalidad externa del acto, sobre los cuales se ejerce un control formal, mientras que la desviación de poder y la ilegalidad relativa al objeto y a la causa o motivos, configurarían los vicios que afectan la legalidad interna, sobre los cuales se ejerce un control material o de fondo de la actividad administrativa.<sup>64</sup>

Si asumieramos una interpretación más o menos restrictiva del ordenamiento jurídico comunitario, podríamos concluir que estarían fuera de control jurisdiccional las actuaciones de la Comisión, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Secretaría General que no tengan carácter normativo o que, teniéndolo, no revistan la forma de decisión y resolución, respectivamente. Asimismo, no podrían ser objeto de control las decisiones adoptadas en el marco de los convenios específicos de integración por órganos financieros como la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Andino de Reserva; por entidades políticas como el Parlamento Andino; y por organismos auxiliares como el Comité Consultivo y el Comité Económico y Social.<sup>65</sup> Tampoco serían materia de control los convenios celebrados por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, no obstante que estos podrían ser contrarios al ordenamiento jurídico andino.

Sobre este tema, la doctrina se pregunta precisamente qué sucede con aquellas disposiciones que no obstante tener carácter normativo no revisten la formalidad de una decisión o de una resolución. En estos casos, ¿cabrá interponer la acción de nulidad o estamos ante un conjunto de actos excluidos de control? La mayoría entiende que debería existir una reforma que habilitara, expresamente, la interposición de la acción de nulidad en estos casos y que, de igual forma, se debería establecer un control previo de los convenios celebrados por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.<sup>66</sup> En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expresamente ha excluido la posibilidad de ejercer la acción de nulidad contra resoluciones de la Secretaría General que contengan dictámenes de incumplimiento, en tanto estas son actos administrativos de trámite que no ponen fin a una actuación y contienen opiniones prejudiciales

---

<sup>64</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AN-98*.

<sup>65</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. «La Acción de Nulidad...», p. 55.

<sup>66</sup> *Ib.*, pp. 56 y 67.

en torno del incumplimiento de un País Miembro, que pueden ser o no acogidas por el Tribunal.<sup>67</sup> Así, tenemos la sentencia del 2 de febrero del 2000, dictada en el Proceso N.º 24-AN-99, y la sentencia dictada en el proceso N.º 46-AI-99. En esta última, el Tribunal expresó:

[...] resulta claro para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario decida acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile. El país Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General alegando ante el Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo. Igualmente es obligación del Tribunal cuando quiera que deba apreciar un dictamen de incumplimiento realizar, con base en las reglas de la sana crítica y de los poderes de juez, un análisis profundo del mismo, para determinar si lo acoge o lo desestima. [...]

Observa el Tribunal que el dictamen de incumplimiento, conforme se desprende de las normas del Tratado de Creación de este Tribunal, constituye un presupuesto procesal para iniciar una acción de incumplimiento y su finalidad no es otra que formalizar la posición de la Secretaría General en torno a una conducta contraventora del ordenamiento jurídico comunitario por parte de un País Miembro, con la finalidad de requerirle a éste que ponga fin al incumplimiento, y así evitar una fase contenciosa ante el Tribunal.

En efecto, la fase administrativa previa a la acción de incumplimiento concluye con un «dictamen [...] el cual deberá ser motivado» (Artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal), en el que se expresarán las razones que hayan llevado a la Secretaría General a la convicción de que un País Miembro ha quebrantado las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino; se fijará un plazo para poner fin a la contravención; y, cuando sea procedente, se indicarán los medios adecuados para restablecer la normativa comunitaria. El dictamen de incumplimiento, aunque se asemeja a una decisión motivada, no es materialmente Resolución, y, por tanto, no forma parte de las consagradas Resoluciones como tales por el Artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es decir de las solas susceptibles de impugnación a través de la acción de nulidad.

Las impugnaciones que un País Miembro —demandado en un proceso por incumplimiento— pudiere efectuar respecto de las consideraciones o motivos que la Secretaría General haya formulado en el Dictamen, únicamente pueden ser valoradas por el Tribunal dentro de la respectiva acción de incumplimiento, pero no a los fines de declarar la anulación o la invalidez de ese acto jurídico comunitario, sino con el objetivo de constatar y declarar con autoridad de cosa juzgada el demandado —y previamente

<sup>67</sup> TANGARIFE, Marcel. *Op. cit.*, p. 177.

dictaminado— incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento andino a los Países Miembros.<sup>68</sup>

No obstante la opinión del Tribunal, la doctrina andina no es pacífica en este punto. Así, para Tangarife, esta resolución es un acto administrativo que pone fin a una actuación al determinar la existencia o no de un incumplimiento, por lo cual debería de ser susceptible de ser cuestionada mediante la acción de nulidad.<sup>69</sup>

Por otro lado, en relación con las personas u órganos habilitados para interponer la acción de nulidad debemos formular ciertos comentarios. La posibilidad de que los particulares puedan deducir esta acción denota que, más allá del interés general que normalmente es protegido por la acción de nulidad, esta acción en el ámbito andino también protege el interés particular o privado, con lo cual parecería apartarse —según los entendidos— de su concepción clásica de acción pública o popular.<sup>70</sup> En todo caso, para que los particulares puedan interponer esta acción, se exige que estos cumplan con los requisitos de interés legítimo o afectación de un derecho subjetivo. En relación con estos requisitos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha precisado:

En el caso concreto de la nulidad la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares, sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio, por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas «afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos».

La norma vigente es pues, mucho más abierta que la del Tratado original, al manifestar qué tipo de elemento jurídico, objeto de garantía, se puede afectar al particular, esto es, bien sea en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos.

[...] Nada dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo posiblemente afectado pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo faculta sólo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre uno cualquiera de los elementos o factores acreditantes de la titularidad: o el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo.

El Particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares «tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino»; en segundo lugar, «porque como abogado tiene interés en el mantenimiento, respeto y cumplimiento del or-

---

<sup>68</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 46-AI-99*.

<sup>69</sup> TANGARIFE, Marcel. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>70</sup> SÁCHICA, Luis Carlos y OTROS. «El Ordenamiento Jurídico...», p. 20.

denamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se encuentra, para el caso que nos ocupa, tanto en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos como en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, pues si la Comisión no lo cumple, se rompe ese ordenamiento jurídico, imposibilitándose, así, el desenvolvimiento normal de la Comunidad Andina, lo cual me causa perjuicio, no sólo como abogado sino como persona sometida a dicho ordenamiento, pues como lo ha expresado el Tribunal "los individuos se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte, a la vez, en sujetos activos y obligados por el mismo".

En cuanto a la capacidad de los Estados miembros para interponer la acción de nulidad, el artículo 18 del Tratado de creación del Tribunal señala que los países miembros solo podrán ejercer esta acción en relación con aquellas decisiones o Convenios de Complementación que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo. Esta característica ha sido resaltada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al señalar en su sentencia de 1999: «También es del caso anotar como circunstancia diferenciadora la imposibilidad en que se encuentran de incoar esta acción los Países Miembros contra aquellas Decisiones de la Comisión que hubieren sido expedidas con su voto afirmativo». <sup>71</sup> De esta imposibilidad se deduce que, más allá de esta excepción expresamente contemplada, los Países Miembros podrán impugnar toda decisión o convenio no aprobado por ellos, así como todas las resoluciones, y que la Comisión, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Secretaría General podrán impugnar indiscriminadamente todos los convenios, así como todas las decisiones y resoluciones, aun las dictadas por ellas mismas. <sup>72</sup>

Sin embargo, no deja de ser discutible la limitación impuesta en el artículo 18° para los Estados miembros. Así, para algunos autores como SÁCHICA, no se entiende por qué un país no puede rectificar una actuación suya que, a posteriori, considere ilegal. <sup>73</sup> Otros autores entienden que la limitación encuentra justificación en el principio de que nadie puede alegar hecho propio, es decir, que, si contribuyó con su conducta a la ilegalidad, luego no puede cuestionar su decisión. No obstante, creemos, al igual que SÁCHICA, que este último argumento no es válido en la medida en que lo que interesa en la acción de nulidad es resguardar la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, más allá de si el Estado votó a favor o en contra de la decisión impugnada.

En cuanto al procedimiento, la acción de nulidad debe ser ejercitada dentro de los dos años siguientes de la fecha de vigencia de la decisión, de la resolución o del convenio que se pretende impugnar (artículo 20° del Tratado de Creación del Tribunal), y no afecta la vigencia y obligatoriedad de esta norma la simple apertu-

<sup>71</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 24-AN-99*.

<sup>72</sup> SÁCHICA, Luis Carlos y OTROS. «El Ordenamiento Jurídico...», p. 20; SÁCHICA, Luis Carlos. «La Acción de Nulidad...», p. 57.

<sup>73</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. «La Acción de Nulidad...», p. 56.

ra del proceso. La demanda debe reunir un conjunto de requisitos referidos en los artículos 35°, 36° y 37° del Estatuto del Tribunal; de lo contrario, el Tribunal, dentro de los cinco días siguientes de recibida la demanda, fijará un plazo razonable para que el demandante regularice su demanda. Si este plazo vence sin que se hayan subsanado las omisiones, el Tribunal devolverá la demanda.

Es importante insistir en que, en este proceso, no hay propiamente una *litis*, por lo cual no se corre traslado de la demanda.<sup>74</sup> Se trata como ya lo señalamos de una discusión de puro derecho, que tiene por objeto declarar la ilegalidad del acto impugnado y su posterior declaración de invalidez. De ello se deriva, también, que este proceso no pueda ser objeto de desistimiento o transacción; así lo ha establecido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al señalar:

Las características anotadas dan a esta acción comunitaria connotaciones emparentadas con las que en el derecho interno tienen las de nulidad: acción pública, de orden público, y el encontrarse en ellas comprometido el interés general; todo lo cual determina que sea accesible a todos o a la mayor parte de los sujetos del ordenamiento jurídico correspondiente y que, por la finalidad que comporta —la intangibilidad de dicho ordenamiento— no resulte pasible de desistimiento o de transacción.<sup>75</sup>

Una vez concluido el proceso, el Tribunal dictará sentencia. En caso de que el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la norma o convenio,<sup>76</sup> señalará los efectos de la sentencia en el tiempo (artículo 22 del Tratado de Creación del Tribunal), es decir, deberá determinar qué situaciones creadas por el acto anulado quedarán firmes y cuáles deben entenderse como anuladas. En consecuencia, una vez declarada la nulidad de la norma impugnada, esta dejará de formar parte del ordenamiento jurídico andino. En este extremo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado:

---

<sup>74</sup> *Ib.*, p. 60.

<sup>75</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 24-AN-99*.

<sup>76</sup> Como ejemplo de declaratoria de nulidad, podemos citar la Sentencia dictada el 1 de febrero del 2002, en el Proceso N.º 14-AN-2001, en la cual el Tribunal señaló: «respecto a la impugnación del artículo 279° de la Decisión 486, afirma el actor que la Comisión desconoció normas del Tratado de Creación del Tribunal al afirmar que el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes no vulnera la referida Decisión. El Tribunal encuentra válido el motivo de impugnación aducido por el demandante en la medida en que no es función de la Comisión expedir disposiciones de carácter general que, como la cuestionada, vendrían a exonerar de manera anticipada a los Países Miembros de posibles incumplimientos al suscribir con terceros países tratados públicos que estuvieran en contradicción con el ordenamiento jurídico comunitario andino. Dicha función ha sido deferida exclusivamente, y para que la valoración se haga en cada caso particular y concreto, al Tribunal de Justicia. De lo anterior resulta que es contrario al ordenamiento jurídico comunitario y particularmente a las normas del Tratado que regula las competencias y funciones del Tribunal de Justicia, el haber expresado en el artículo 279° que el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes es ejemplo de tratados que no vulneran la decisión 486. Procede entonces la declaración parcial de nulidad de la norma acusada, suprimiendo de su texto la expresión que dice [...] tales como el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes».

[...] en el contencioso comunitario andino de anulación el fallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada, puesto que la controversia se desenvuelve en torno a esos dos extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de desconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.<sup>77</sup>

En general, las sentencias del Tribunal no requieren homologación o *exequatur* en ninguno de los Países Miembros y adquieren fuerza obligatoria (autoridad de cosa juzgada) a partir del día siguiente al de su lectura en audiencia pública (artículo 58 del Estatuto). Es posible enmendar la sentencia que contenga errores manifiestos de escritura o cálculo, ampliarla en caso se haya omitido pronunciamiento sobre ciertos puntos controvertidos, y aclararla en caso de ambigüedad (artículos 58 y 59). Sin embargo, estamos ante una instancia única, por lo cual no cabe recurso de apelación.

Finalmente, es importante referirnos a la posibilidad de solicitar y aplicar medidas cautelares. Y es que antes de resolverse definitivamente la causa, es posible solicitar, en este proceso, la suspensión provisional del acto impugnado con el propósito de evitar que continúe el perjuicio o que este se agrave. En efecto, la posibilidad de solicitar una medida precautoria está expresamente contemplada en el artículo 21 del Acuerdo de Cartagena que, si bien establece como principio general que la acción de nulidad no afecta la eficacia o vigencia de la norma impugnada (con lo cual, se consagra una presunción de legalidad de las normas comunitarias), agrega que el Tribunal podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la decisión, resolución o convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.

Sobre la presunción de legalidad, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los Procesos N.ºs 24-AN-99 y 1-AN-98, ha señalado lo siguiente:

[...] la presunción de legalidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta o Resoluciones de la Secretaría General, está consagrada por el derecho comunitario cuando establece en el Artículo 21 del Tratado del Tribunal, que la iniciación de la acción de nulidad no afecta la eficacia o vigencia de la norma impugnada, esto es, que hasta no producirse el fallo en firme dentro de la acción de nulidad, el acto demandado continúa en vigor y a él le son imputables las reglas concernientes a la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión a que se refiere el Artículo 3 del Tratado del Tribunal.

<sup>77</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 24-AN-99*.

En la misma línea jurisprudencial, este órgano comunitario ha esclarecido que la obligación de acatamiento de una norma comunitaria revestida de la presunción de legalidad —mientras no se impugne su validez— es un principio general de derecho que cobra mayor fuerza y se optimiza en su sistema de integración. (Sentencia emitida dentro del proceso de nulidad 05-AN-97 instaurado por la República de Venezuela contra la Resolución N° 430 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Dictamen Motivado N° 15-96; publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo N° 361 del 07 de agosto de 1998).

La finalidad esencial de la presunción de legalidad de los actos de carácter decisorio de la Administración comunitaria, va dirigida a garantizar la eficacia e inmediata ejecutividad de las Resoluciones, evitando de esta manera que la impugnación judicial por sí sola paralice la actividad administrativa de la Comunidad. En tal sentido, aparece como el principal efecto de la presunción de legalidad, el de trasladar al afectado la carga de interponer el respectivo recurso o acción contra el acto, si lo considera ilegítimo.<sup>78</sup>

No obstante, se trata como ya lo hemos señalado, de un principio que no es absoluto, pudiendo solicitarse la suspensión provisional del acto impugnado, en caso éste pudiere ocasionar perjuicios irreparables.

## 5.2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS

El Ordenamiento Jurídico Andino establece la acción de incumplimiento para controlar el comportamiento de los Estados miembros en relación con la normatividad andina.<sup>79</sup> Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso N.º 07-AI-99, al decir que esta acción, «establecida y regulada en los artículos 23º a 27º del Tratado de creación constituye el instrumento por excelencia, mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena».<sup>80</sup>

En cuanto a los requisitos que deben cumplirse para poder interponer esta acción, el Tribunal de Justicia ha señalado:

Anteriormente se ha expresado que para que se pueda incoar válidamente la acción de incumplimiento, deben satisfacerse previamente algunas exigencias legales, como son las que derivan de lo dispuesto por los artículos 23 y 24 del Tratado de Creación del Tribunal, y que nuevamente se resumen, con el objeto de precisar si ellas fueron observadas en este Proceso: a) La nota de observaciones o pliego de cargos dirigido por la Secretaría General al País Miembro inculpado de incumplimiento en la que se le hacen saber las circunstancias de hecho y de derecho que configuran la conducta

<sup>78</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AN-98*.

<sup>79</sup> SALAZAR MANRIQUE, Roberto. *Op. cit.*, pp. 109-110.

<sup>80</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999*. En el mismo sentido, véase la sentencia dictada en el Proceso N° 43-AI-99.

objeto de censura; b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para rendir explicaciones o para corregir o enmendar su conducta; y, c) el dictamen de incumplimiento, de ser el caso. Jurisprudencialmente se ha establecido, además, que debe existir correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento y, por supuesto, entre éstas y las que sirven de fundamento a la demanda.<sup>81</sup>

En la misma dirección, afirma el Tribunal la existencia de tres momentos procesales en el desarrollo de esta acción judicial:

Como presupuesto procesal de la acción de incumplimiento se establece la necesidad de agotar, ante la Secretaría General y también por parte de ésta, unos actos prejudiciales semejantes a los que constituyen el «agotamiento de la vía gubernativa» en los ordenamientos jurídicos nacionales. Tres son los pasos previos a la interposición de la demanda ante el Tribunal, bien sea que ésta la proponga la Secretaría General o bien que la formule alguno de los Países Miembros: Primero, la formulación de observaciones por escrito, hecha por la Secretaría General al País Miembro al que se imputa el incumplimiento (observaciones que se formulan de oficio, o por reclamo que presente un País Miembro o personas particulares). Segundo, la respuesta del país cuya conducta es objeto de las observaciones, la cual deberá realizarse dentro de un plazo que no excederá de dos meses. Y, tercero, la elaboración y emisión de un dictamen por la Secretaría General, el cual puede ser incumplimiento, en el caso de que así resulte cuando el País Miembro inculcado no haya dado respuesta a las observaciones o que éstas no sean satisfactorias; o, correlativamente, de cumplimiento si las explicaciones rendidas así lo ameritan.

En efecto, con el objeto de garantizar al País Miembro inculcado el derecho de defensa, tanto en la etapa prejudicial ante la Secretaría General como en el proceso ante el Tribunal, la jurisprudencia de éste ha señalado que las razones fundamentatorias del incumplimiento que se impute al País Miembro tanto en la nota de observaciones como en el respectivo y posterior dictamen, guarden congruencias entre sí y con la demanda que llegare a intentarse ante el Tribunal Andino para iniciar la subsiguiente vía judicial. Ha dicho [...]: «para este Tribunal Andino basta con que a su juicio exista suficiente congruencia en los tres momentos procesales, para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo a la controversia».<sup>82</sup>

En relación con las personas u órganos que pueden interponer esta acción, el ordenamiento comunitario andino habilita a los Países Miembros, a la Secretaría General y a los particulares (personas naturales o jurídicas). En el caso de la Secretaría, esta puede iniciar de oficio o a solicitud de algún País Miembro o de un particular la acción de incumplimiento, cuando se considere que un Estado ha incumplido las obligaciones emanadas de las normas o convenios que componen

<sup>81</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.*

<sup>82</sup> *Id.*



el ordenamiento jurídico andino.<sup>83</sup> Cuando la acción es promovida por algún País Miembro, este debe acompañar a su reclamo ante la Secretaría los antecedentes del caso.

Posteriormente, la Secretaría debe formular sus observaciones por escrito al país supuestamente infractor. Este debe responder dentro de un plazo que no podrá exceder los dos meses. Luego de recibida la respuesta o vencido el plazo de dos meses sin haber obtenido contestación, la Secretaría emite un dictamen estableciendo si existe o no incumplimiento. Si la Secretaría opina que existe incumplimiento y el país persiste en su conducta, esta puede llevar el caso ante el Tribunal de Justicia para obtener su pronunciamiento, con lo cual termina la fase administrativa<sup>84</sup> y se inicia la fase judicial. Entonces, será el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el que gozará de competencia exclusiva para determinar el incumplimiento o no del Estado. Así lo ha señalado este órgano judicial en su sentencia de 1999:

Sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano con la competencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial la existencia de un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino.<sup>85</sup>

En este punto, se debe precisar que si la Secretaría no interpone la acción ante el Tribunal dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su dictamen o si la Secretaría no emite dictamen dentro de los tres meses siguientes a la fecha del reclamo o el dictamen no fuera de incumplimiento, el Estado reclamante podrá demandar directamente ante el Tribunal (artículo 24° del Acuerdo de Cartagena).<sup>86</sup>

Una vez que el caso se encuentra bajo conocimiento del Tribunal, este podrá emitir sentencia definitiva y con carácter obligatorio para las Partes. En este sen-

<sup>83</sup> HURTADO LARREA, Estuardo. «Los Incumplimientos y la Acción Asignada a la Competencia del Tribunal». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986, p. 75.

<sup>84</sup> *Ib.*, p. 76: «Este trámite previo [...] fue establecido en el Tratado con la finalidad de que se llegue a un arreglo sin que un país o la Junta tengan que recurrir al Tribunal con una demanda que necesariamente produciría un impacto e implicaría la posibilidad de una sentencia condenatoria de un Tribunal de derecho y la imposición de sanciones, lo cual naturalmente afectaría al país demandado».

<sup>85</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 43-AI-99*.

<sup>86</sup> Se debe precisar que el ordenamiento jurídico andino impide la aplicación unilateral de contramedidas por parte de un Estado miembro ante el incumplimiento de otro Estado. Así lo señaló el Tribunal de Justicia en un asunto en el que Ecuador impuso una serie de medidas unilaterales limitando el ingreso de licores de Colombia, como respuesta a las restricciones aplicadas por los departamentos de este último país a los licores ecuatorianos. El Tribunal señaló que la conducta de Ecuador también constituía un incumplimiento. Véase CASTRO BERNIERI, Jorge. *Constituyente e Integración...*, p. 24.

tido, el Tribunal puede desestimar la demanda o considerar que la misma tiene fundamento.<sup>87</sup> Si el Tribunal declara el incumplimiento del Estado, este se encontrará obligado a adoptar las medidas pertinentes para cumplir con el fallo dentro de los dos meses siguientes a su notificación. Al respecto, ha precisado el Tribunal Andino:

En cuanto hace a la naturaleza de la acción de incumplimiento, ésta es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 (hoy 27) del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo determinado de tres meses, a partir de su notificación.<sup>88</sup>

Sin embargo, es posible que el Estado declarado culpable de incumplimiento se resista a ejecutar la sentencia. En esta situación extrema, se iniciará ante el Tribunal un procedimiento sumario a fin de imponer las sanciones correspondientes al Estado infractor. De este modo, el Tribunal, previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el Estado reclamante o los otros miembros podrán restringir o suspender las ventajas que el país infractor está obteniendo por su participación en el proceso de integración. Esta sanción busca, de alguna manera, compensar a los demás países, por lo cual más que una condena se le considera una medida de equidad.<sup>89</sup>

Un ejemplo de este procedimiento sumario lo tenemos en el Proceso N.º 1-AI-96 del 28 de julio de 1999, en el que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estableció, ante el incumplimiento por parte del Ecuador de la sentencia dictada en este mismo proceso:

Que, pese a ese cumplimiento parcial informado por la República del Ecuador, se encuentran vigentes 23 Resoluciones impugnadas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, expedidas contraviniendo el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, persistiendo así el incumplimiento de la mencionada Sentencia.

<sup>87</sup> Así, en el Proceso N.º 26-AI-2000 del 14 de marzo de 2001, el Tribunal de Justicia de la Comunidad desestimó la demanda interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia por presunto incumplimiento del artículo 5º del Convenio de Complementación en el Sector Automotor y 4º del Tratado de Creación del Tribunal.

<sup>88</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AI-96 del 30 de octubre de 1996* (el segundo paréntesis es nuestro). También véase el Proceso N.º 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.

<sup>89</sup> HURTADO LARREA, Estuardo. *Op. cit.*, pp. 76-77. Para conocer en detalle el procedimiento a seguir en este proceso sumario, véase el Reglamento Especial dado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 7 de mayo de 1999.

De conformidad con los artículos 25 del Tratado de Creación del Tribunal y, 10 del Reglamento sobre Sumarios por Incumplimiento de Sentencias adoptado por este Tribunal el 7 de mayo de 1999, y publicado en la Gaceta Oficial N° 455 de 2 de julio de 1999.

DECIDE:

Suspender las preferencias en materia de origen de que goza el Ecuador, conforme a los incisos d) y f) del artículo 2 de la Decisión 416 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por la que se concede un porcentaje del 60% del valor FOB de exportación de los productos, el cual en adelante será de 50% tal como se exige para Colombia, Perú y Venezuela.

La presente sanción se mantendrá vigente hasta que la República del Ecuador elimine totalmente las causas que motivan el incumplimiento de la Sentencia proferida por este Tribunal el 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96.<sup>90</sup>

Igual criterio se siguió en el Proceso N.º 1-AI-97 del 20 de octubre de 1999, en el procedimiento sumario iniciado a solicitud de la República del Perú contra Venezuela por incumplimiento de la sentencia dictada en este mismo proceso. Aquí el Tribunal se explayó un poco más sobre el significado del incumplimiento de las sentencias por parte de los Estados miembros, señalando:

Que el desacato a un fallo de tal naturaleza constituye la más grave ofensa de cuantas puedan inferirse al Ordenamiento Comunitario pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el de respeto a los fallos que dirimen una controversia en última y definitiva instancia.

Que cuando se desacata una sentencia no se causa un daño particular o concreto que pueda ser reparado con una medida compensatoria a favor de quien sufre el daño, como podría suceder en los casos de restricciones unilaterales al comercio de ciertos productos, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario al desconocer o ignorar la fuerza vinculante de las sentencias, razón por la cual las sanciones que se impongan en estos casos no tienen por que estar referidas ni guardar relación sólo con la gravedad del daño ocasionado por la conducta que dio origen a que se adelantara la acción de incumplimiento y se dictara la sentencia objeto del desacato, sino que, necesariamente, deben descansar en el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialéctico, es un hecho que afecta a todos los Países Miembros y a todos los Órganos y Entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración en el que la subregión viene empeñada desde hace más de 30 años.

En otro proceso sumario, al decretar la sanción al Estado de Venezuela por incumplir una sentencia del Tribunal, este último precisa claramente los límites

---

<sup>90</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N.º 1-AI-97 del 20 de octubre de 1999.

(temporal, espacial y material) dentro de los cuales los demás países miembros pueden restringir o suspender ventajas para el Estado infractor. Así:

DECIDE

Determinar los límites dentro de los cuales los Países Miembros podrán restringir o suspender las ventajas del Acuerdo de Cartagena que al momento benefician a la República de Venezuela, autorizando a los Países Miembros de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal (codificado por la Decisión 472 de la Comisión), para que a partir de la notificación de este auto, impongan un gravamen adicional del 5% a las importaciones de hasta cinco de los productos que en mayor volumen se efectúan a su territorio, procedentes y originarias de Venezuela.

Los Países Miembros informarán al Tribunal, por intermedio de la Secretaría General de la Comunidad Andina, la lista de los productos objeto del gravamen sancionatorio, dentro de los veinte días siguientes a la comunicación de este auto a dicha Secretaría General.

La presente sanción se mantendrá vigente hasta tanto la República de Venezuela demuestre fehacientemente ante el Tribunal que ha dado estricto cumplimiento a la sentencia del 11 de diciembre de 1997, proferida dentro del proceso 1-AI-97.

Aquí debemos aludir a los tipos de incumplimiento que podrían ser señalados en su sentencia por el Tribunal. Así, el artículo 57 de la Decisión 425 de 1997 establece como primer tipo de incumplimiento el denominado «incumplimiento flagrante», definido como aquel que es «evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por la Secretaría General, incluso cuando este continúe mediante instrumentos distintos o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad». Sobre esta primera modalidad de incumplimiento ha señalado el Tribunal de Justicia:

La aceptación de un País Miembro sobre un incumplimiento o la deducción clara de una actitud de tal incumplimiento, ha conducido a que este Tribunal, el Europeo y la propia Secretaría General, traten de lo que es «incumplimiento flagrante», figura prevista en las reformas al Tratado de creación del Tribunal [...].

[...] En el fallo referido al Tribunal Europeo se pronunció sobre lo que puede calificarse de «incumplimiento no discutido».

[...] El «incumplimiento no discutido», puede asimilarse con el mismo alcance, a lo que el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, (Decisión 425, publicada en la G.O. N.º 314 de 18 de Diciembre de 1997) define como el incumplimiento «flagrante», y será tal cuando «éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, inclusive cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento

recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad».<sup>91</sup>

De igual forma, el Tribunal de Justicia se ha referido en otras ocasiones al denominado «incumplimiento objetivo», al que define de la siguiente manera:

Este Tribunal, dentro del tantas veces referido proceso 3-AI-96, hizo mención al «incumplimiento objetivo», agregando ahora que «para cuya determinación basta la simple confrontación de los actos mandatorios de la Junta contenidos en las Resoluciones mencionadas», es decir, el que se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado.<sup>92</sup>

Sin embargo, más allá de estas dos modalidades desarrolladas por el Tribunal, existen otros incumplimientos que carecen de una denominación específica, aunque implican también una violación del Derecho Comunitario Andino.<sup>93</sup>

También es importante señalar que las sentencias dictadas por el Tribunal pueden ser materia de aclaración o ampliación,<sup>94</sup> así como de un recurso de revisión por el mismo Tribunal, a petición de la parte que no fue favorecida por el fallo, cuando se conozca un nuevo hecho ignorado por el recurrente en la fecha del fallo cuya revisión se solicita y que se considera influirá decisivamente en el resultado del proceso. Este recurso de revisión debe ser interpuesto dentro de los noventa días siguientes de conocido el nuevo hecho y dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia (artículo 29 de Acuerdo de Cartagena).

Por último, debemos referirnos al caso especial de los particulares. Al respecto, el ordenamiento jurídico andino consagra dos posibilidades de acción. En primer lugar, el artículo 25 del Tratado de creación del Tribunal habilita a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro a acudir a la Secretaría General y al Tribunal, a fin de que el primero realice las gestiones conducentes a subsanar tal incumplimiento. Recibida la respuesta del Estado o vencido el plazo establecido sin obtener resultados positivos, la Secretaría emitirá un dictamen motivado. Si el dictamen es de incumplimiento y el Estado persiste en su conducta, la Secretaría solicitará pronunciamiento del Tribunal.

Sobre esto último, el artículo 30 del Tratado de creación del Tribunal dispone que la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal constituirá título le-

---

<sup>91</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 2-AI-97*. Citado por TANGARIFE, Marcel. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>92</sup> *Ib.*, p. 198.

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> Véase el Proceso N.º 1-AI-96 del 23 de noviembre de 1996, en el que el Tribunal resuelve una solicitud de aclaración y ampliación de la sentencia dictada el 30 de octubre de ese mismo año, presentada por la República de Ecuador.

gal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.

La segunda posibilidad de acción (no simultánea) a favor de los particulares es la que establece el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal. Este señala que los particulares, sean estas personas naturales o jurídicas, tienen derecho a acudir a los Tribunales nacionales competentes cuando los países miembros no cumplan con el ordenamiento jurídico andino y sus derechos resulten vulnerados por dicho incumplimiento. Así también lo ha señalado la jurisprudencia andina cuando establece:

A pesar de no ser este el caso, conviene indicar que la acción de incumplimiento también puede ser interpuesta por los particulares en procesos judiciales internos en los que los jueces nacionales tienen competencia para definir los incumplimientos de un país que puedan afectar los derechos de los individuos. La acción tiene por objeto ofrecer al ciudadano garantía procesal para asegurarle la aplicación, por los Países Miembros, de las obligaciones que impone el Tratado.<sup>95</sup>

### 5.3. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD ANDINA

El recurso por omisión o inactividad es un mecanismo que tienen los particulares (personas naturales o jurídicas), los órganos comunitarios y las autoridades de los Países Miembros de la Comunidad Andina para solicitar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General que cumplan con alguna función que viene siendo omitida o incumplida. Así lo establece el artículo 37 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia, agregando que, si dentro de los 30 días siguientes al requerimiento, no se accediera a la solicitud, el requirente podrá acudir al Tribunal para obtener su pronunciamiento.

En relación con este plazo de 30 días cabría comentar que, precisamente, su brevedad responde a la necesidad de ofrecer a las instituciones comunitarias la posibilidad de actuar cuando todavía su participación puede ser eficaz.<sup>96</sup> Un plazo excesivamente largo podría convertir en inútil la reclamación.

La omisión por parte de los órganos comunitarios puede consistir no solo en una inacción de orden administrativo sino, también, en el incumplimiento de un deber de actuación normativa de carácter más general. En consecuencia, es preciso entender, por omisión, todo incumplimiento de un deber de actuación, a nivel normativo o ejecutivo, como impuesto por una disposición comunitaria.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AI-96 del 30 de octubre de 1996.*

<sup>96</sup> PALACIO GONZÁLES, José. *El Sistema Jurídico Comunitario*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996, p. 196.

<sup>97</sup> *Ib.*, pp. 188-189.

Por otro lado, cuando se señala que el órgano comunitario puede acceder o no al requerimiento del solicitante, la doctrina entiende que la respuesta deberá considerarse como positiva cuando el órgano accede a una «definición de posición». Por definición de posición se debe entender «una toma oficial de postura, de la institución demandada, tendente a esclarecer la posición jurídica del demandante, en relación con la medida solicitada. No basta con que la institución demandada responda que la cuestión ésta en estudio o se remita a una posición jurídicamente preexistente».<sup>98</sup>

Finalmente, planteado el caso ante el Tribunal de Justicia, éste deberá emitir la providencia correspondiente dentro de los 30 días siguientes a la fecha de admisión del recurso y sobre la base de la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso. Esta providencia deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano deberá cumplir con su obligación.

#### 5.4. LA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO

Según el artículo 33° del Tratado de Creación del Tribunal Andino, los jueces nacionales que tengan que resolver procesos en los que se deba aplicar disposiciones del ordenamiento jurídico andino podrán solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación de estas disposiciones, siempre que el ordenamiento interno prevea algún recurso contra la sentencia dictada en primera instancia; de lo contrario, es decir, de no existir ningún recurso contra la resolución de primera instancia, el juez obligatoriamente deberá solicitar de oficio o a petición de parte la interpretación prejudicial.<sup>99</sup> Por esta razón, en el primer caso el proceso no se suspende aunque no se haya recibido la interpretación prejudicial, mientras que en el segundo caso el proceso se suspende hasta que se conozca el contenido de la interpretación del Tribunal Andino.

La solicitud de interpretación prejudicial puede ser planteada por un juez nacional de un Estado miembro en cualquier estado de proceso, no existiendo, por tanto, oportunidad procesal para solicitar esta interpretación. Así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al señalar:

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

---

<sup>98</sup> *Ib.*, p. 197.

<sup>99</sup> SALAZAR MANRIQUE, Roberto. *Op. cit.*, p. 111.

una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional.<sup>100</sup>

Para la procedencia de esta solicitud se le pide al juez nacional la existencia de un proceso y la necesidad de aplicar en este proceso una norma perteneciente al ordenamiento jurídico comunitario. Sobre esto último, la doctrina es clara en señalar que la cuestión prejudicial solo se debe plantear en el caso de que el juez considere que la interpretación de la norma comunitaria resulte sustantiva para el resultado del proceso. De no considerar la necesidad de aplicar esta norma puede negarse a solicitar la interpretación.

Se trata entonces de un mecanismo de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal Andino del cual nos da cuenta Andueza:

La cuestión prejudicial de interpretación crea un mecanismo de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En virtud de esa cooperación, a los jueces nacionales les corresponde la competencia de decidir las controversias que las partes litigantes les planteen y al Tribunal Andino de Justicia le corresponde la competencia de interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena cuando una de esas normas sea aplicable a una controversia existente entre las partes litigantes.<sup>101</sup>

De esto se deduce que la denominada interpretación prejudicial tiene por finalidad lograr una perfecta coordinación entre el Tribunal Supranacional y los Tribunales Internos para lograr una aplicación uniforme del Derecho Comunitario andino. De permitirse que los Tribunales nacionales puedan interpretar de manera unilateral y conforme a su derecho interno las normas comunitarias, se podría generar, en la práctica, dos o más interpretaciones divergentes, hecho que atentaría contra la uniformidad que debe regir todo sistema jurídico de normas.<sup>102</sup>

Ahora bien, en la interpretación prejudicial, la labor del Tribunal Andino se limita a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, no extendiéndose esta facultad a las normas internas de los países miembros ni a los hechos materia del proceso (artículo 34° del Tratado de Creación del Tribunal). Sobre este particular, la jurisprudencia del Tribunal Andino se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. Así, en su sentencia dictada en el Proceso N.º 1-IP-87 señaló:

<sup>100</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N.º 1-IP-87, publicado en la Gaceta Oficial N.º 28 el 15 de febrero de 1988.

<sup>101</sup> ANDUEZA, José Guillermo. «La Interpretación Prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, 1986, p. 104. Véase también TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N.º 2-IP-91: «[...] es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial».

<sup>102</sup> *Ib.*, pp. 92, 97 y 98.



1. Función de 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 (hoy 34) del Tratado de creación del Tribunal), objetivo fundamental que está lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales.

[...] 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 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. 34 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional.

#### 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.<sup>103</sup>

En relación con esto último, el mismo Tribunal en el Proceso N.º 1-AI-96 ha confirmado que:

En lo relativo a la interpretación prejudicial efectuada por el Tribunal Andino de Justicia dentro del Proceso N.º 06-IP-94, se enfatiza que de acuerdo con el artículo 30 (hoy

---

<sup>103</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-IP-87 del 3 de diciembre de 1987*, Interpretación prejudicial de los artículos 58º, 62º y 64º de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena solicitada por la República de Colombia.

34) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal debe limitarse a precisar el contenido y alcance de la norma del ordenamiento jurídico subregional y en ningún caso interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, tal y como lo hace el Tribunal con acierto dentro de dicha interpretación.<sup>104</sup>

En este proceso de interpretación de la norma comunitaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entienden que el método teleológico debe tenerse especialmente en cuenta. En efecto, en más de una ocasión, el Tribunal ha señalado la preeminencia de este método de interpretación sobre el resto, cuando se trata de establecer el verdadero sentido y alcance de una norma de integración andina. Así:

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 teleológica, sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos, con la advertencia de que el método teleológico, 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.<sup>105</sup>

En cuanto al procedimiento a seguir, el derecho andino no establece reglas. Tan solo señala que el dictamen del Tribunal de Justicia Andino que interpreta la norma comunitaria debe dictarse dentro de los 30 días siguientes al de la recepción de la solicitud. En todo caso, este dictamen tiene efectos jurídicos obligatorios para los jueces nacionales. En efecto, el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal dispone que el juez nacional «deberá adoptar la interpretación del Tribunal», de lo cual se desprende su carácter definitorio del derecho andino.<sup>106</sup>

Entonces, la interpretación del tribunal, al ser obligatoria para el juez, lo será también para las partes en litigio, y tendrá efectos *erga omnes* «para todas las

<sup>104</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AI-96 del 30 de octubre de 1996.*

<sup>105</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-IP-87 del 3 de diciembre de 1987.*

<sup>106</sup> SÁCHICA, Luis Carlos y OTROS. «El Ordenamiento Jurídico...», p. 25.

cuestiones futuras que sean materialmente idénticas a ella».<sup>107</sup> En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al afirmar:

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 la integración. Así lo dispone el artículo 31 (hoy 35) del Tratado en los siguientes términos: «El Juez que conozca del proceso deberá adoptar la decisión del Tribunal».

Además, debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objetivo 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» [el paréntesis es nuestro].<sup>108</sup>

Si el dictamen en el cual se lleva a cabo la interpretación de la norma comunitaria andina fuera ambiguo u oscuro, el juez nacional puede recurrir nuevamente al Tribunal. No obstante, podría darse el caso de que el tribunal nacional no se ajuste al dictamen del Tribunal Andino. Si el tribunal nacional es de primera instancia, su acción podría ser corregida por tribunales superiores; pero, si se trata de la última instancia, esta omisión podría no ser subsanada.

## 6. CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto hasta aquí es posible concluir que el ordenamiento jurídico andino ha alcanzado, en los últimos años, un grado de desarrollo, coherencia y solidez, que sólo puede ser comparado con el sistema jurídico de integración europea.

Si bien algunos aspectos requieren de un mayor perfeccionamiento, el acceso directo de los individuos y empresas a los mecanismos de control del orden jurídico comunitario; la transparencia alcanzada en los procesos judiciales; el enriquecimiento de este ordenamiento, provocado por las sentencias del Tribunal de

<sup>107</sup> ANDUEZA, José Guillermo. «La Interpretación Prejudicial ...», p. 109.

<sup>108</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-IP-87 del 3 de diciembre de 1987*. En el mismo sentido, véase la sentencia dictada en el Proceso N.º 11-IP-96.

Justicia; así como los aportes de las sucesivas reformas al Acuerdo de Cartagena, nos permiten afirmar que nos encontramos ante un sistema jurídico bastante completo e integrado.

En todo caso, como lo señalamos en la introducción de este trabajo, se trata de un derecho dinámico y evolutivo que se irá ajustando a los nuevos retos que nos ofrezca el proceso de integración andino.

# IMPPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA

ALLAN R. BREWER CARÍAS\*

## 1. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL COMO PRODUCTO DE PREVISIONES CONSTITUCIONALES

Un proceso de integración regional plantea una serie de exigencias jurídicas enteramente nuevas<sup>1</sup> y que tienen repercusión en el ámbito constitucional interno de cada país. Estas exigencias son, en primer lugar, que los órganos comunitarios supranacionales que se establezcan puedan tomar decisiones obligatorias para los Estados miembros; en segundo lugar, que las decisiones de los órganos supranacionales sean adoptadas en ejercicio de competencias que tradicionalmente corresponden a los órganos constitucionales de los Estados miembros individualmente considerados, por lo que para su establecimiento es indispensable que estos órganos constitucionales transfieran poderes y competencias —que, en algunos casos, inclusive pierden— a los órganos supranacionales; en tercer lugar, que las decisiones adoptadas por los órganos supranacionales sean directa e inmediatamente aplicables a los Estados miembros, tanto a los órganos públicos como a los ciudadanos, sin necesidad alguna de aprobación o de incorporación de las decisiones a los derechos internos mediante la intervención de los órganos constitucionales del Estado (particularmente, de los Parlamentos), que se encuentran limitados en el ejercicio de sus competencias; y, en cuarto lugar, que el Derecho Comunitario producido por los órganos supranacionales no solo tenga primacía sobre el derecho interno, sino que escape al control de la constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales de cada Estado miembro y esté sometido, en cambio, al control de conformidad con los tratados de integración por un tribunal de justicia supranacional, exigencia derivada de la supremacía del derecho comunitario.

---

\* Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela.

<sup>1</sup> Véase, en general, BREWER-CARÍAS, Allan R. «Las Implicaciones constitucionales de la integración económica regional». En: *El Derecho Venezolano a Finales del Siglo XX. Ponencias Venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, 1998*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, pp. 407-511.

Desde el punto de vista constitucional, estas exigencias jurídicas implican la necesaria transferencia de poderes y competencias estatales de los órganos constitucionales de cada Estado miembro, es decir, de los órganos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, al órgano supranacional. Ello implica una limitación a los poderes y competencias de estos órganos constitucionales. Estas limitaciones quedan en evidencia, por ejemplo, si se toma en cuenta la esencial exigencia jurídica de un proceso de integración: la necesidad de que el derecho comunitario, producto de los órganos supranacionales, tengan un valor superior al derecho interno. De esta manera, se asegura la igualdad de los Estados miembros al tener dicho Derecho Comunitario igual significado e igual fuerza obligatoria en todos ellos, característica que no podría asegurarse si el derecho comunitario tuviese vigencia en cada Estado miembro conforme a su propio derecho interno.

Lo anterior implica que el derecho comunitario tiene que tener aplicación inmediata sin necesidad de adaptaciones en los Estados miembros, hecho que trae como consecuencia que sea obligatorio, en primer lugar, para los órganos legislativos nacionales que no pueden derogarlo y que, además, deben legislar internamente conforme a las directrices emanadas del órgano comunitario; en segundo lugar, para los órganos ejecutivos nacionales, que deben ejecutarlo en el ámbito interno; y en tercer lugar, para los tribunales, que deben aplicarlo en sus decisiones y someterse, además, a las interpretaciones del derecho comunitario que adopte el tribunal de justicia supranacional. Todo ello implica, sin duda, limitaciones a los poderes de los órganos constitucionales de los Estados miembros, y eso sólo es posible en el derecho constitucional si así lo prevén y permiten las Constituciones nacionales.

Pero hay otra consecuencia jurídico-constitucional ineludible, derivada del establecimiento de órganos supranacionales con capacidad para producir el derecho comunitario: la limitación de los poderes de los tribunales constitucionales para controlar la conformidad con las Constituciones nacionales del derecho comunitario. De lo contrario, si en cada Estado miembro los tribunales constitucionales pudieran controlar la constitucionalidad del derecho comunitario, la igualdad de los Estados miembros sería una ilusión, pues éstos podrían sustraerse individualmente de sus obligaciones comunitarias, y esta posibilidad sería incompatible con un proceso de integración.

Todas estas exigencias jurídicas, características de los procesos de integración, llevaron a los países europeos a adaptar las instituciones constitucionales internas de los Estados miembros al proceso comunitario; y ello sólo se pudo lograr a lo largo de los últimos cincuenta años con previsiones constitucionales expresas que se fueron incorporando mediante reformas constitucionales en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea a medida que el proceso de integración iba avanzando.

En todo caso, ese proceso europeo demuestra que, sin la solución constitucional en los derechos internos de estas exigencias, es imposible avanzar en un proceso de integración; y la solución constitucional no es otra que el establecimiento y previsión, en las Constituciones nacionales, de la posibilidad de modificación de las competencias de los órganos constitucionales nacionales para transferirlas a los órganos supranacionales, cuyo ejercicio es limitado por dichos órganos nacionales.

Sobre la base de estas normas, los parlamentos nacionales pueden, por supuesto, ceder o atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a órganos supranacionales, pero, como lo puntualizó el Tribunal Constitucional español en su decisión del 1º de julio de 1992 sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, no pueden «disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones».<sup>2</sup> Esa misma decisión agregaba que las normas constitucionales que autorizan la transferencia de competencias no podrían ser empleadas como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la norma fundamental, pues dicho precepto no puede ser cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» de la Constitución.

En otras palabras, la integración sólo puede llevarse a cabo conforme a las Constituciones nacionales, de manera que o las Constituciones nacionales autorizan formal y expresamente la transferencia de competencias de los órganos constitucionales nacionales a órganos supranacionales, con la consecuente limitación a los poderes de los mismos y, en este sentido, de la soberanía de cada Estado —así lo admitió, por ejemplo, el Consejo Constitucional de Francia en las Decisiones del 30 de diciembre de 1976, del 22 de mayo de 1985 y del 23/25 de julio de 1991—<sup>3</sup> o las Constituciones nacionales nada dicen al respecto, en cuyo caso necesariamente tienen que revisarse o reformarse para legitimar dicha transferencia de competencias y las limitaciones a la competencia de los órganos constitucionales nacionales.

El problema, por supuesto, no es nuevo, y allí está toda la experiencia europea en un proceso de casi cincuenta años de integración económica (de Comunidad y de Unión), en el cual no se dio paso alguno sin la debida atención y solución a la

---

<sup>2</sup> Véase el texto de la decisión en *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, vol 19, n.º 2, 1992, pp. 633-655. Véase en general sobre el caso español RUBIO LLORENTE, Francisco. «La Constitution espagnole et le Traité de Maastrich». *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, n.º 12, 1992, pp. 651 y ss; LÓPEZ CASTILLO, Antonio. *Constitución e integración: el fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y la RFA*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

<sup>3</sup> Véase en MASCLET, Jean-Claude. *Les Grands Arrêts de Droit Communautaire*. París: PUF, 1995, pp. 119 y ss. Véase además en: BEAUD, Oliver. «La souveranité de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht». *Revue Française de Droit Administratif*, París, n.º 6, 1990, pp. 1045 y ss.

cuestión constitucional. El proceso se pudo realizar gracias a las previsiones de las Constituciones de los Estados miembros desde antes de la firma de los Tratados de Roma en 1957 e, incluso, antes de suscribirse el Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA) en 1951. Además, el Tratado de Maastricht de 1992 puso más en evidencia, por su significado en la profundización del derecho comunitario, la necesidad de la adaptación constitucional en el proceso de la Unión Europea, como lo dejó plasmado el extenso y ejemplar debate constitucional desarrollado en Francia, en el cual el Consejo Constitucional, en su Decisión N.º DC 92-308 del 9 de abril de 1992, estableció que «la autorización de ratificar en virtud de una Ley el Tratado sobre la Unión Europea no puede hacerse sino después de una revisión constitucional»,<sup>4</sup> la misma que, en Francia, llevó al Referéndum del 20 de septiembre de 1992. Igual decisión se adoptó con motivo de la firma del Tratado de Amsterdam de 1997, pero el problema no es nuevo ni dejó de tener, en los años precedentes, permanente atención en los diversos países europeos.

## 2. LA CARENCIA DE BASE CONSTITUCIONAL PARA EL INICIO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINA, LA EXCEPCIÓN DE COLOMBIA Y LAS DISCUSIONES ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Los intentos de establecer un proceso de integración regional en América Latina se remontan a 1960, cuando el Tratado de Montevideo creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, el proceso de mayor relevancia fue el que llevó a la constitución del denominado *Grupo Andino*, que se estableció mediante el Acuerdo de Integración Sub-regional Andino del 26 de mayo de 1969, suscrito en Cartagena, y que, mediante la adopción del Protocolo Modificador de Trujillo del 10 de marzo de 1996, suscrito por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, se convirtió en la *Comunidad Andina*.<sup>5</sup>

La cuestión constitucional de la integración latinoamericana, discutida ampliamente en la década de los sesenta,<sup>6</sup> y, particularmente, de la integración

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> Véase «Ley Aprobatoria del Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) del 1º de marzo de 1996». *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36116 del 30-12-96.

<sup>6</sup> Véase en general, A. NATALE, Alberto. *La integración latinoamericana y la cuestión constitucional*. Buenos Aires, 1997; CÁRDENAS, Emilio J. «En Torno a la Constitucionalidad de un Eventual Mercado Común Latinoamericano». *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12-13 febrero 1967; FAJARDO MALDONADO, Arturo. «Soberanía y Derecho Internacional en el Proceso de Integración Económica Centroamericana». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de San Carlos de Guatemala, n.º 3 al 6, 1967-1968, pp. 49-82; INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. *Mesa Redonda sobre la integración de América Latina y la cuestión constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 6-8 febrero



andina sólo fue resuelta en Colombia en la víspera de la suscripción del Acuerdo de Cartagena y mediante la reforma constitucional de 1968, que incorporó en el ordinal 18 del artículo 76° del texto constitucional, relativo a las atribuciones ejercidas por el Congreso mediante leyes, lo siguiente:

**Ord. 18.-** Aprobar o inaprobar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

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 de los Estados.

Este artículo equivale al artículo 150°, ordinal 16 de la Constitución de 1991 que atribuye al Congreso competencia para:

Aprobar o inaprobar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, *transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos supranacionales*, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Además, el artículo 227° de la Constitución dispone:

**Artículo 227.-** El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen *organismos supranacionales*, incluso para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la Constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

En contraste con estas precisas normas constitucionales colombianas, ninguno de los otros Estados signatarios del Acuerdo de Cartagena (Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela) resolvió, con anterioridad a la firma del Acuerdo, las exigencias de la integración en sus Constituciones.

A pesar de estas deficiencias y de la falta de respaldo constitucional, el Acuerdo de Cartagena fue aprobado, con excepción de Chile, en todos los países mediante leyes aprobatorias o actos ejecutivos con igual valor que las leyes. En Chile, en cambio, el camino fácil de incorporación del Acuerdo al derecho interno por la sola ratificación ejecutiva, dado el supuesto «carácter derivativo» del Acuerdo de Integración Subregional Andino respecto del Tratado de Montevideo

---

1967. En: *Informe de la Secretaría General*. Washington: Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, 1967, 106 p. Véase también BREWER-CARIAS, Allan R. *Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana*. Caracas: Banco Central de Venezuela, 1968.

de la ALALC, provocó que, en 1974, también por Decreto ejecutivo, Chile se separara definitivamente del Grupo Andino.

Ahora bien, en Colombia, el único país que había reformado su Constitución para asegurar con bases sólidas la incorporación a un proceso de integración, la sanción de la Ley 8ª del 21 de marzo de 1973, que aprobó el Acuerdo de Cartagena, reinició el debate constitucional sobre el tema de la integración regional, dado que la ley sancionada preveía, en su artículo 2º, lo siguiente:

**Artículo 2.-** El Gobierno Nacional podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta del Acuerdo Sub-regional Andina, *siempre que no modifiquen la legislación o no sean materia del Legislador.*

En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el Gobierno, *cuando sean materias de la competencia del Legislador o modifiquen la legislación existente* o cuando el gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores.

De esta forma y sin tener en cuenta la novedosa norma constitucional incorporada al Texto en 1968, la Ley colombiana, aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, negó la aplicación inmediata del Derecho Comunitario en el orden interno y reservó al legislador la aprobación de todas y cada una de las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que se refirieran a materias de la competencia del Congreso o que modificasen la legislación existente<sup>7</sup> en contra de la Constitución. El legislador colombiano, a pesar de la autorización constitucional, rechazaba así toda idea de transferencia de poderes legislativos a la Comisión del Acuerdo y de aplicación inmediata de las decisiones comunitarias en el orden interno.

El mencionado artículo 2º de la Ley colombiana, aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, fue impugnado mediante una acción de inconstitucionalidad, al considerarse que vulneraba el artículo 76º, ordinal 18 de la Constitución, que autorizaba lo contrario. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante sentencia de 27 de febrero de 1975, anuló el artículo impugnado y reconoció la existencia en el orden constitucional de la posibilidad de traslado de competencias a los órganos comunitarios. Este hecho significaba una «pérdida de potestades legislativas» del Congreso, «figura cuya inserción en los órdenes internos ha requerido de una reforma constitucional» (la de 1968). Esta se haya contenida, precisamente, en el artículo 76º, ordinal 18 de la Constitución.

Por ello, señaló la Corte que «[d]espués de la reforma no cabe discusión sobre la capacidad de que pueden gozar ciertas organizaciones internacionales para legislar, con efectos en Colombia, sobre asuntos de su competencia, en los términos que la Constitución establece».

<sup>7</sup> Véase VIDAL PERDOMO, Jaime «Aspectos Jurídicos de la Aprobación del Acuerdo de Cartagena». *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º 11, junio 1993, pp. 35-39.

Sobre la base de esta premisa, la Corte Suprema anuló el artículo 2° de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, al considerar que infringía la Constitución «cuando establece presupuestos a una aptitud del Gobierno que la Carta no ha condicionado», ya que este hecho daba origen a una «notoria» contrariedad entre la disposición legislativa y el ordenamiento constitucional.<sup>8</sup>

De esta forma se resolvió el problema constitucional de la integración en Colombia, de manera que incluso la Corte Suprema de Justicia, en la aplicación posterior del Derecho Comunitario Andino, se ha pronunciado sobre ello estableciendo, por ejemplo, en sentencia del 1° de octubre de 1988, que:

[...] dado el carácter preeminente 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.*<sup>9</sup>

### 3. LAS DISCUSIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y LA SOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1961, vigente al momento de suscribirse tanto el Acuerdo de Cartagena en 1968 como el Protocolo Modificador de Trujillo sobre la Comunidad Andina de 1996, sólo contenía una cláusula de principio (art. 108°): «La República *favorecerá la integración* económica latinoamericana». Por ello, la discusión constitucional inicial sobre la viabilidad del proceso de integración se planteó en idénticos términos que en Colombia; pero, a falta de un texto constitucional terminante como el colombiano y después de ejercida una acción de inconstitucionalidad contra la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, el resultado fue radicalmente opuesto a la solución colombiana.

En efecto, en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena y de las Decisiones más importantes de la Comisión del Acuerdo de 1973,<sup>10</sup> se agregó una *decla-*

---

<sup>8</sup> Consultada en copia del original.

<sup>9</sup> Véase en PICO MANTILLA, Galo. *Derecho Andino*. 2ª. ed. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1992, pp. 66-67.

<sup>10</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N.º 4.620, extraordinario del 1-11-73.

*ración interpretativa*, mediante la cual el Congreso indicó el sentido preciso que atribuyó a las disposiciones del Acuerdo con el siguiente texto: «*Parágrafo Primero: Las decisiones de la Comisión del Acuerdo que modifiquen la legislación Venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación mediante Ley del Congreso de la República*».

Tal como se explicó detalladamente en la Exposición de Motivos de la Ley Aprobatoria, la inclusión del párrafo segundo del artículo único de la Ley Aprobatoria obedeció al hecho de que:

algunas de las Decisiones de la Comisión tienen carácter normativo y contenido general y que las mismas al incorporarse al derecho interno de los países, constituyen normas de rango legal y son, por tanto, de obligatoria observancia por todos los ciudadanos y los órganos del Poder Público. Otras, por el contrario, no tienen tal carácter y, por tanto, se limitan a uniformar políticas o criterios a nivel administrativo, entre los Gobiernos de los países miembros.

Por ello, la misma Exposición de Motivos planteó la cuestión constitucional derivada de la aprobación pura y simple del Tratado al señalar:

Esto plantea, necesariamente, el problema de la validez inmediata de los actos comunitarios ya que, si bien se trata de actos previstos en el Acuerdo mismo, y, por tanto autorizados por el Poder Legislativo al menos en principio, cuando se produce la ratificación del Tratado, *no cabe duda de que en el Sistema Constitucional Venezolano la facultad de legislar compete al Poder Legislativo y, en consecuencia, resulta procedente que el Congreso de la República ratifique aquellas Decisiones que contengan normas referentes a las materias que la Constitución define como constitutivas de la «Reserva Legal», colinden o no con disposiciones del Derecho Interno.*

Esta norma fue impugnada por medio de una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, que, en sentencia del 10 de julio de 1990 —y contrariamente a lo que había sucedido en Colombia quince años antes—, declaró *sin lugar* la acción de inconstitucionalidad, al considerar que se había aplicado el artículo 128<sup>11</sup> de la Constitución y que, en relación con las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, las excepciones previstas en esa norma no

<sup>11</sup> Artículo 128.- Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser *aprobados mediante ley especial* para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.

En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso, en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación.

eran especiales. Sobre la base de estos argumentos, concluyó con la apreciación general de que la norma no violaba la Constitución y admitió que el Congreso podía:

[...] en ejercicio de su facultad constitucional de aprobación, el Congreso puede incorporar limitaciones que no menoscaben ni invadan atribuciones de aquél, y en el caso la salvedad se contrajo, justamente, a las modificaciones de leyes internas (que es potestad del Congreso acorde al artículo 177) o actos de la Comisión que, en Venezuela, tienen el carácter de «reserva legal», esto es, que solamente pueden ser dictados por el Poder Legislativo venezolano. Por eso, la salvedad es parte integrante de la aprobación y en esas condiciones quedó debe ser cumplida, porque el Congreso lo que hizo fue dejar constancia de que actos de su competencia interna no están sometidos a la determinación de la Comisión del Acuerdo, convirtiéndolo en organismo supranacional de índole legislativa.

No puede verse en las Decisiones de la Comisión actos de simple ejecución del Tratado, porque nuestro Congreso no lo quiso así al ejercer la atribución constitucional, recordando que en lo interno sólo él tiene la potestad legislativa. Nuestro Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión, y esa determinación no vulnera la Constitución, sino que, por lo contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y de derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer, exclusivamente, los actos que por la Constitución, ameritan de una Ley. El Tratado fue aprobado en esas especiales condiciones y si ello trae como consecuencia situaciones difíciles, la Corte no puede, pasando por la voluntad del Congreso que no ha contrariado el texto constitucional, dejar sin efecto una norma dictada en ejercicio de la potestad legislativa de ese órgano nacional.

En conclusión, juzga la Corte que en la norma impugnada no se incurrió en violaciones de la Constitución venezolana, por lo cual la nulidad no procede.<sup>12</sup>

En consecuencia, conforme a esta sentencia, las decisiones de la Comisión que modificaran la legislación nacional o incidieran en materias reservadas al legislador debieron ser aprobadas por ley para que pudieran entrar en aplicación en Venezuela. De esta forma y por decisión del órgano judicial que tenía a su cargo el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, la exigencia fundamental del proceso de integración quedaba trabada.<sup>13</sup>

Debe señalarse, por otra parte, que antes de que se adoptase la decisión de la Corte Suprema de Justicia en 1983, el Congreso había sancionado la Ley Aprobatoria del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena,<sup>14</sup> en la cual, en igual forma que la declaración interpretativa de la Ley Aprobatoria del Acuer-

---

<sup>12</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 44, 1990, p. 100.

<sup>13</sup> Véase las referencias en BREWER-CARIÁS, Allan R. «El Control de la Constitucionalidad de las Leyes Aprobatorias de Tratados Internacionales y la Cuestión Constitucional de la Integración Latinoamericana». *Revista de Derecho Público*, Caracas, n.º 44, 1990, pp. 225-229.

<sup>14</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N.º 3.216, extraordinario del 7-7-1983. Véase los comentarios sobre ese texto en BREWER-CARIÁS, Allan R. «La proyectada creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena y la cuestión constitucional en el proceso de integración económica latinoamericana». *Pri-*

do, se incorporó el artículo 2º, que afirmaba que «[l]as decisiones de la Comisión que modifiquen la legislación venezolana, o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley del Congreso de la República».

Como consecuencia de estas normas legales, todas las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que se referían a materias legislativas fueron aprobadas por ley del Congreso —práctica que fue regular en Venezuela hasta 1992— y las que no fueron aprobadas por ley, como las decisiones en materia de propiedad industrial (Decisiones 85 y 311), no tuvieron aplicación en el país.

Sin embargo, el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena establecía en su artículo 2º que «[l]as Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobados por la Comisión».

Esta norma, precisamente contraria a lo previsto en el artículo 2º de la Ley Aprobatoria del propio Tratado, se interpretó en el sentido de que la aplicación inmediata de las decisiones de la Comisión sólo se refería a aquellas que no tuvieran por objeto materias de la competencia del legislador nacional venezolano. Así sucedió, como se dijo, hasta 1992, de manera que todas las decisiones de la Comisión que incidían en la legislación o fueron aprobadas por ley en cada caso o no tuvieron aplicación en Venezuela.

La situación, sin embargo, cambió radicalmente en Venezuela a partir de 1992, por las exigencias prácticas del proceso de integración. En efecto, a partir de la *Gaceta Oficial N.º 4284* del 28 de junio de 1992, el Ejecutivo Nacional comenzó a publicar en la misma, sin aprobación legislativa y sin ningún acto estatal o siquiera nota alguna que razonara la publicación, las decisiones de la Comisión del Acuerdo que incidían sobre cuestiones legislativas. Así sucedió, por ejemplo, con la Decisión 282 sobre Normas Antidumping; con la Decisión 284 sobre Normas Restrictivas a las Exportaciones; con la Decisión 285 sobre Normas Restrictivas de la Libre Competencia; con la Decisión 291 sobre Régimen de Capitales Extranjeros; con la Decisión 292 sobre Empresas Multilaterales; con la Decisión 313 sobre Régimen Común de Propiedad Industrial y su reforma; con la Decisión 344, publicada en 1994 y que modifica la Ley de Propiedad Industrial de 1955; y con la Decisión 351 sobre Régimen Común de Derecho de Autor y derechos conexos, que modifica la Ley sobre Derecho de Autor.

El Ejecutivo Nacional, incluso, reglamentó algunas de estas decisiones, como sucedió con el Reglamento de la Ley sobre Derecho de Autor y de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena;<sup>15</sup> e, inclusive, la Corte Suprema

*meras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado D. Roberto Goldschmid.* Caracas 1978, Maracaibo 1979, pp. 148-197.

<sup>15</sup> Decreto N.º 618 del 11-4-95, en *Gaceta Oficial N.º 4894*, extraordinario del 26-4-95.

de Justicia ha aplicado, en sus sentencias, el texto de algunas de estas decisiones, como la Decisión 313 sobre Régimen Común de Propiedad Industrial.<sup>16</sup>

De esta forma y sin previsión expresa constitucional alguna y durante algún tiempo, incluso en forma manifiestamente contraria a lo establecido en las Leyes Aprobatorias de los dos instrumentos más importantes del proceso de integración andina, el Acuerdo de Cartagena y el Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo, Venezuela había pretendido avanzar en el proceso de integración sobre la base de interpretaciones sin bases constitucionales sólidas.<sup>17</sup>

La cuestión constitucional de la integración regional, sin embargo, ha sido definitivamente resuelta en la Constitución venezolana de 1999.<sup>18</sup> En efecto, el proceso de integración económica, latinoamericano y andino, encontró fundamento constitucional en el artículo 153° de la Constitución, y este hecho permitió superar la precaria previsión del artículo 108° de la Constitución de 1961, que, en nuestro criterio, impedía a Venezuela ingresar decididamente al proceso. Por ello, propusimos a la Asamblea la incorporación de una norma expresa destinada a la materia.<sup>19</sup> Como consecuencia de esta propuesta, la materia en cuestión fue regulada por el artículo 153°, que dispone:

Artículo 153: La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración.

<sup>16</sup> Caso *Nintendo*, CSJ-SPA del 3-8-1995.

<sup>17</sup> La declaración interpretativa antes mencionada que incorporó el Congreso en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena de 1973 se eliminó en la Ley Aprobatoria del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) del 10 de marzo de 1996 (*Gaceta Oficial N.º 36116* del 30-12-96, Protocolo de Trujillo). En igual sentido, dicha cláusula interpretativa, que se había incorporado en la Ley aprobatoria del Tratado que crea el Tribunal Andino de Justicia de 1983, se eliminó en la Ley aprobatoria del Protocolo Modificatorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena del 28-5-96 (*Gaceta Oficial N.º 5187*, extraordinaria del 5-12-97). Esta exclusión de la mencionada declaración, por supuesto, no tenía efecto alguno, pues la cláusula del mencionado párrafo segundo del artículo único de la Ley Aprobatoria de 1973, *continuaba vigente*, pues los protocolos modificatorios posteriores a la Ley de 1973, como el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Andina de 1996, fueron reformas parciales, en este último caso, destinadas a sustituir el Capítulo II del Acuerdo relativo a «la Comunidad Andina y al Sistema Andino de Integración», agregando varios artículos pero dejando el resto del Acuerdo tal como fue aprobado por la Ley Aprobatoria de 1973 y sus modificaciones parciales posteriores.

<sup>18</sup> Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de 1999*. Caracas: Arte, 2000, pp. 88-89.

<sup>19</sup> Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I (8 agosto-8 setiembre). Caracas: Fundación de Derecho Público - Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 171-182.

Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

De esta norma debe destacarse, por su importancia en materia de integración, en primer lugar, la posibilidad constitucional de creación de órganos supranacionales, a los cuales se pueden atribuir competencias que la Constitución asigna a los órganos del Poder Público, para que pueda existir un Derecho Comunitario; y, en segundo lugar, el hecho de que las normas comunitarias no sólo tienen aplicación directa e inmediata en el derecho interno al considerarse como parte integrante del ordenamiento legal vigente, sino que tienen aplicación preferente en relación con las leyes nacionales que se les opongan.

#### **4. LA SITUACIÓN DE LOS OTROS PAÍSES ANDINOS Y LA AUSENCIA DE SOLUCIÓN EXPRESA DE LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL**

Fuera de Colombia y Venezuela, en el resto de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, la situación constitucional puede considerarse precaria. Por ejemplo, en el caso del Perú, la Constitución de 1993 se limita a enumerar como uno de los deberes primordiales del Estado «promover la integración, particularmente latinoamericana» (art. 44). Agrega, en general, que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional» (art. 55), supuesto que origina dudas sobre la posibilidad de aplicación del derecho comunitario con prevalencia en relación con el derecho interno. Además, expresamente prevé la necesidad de la aprobación legislativa para los tratados que modifiquen o deroguen alguna ley o requieran medidas legislativas para su ejecución. (art. 56).

En el caso de Ecuador, el artículo 4º de la Constitución de 1998 establece, en la materia, que el Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional «[p]ropugna la integración, de manera especial, la andina y latinoamericana». El artículo 161º, además, establece que el Congreso Nacional aprobará o desaprobará los tratados y convenios internacionales que «comprometen al país en acuerdos de integración» (ord. 3).

En el caso de Bolivia, la reforma constitucional de 1994 nada estableció sobre el proceso de integración andina.

Estamos conscientes de que el proceso de integración económica es necesario en América Latina bajo premisas de igualdad y reciprocidad, y de que un proceso de integración regional, como la experiencia europea lo ha enseñado, requiere de la existencia de órganos supranacionales comunitarios a los cuales los Estados miembros les transfieran poderes y competencias constitucionales atribuidas a los órganos constitucionales de dichos Estados. Esta necesidad persigue el objeti-



vo de que los órganos supranacionales puedan elaborar el derecho comunitario que debe tener aplicación inmediata y general en los Estados miembros y con primacía, incluso, respecto a los derechos nacionales. Pero ello sólo puede lograrse si los sistemas constitucionales de cada uno de los Estados miembros de un proceso de integración lo prevén y autorizan. Como se ha dicho, eso sucedió en Europa, donde todas las Constituciones de cada uno de los quince Estados miembros de la Unión Europea autorizan *expressis verbis* la transferencia de poderes constitucionales a los órganos comunitarios europeos.

Con excepción de las Constituciones de Colombia y de Venezuela, las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Perú, países integrantes del Grupo Andino, no autorizan a los órganos legislativos de dichos Estados a transferir, delegar o ceder sus competencias constitucionales de legislar a los órganos de la Comunidad Andina; y estos Estados, por lo tanto, no renuncian a legislar en las materias o competencias transferidas, cedidas o delegadas.

A pesar de estas bases constitucionales precarias del proceso de integración andino, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en diversas decisiones, ha tocado y decidido sobre los aspectos fundamentales de las exigencias constitucionales del proceso de integración que deben destacarse. Así, en la sentencia del 10 de junio de 1987 (caso nulidad Decisión 252 de la Junta), se refirió al proceso de la integración en el Pacto Andino, como «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».<sup>20</sup>

En otra sentencia de la misma fecha (caso nulidad de la Decisión 253 de la Junta), el Tribunal señaló 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 Organos 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.<sup>21</sup>

En el mismo año y al constatar que, con la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo los Estados miembros, «han delegado en el órgano judicial comunitario» la interpretación de las normas comunitarias, una decisión del 3 de diciembre de 1987, dictada con motivo de la interpretación de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo, señaló que era «necesario puntualizar que el ordena-

---

<sup>20</sup> Véase en PICO MANTILLA, Galo. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>21</sup> *Ib.*, p. 59.

miento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internacionales o nacionales, por ser *característica esencial del Derecho Comunitario*, como requisito básico para la construcción integracionista». <sup>22</sup>

Así lo había reconocido, por otra parte, la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su XXIX período de sesiones de 1980 al declarar que:

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.

Por su parte, el Acta de Caracas de mayo de 1991, suscrita por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela con ocasión del Quinto Consejo Presidencial Andino, declaró expresamente, en relación con los aspectos institucionales y con el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, la voluntad de «a) Reiterar el principio de la aplicación directa de las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el Artículo 3° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión».

Por ello, el artículo 2° del Protocolo Modificatorio del Tratado que crea al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reiteró este principio, como antes se ha señalado.

De esta forma, la integración en el área andina lleva, indudablemente, dos ritmos: uno voluntarista, de compromiso con la integración y a cargo de órganos ejecutivos de los Estados miembros; y otro absolutamente escéptico en relación con el proceso y a cargo de los órganos legislativos de los Estados miembros, apoyados en la ausencia de soluciones constitucionales adecuadas para cumplir con las exigencias de la integración. Con este doble ritmo, sin duda, estimamos que no puede avanzarse seriamente en el proceso. En nuestro criterio, ese es, desde el punto de vista institucional, el principal problema de la integración andina.

<sup>22</sup> *Ib.*, p. 60.

## 5. CONCLUSIÓN

Después de la aprobación del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea y del Tratado de Amsterdam, se ha dicho que en Europa se ha producido un proceso de constitucionalización del derecho comunitario, dada la importancia que adquirió la consideración constitucional de la creación de la Unión Europea. Ello motivó reformas constitucionales en casi todos los Estados miembros para aceptar las nuevas normas comunitarias sobre nacionalidad y régimen electoral; política económica y monetaria; y política de seguridad y libre circulación de personas. Pero la verdad es que el Derecho Constitucional en Europa siempre ha estado de la mano del proceso de integración, inclusive desde antes de firmarse el Tratado de París de 1951.

Todos los pasos dados en casi 50 años de avance del proceso europeo desde las Comunidades Económicas hasta la Unión Europea siempre han tenido el respaldo previo de las Constituciones de los Estados miembros, que han sido especialmente previsoras al consagrar, en forma expresa, la posibilidad de la necesaria transferencia de competencias y poderes de los órganos constitucionales de los Estados miembros a los órganos supranacionales comunitarios para asegurar el proceso y, en este sentido, aceptar la consiguiente limitación de potestades para dichos órganos constitucionales de los Estados miembros y la aplicación directa e inmediata del Derecho Comunitario en los Estados con preeminencia en relación con el derecho interno. Por lo normal y natural que ha sido la búsqueda de las soluciones constitucionales a las exigencias de la integración regional, quizás el tema antes no había tenido la destacada importancia que amerita.

Sin embargo, en contraste con la situación europea, en el proceso de integración de América Latina y, en particular, del Grupo Andino, sin respaldo constitucional adecuado, los países han querido adentrarse en un proceso de integración sin atender las exigencias constitucionales y basados solo en apreciaciones políticas y económicas o, a lo sumo, en precarias interpretaciones constitucionales. Así ha sucedido en el Pacto Andino, ahora Comunidad Andina, en la que sólo Colombia, desde 1968, y ahora Venezuela, desde 1999, han resuelto constitucionalmente las exigencias institucionales del proceso.

Con esas precarias bases, estimamos que el proceso no podrá avanzar con base jurídica sólida y corre el riesgo de producir frustraciones. En este sentido, la experiencia del derecho comunitario europeo y su fundamentación constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea constituyen una enseñanza ejemplar de Derecho Comparado de obligatoria atención para otros procesos de integración regional.



# EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO Y EL MERCADO COMÚN ANDINO

JORGE CASTRO BERNIERI\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El proceso andino de integración ha alcanzado en la dimensión comercial algunos de sus logros más importantes y tangibles. Esto no fue siempre así. Los primeros veinte años de la integración andina se caracterizaron por la aplicación de un modelo de «desarrollo hacia adentro», que bien pronto se reveló insuficiente y que, en sí mismo, limitó el potencial del comercio para generar vínculos concretos de interdependencia que fueran llevando la integración hacia otros campos.

La primera etapa del Acuerdo de Cartagena estuvo signada por un modelo cerrado, basado en la industrialización a través de la sustitución de importaciones. A estos efectos, los países andinos procedieron por varias vías: mantuvieron importantes barreras a las importaciones de terceros países sobre la base de aranceles elevados y de otras restricciones comerciales; pero, además, limitaron el ámbito de la integración comercial regional al campo de los productos no elaborados dentro de la subregión andina. Dicho en otras palabras, cada país se aferró celosamente a sus respectivas producciones nacionales y sólo se liberaron, en el comercio intrarregional, aquellas mercancías que no se elaboraban en la zona. Todo lo anterior se complementó con un esquema de planificación industrial que, en su momento, llegó a incluir la repartición burocrática de producciones por país.

Sin embargo, los países andinos relanzaron, a finales de la década de los ochenta, su proceso de integración sobre la base de un esquema radicalmente

---

\* Abogado por la Universidad Central de Venezuela y Master en Relaciones Internacionales por Georgetown University (Washington, DC). Ex-asesor jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina en Lima.

distinto. En esta ocasión, se decidió conformar una zona de libre comercio sin sectores exceptuados y establecer un modelo abierto para el comercio con terceros países sobre la base de un arancel externo común relativamente bajo.<sup>1</sup> El relanzamiento de la integración andina coincidió con un proceso de apertura que cada uno de los países del grupo estaba promoviendo para el comercio y la inversión extranjera.

El nuevo esquema de la integración andina ha promovido la creación de comercio dentro del grupo. En el giro de pocos años y en medio de circunstancias particularmente complicadas para la región, el comercio intracomunitario superó la barrera de los mil millones de dólares anuales para llegar a ubicarse entre los cinco y seis mil millones de dólares por año. Este hecho es particularmente destacable cuando se toma en cuenta que, a diferencia de otros esquemas regionales como Europa y MERCOSUR, la integración andina partió de una base insignificante de intercambio comercial. En otros acuerdos, los Países Miembros han consolidado y fortalecido tendencias ya existentes de intercambio. En general, muchos de estos países eran socios comerciales importantes incluso antes de la firma del acuerdo. En cambio, la región andina estuvo secularmente fragmentada. Ya lo alertaba Simón Bolívar en su Carta de Jamaica de 1815, al referirse a las barreras que la Corona española imponía al intercambio entre las naciones americanas, «[...]las trabas entre provincias y provincias americanas, para que no se traten, entiendan, ni negocien[...]».<sup>2</sup>

El incremento del comercio entre los países andinos ha generado una corriente permanente de contacto entre ellos y ha llevado la integración hacia campos distintos del propiamente comercial. Las exigencias mismas del comercio ponen

---

<sup>1</sup> Como se explicará más adelante, Perú suspendió, en 1992, su participación en el proceso de conformación de la zona andina de libre comercio y de constitución de un arancel externo común. Esta situación empezó a ser corregida en 1997, cuando los países andinos definieron las reglas y modalidades para la incorporación de Perú a la zona de libre comercio. Este proceso ya ha concluido para la sustancial del comercio entre Perú y los demás países andinos (apenas queda un limitado grupo de productos a la espera de su desgravación arancelaria, pero el mismo ya disfruta de un margen de preferencias y tiene un cronograma de desgravación cuyo plazo máximo se extiende hasta el 2005). Mientras se escriben estas notas (octubre del 2002), los países andinos están avanzando en la definición de un nuevo arancel externo común que sería aplicado por los cinco países. De hecho, la Decisión 535 aprobó un arancel externo común para aproximadamente un 62% del universo arancelario. Este entrará en vigencia a partir del primero de enero del 2004. Véase Decisión 535, aprobada el 14 de octubre de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 854 del 16 de octubre de 2002 - Arancel Externo Común.

Esta y otras Decisiones de la Comunidad Andina, citadas en el presente artículo, así como las resoluciones de la Secretaría General y las sentencias del Tribunal Andino de Justicia, pueden ser consultadas en la sección de «Normativa andina» de la página web de la Secretaría General de la Comunidad Andina ([www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)).

<sup>2</sup> BOLÍVAR, Simón. «Contestación de un Americano Meridional a un Caballero de esta Isla» (Carta de Jamaica, 6 de setiembre de 1815). En BOLÍVAR, Simón. *Doctrina del Libertador*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1994, p. 54.

en evidencia la necesidad de disponer de actuaciones comunitarias en diversos temas. De este modo, se aprueban, por ejemplo, normas que comprometen a los cinco países a armonizar sus normas y prácticas nacionales en aspectos que tienen una directa incidencia sobre el comercio, ya que la existencia de estándares distintos puede, en sí misma, constituirse en una barrera al intercambio. En esta medida, el éxito en la integración comercial y los lazos de interdependencia que éste crea promueven también que la integración se extienda hacia temas no comerciales.

La creación de comercio intracomunitario ha tenido efectos positivos dentro de las economías y de las sociedades de los países andinos. El proceso de integración comercial ha expuesto a los sectores productivos de cada uno de los países a una mayor competencia, y esta conduce a una asignación más eficiente de los factores de producción en la subregión, a una especialización de las empresas y, en algunos casos, a la desaparición de empresas menos competitivas que operaban bajo el manto de la protección nacional. La integración comercial implica que se han ampliado opciones para los consumidores de la región, y eso aumenta sus posibilidades de consumo y contribuye de manera directa a la principal finalidad que el Acuerdo de Cartagena tiene, según proclama su artículo primero, «[...] procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión».

Esta creación de comercio también ha tenido un efecto positivo directo sobre los sectores productivos de la región, ya que ha generado empleo en sectores de alto valor agregado, ha promovido la competencia a nivel comunitario y ha provocado un aprendizaje exportador en muchas empresas de la región. Efectivamente, el nuevo espacio económico andino expone a la competencia a empresas nacionales que habían venido funcionando como monopolios o casi como monopolios en sus respectivos países. La intensificación de la competencia a nivel comunitario lleva entonces a la formación de producciones locales más fuertes y competitivas, y eso tiende a beneficiar, en última instancia, a la propia colectividad, ya que mejora el nivel de vida de los habitantes de la subregión.<sup>3</sup>

En conclusión, y si bien queda mucho por hacer, resulta obvio que una de las áreas en las cuales se ha conseguido un mayor avance dentro del proceso andino de integración es, justamente, el plano comercial.

---

<sup>3</sup> FRIGANI, Aldo y Michel WAELBROECK. *Disciplina della Concorrenza nella CE*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1996.

## 2. FORMACIÓN DEL MERCADO COMÚN ANDINO

El Acuerdo de Cartagena plantea el objetivo de construir un mercado común subregional que facilite la participación de los países andinos en el proceso latinoamericano de integración. Este objetivo programático del Acuerdo de Cartagena ha sido reiterado y desarrollado mediante sucesivas declaraciones de los jefes de Estado de la Comunidad Andina. Así, en las Actas de Quito,<sup>4</sup> Sucre,<sup>5</sup> Guayaquil<sup>6</sup> y Cartagena<sup>7</sup> (septiembre de 1995, abril de 1997, abril de 1998 y mayo de 1999, respectivamente), los Presidentes se refirieron a este tema.

El establecimiento de un mercado común consiste en la formación de un espacio económico ampliado en el territorio de los Países Miembros, en el cual los factores de producción (bienes, servicios, capitales y mano de obra) circulen libremente y sin restricciones, en condiciones análogas a las que regirían en un mercado nacional. A este respecto, un mercado común andino implica, hacia adentro, la remoción de cualquier obstáculo que impida, indebidamente, la libre circulación de factores productivos dentro del espacio comunitario; pero, además, implica, hacia fuera, el establecimiento y administración de una política comercial común que haga funcionar el grupo como un bloque único frente a terceros.

En palabras del Tribunal Andino de Justicia,

<sup>4</sup> En el Acta de Quito (septiembre de 1995), los Presidentes andinos manifestaron «[...] su decisión de impulsar la consolidación de la unión aduanera y considerar las acciones conducentes a la conformación de un mercado común andino [...]».

<sup>5</sup> En el Acta de Sucre (abril de 1997), los jefes de Estado decidieron «[...] avanzar hacia el establecimiento del mercado común [...]» y destacaron «[...] la irreversibilidad y constante incremento de los niveles de intercambio comercial intrasubregional [...], [instruyendo] a la Comisión de la Comunidad Andina proponer y emprender las acciones necesarias para el perfeccionamiento y profundización del proceso de integración subregional, para la conformación de un mercado común [...]».

<sup>6</sup> En el Acta de Guayaquil (abril de 1998), los Presidentes se comprometieron «[...] a ir consolidando el mercado común a través de la libre movilidad de los factores de producción [...]» y encomendaron «[...] al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada, con la colaboración de la Secretaría General, proponer los lineamientos para el perfeccionamiento y profundización del proceso de integración subregional andina, en cumplimiento del objetivo de conformar el mercado común [...]».

<sup>7</sup> En ocasión del Consejo Presidencial Andino, reunido en Cartagena con motivo de los 30 años de la firma del Acuerdo de Cartagena (mayo de 1999), los Presidentes reiteraron estos compromisos en los siguientes términos: «[...] Ratificamos nuestra firme decisión de profundizar el proyecto comunitario andino e impulsarlo hacia etapas superiores de integración política, económica, social y cultural [...]. Decidimos que, en el próximo lustro, las tareas prioritarias para profundizar nuestra integración serán el establecimiento de un Mercado Común [...]. Nos fijamos como propósito el establecimiento del Mercado Común Andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que, a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión [...]».



La organización del mercado común incluye la eliminación de los obstáculos que se oponen a la libre circulación de bienes, de personas, de servicios y de capitales, como punto de partida preponderante para el desarrollo de una estrategia común caracterizada por la coordinación de las políticas de los Estados Miembros, que se fundamenta en la búsqueda de grados superiores de integración para hacer tránsito hacia el mercado común latinoamericano establecido por el artículo 1° del Acuerdo de Cartagena como meta primordial del proceso de integración andina. El artículo 3° del mismo instrumento señala como mecanismo para alcanzar los objetivos del Acuerdo, la organización y establecimiento de un programa de liberación de intercambio comercial, más allá de los compromisos derivados de la ALADI, y del establecimiento de un arancel externo común. No cabe duda de que en virtud de estos instrumentos, la libertad de circulación de mercancías constituye hoy una etapa avanzada en el proceso de integración andina, hasta el punto de que es el momento oportuno para que la jurisprudencia comunitaria y la doctrina desarrollen la libertad esencial de circulación de mercancías como paradigma para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano.<sup>8</sup>

### **3. REGLAS BÁSICAS DEL COMERCIO INTRACOMUNITARIO ANDINO**

El espacio comercial andino se rige por una serie de principios que están formulados en sus aspectos básicos en el propio Acuerdo de Cartagena y que han sido desarrollados por normas de derecho derivado (decisiones y resoluciones) e interpretados por la doctrina administrativa de la Secretaría General y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Las reglas más importantes al respecto son las siguientes: (a) la obligación que tienen los Países Miembros de la Comunidad Andina de extenderse los tratamientos más beneficiosos que otorguen a productos de cualquier tercer país (la llamada «cláusula de nación más favorecida»); (b) la obligación de cada país de extender a los productos de los demás países de la Comunidad Andina los tratamientos más beneficiosos que otorgue a sus propios productos nacionales (la llamada «cláusula de trato nacional»); (c) la prohibición de imponer gravámenes o restricciones al comercio intracomunitario, incluyendo el cobro de aranceles; (d) el carácter automático e irreversible del programa de liberación comercial; (e) la obligación de mantener un arancel frente a las importaciones extracomunitarias, en los términos aprobados por la Comisión de la Comunidad Andina; y (f) la existencia de una política comercial común en materia de medidas de defensa comercial.

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 20 de junio de 1997 (Proceso, N.º 2-AI-96).

### 3.1. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

El Acuerdo de Cartagena establece una cláusula de nación más favorecida cuando señala, en su artículo 155º, que «[c]ualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros [...]».

En la práctica, esta disposición implica que el producto de terceros países nunca debería tener un trato más favorable que el producto similar que sea originario de la subregión. En este sentido, cualquier trato más favorable que un país andino conceda a un producto de un país tercero, sea por aplicación de un tratado o — incluso — por una concesión unilateral, tendrá que ser extendido de manera inmediata e incondicional a los productos similares originarios de la subregión.

Respecto a esta cláusula pueden hacerse varios comentarios. En primer lugar, como se nota de su lenguaje, la misma se aplica a «productos», esto es, a bienes, y no a otras áreas de la integración económica. Así, por ejemplo, esta cláusula no sería aplicable al comercio de servicios.<sup>9</sup> Tampoco sería aplicable para otras regulaciones comunitarias, como los derechos de propiedad intelectual<sup>10</sup> o las inversiones extranjeras.

<sup>9</sup> Sin embargo, el ordenamiento andino contiene una cláusula similar para el comercio intracomunitario de servicios, incluida en el artículo 7º de la Decisión 439. Véase la Decisión 439, aprobada el 11 de junio de 1998 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 347 del 17 de junio de 1998 - Marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina. Esta cláusula dispone que «[c]ada País Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el concedido a los servicios y prestadores de servicios similares de cualquier otro país, miembro o no de la Comunidad Andina [...]».

<sup>10</sup> El régimen andino de propiedad industrial contenía una cláusula de nación más favorecida en el artículo 2º de la Decisión 486. Véase la Decisión 486, aprobada el 14 de septiembre del 2000 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 600 del 19 de septiembre de 2000 - Régimen común sobre propiedad industrial. Esta cláusula, sin embargo, no estaba estipulada en beneficio de los nacionales de la Comunidad Andina sino, al contrario, en beneficio de nacionales de terceros países, y estaba basada en compromisos que los países andinos habían asumido en el marco de acuerdos multilaterales sobre la propiedad intelectual. El artículo 2º establecía que, «[c]on respecto a la protección de la propiedad industrial, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un País Miembro a los nacionales de otro País Miembro de la Comunidad Andina, se hará extensiva a los nacionales de cualquier miembro de la Organización Mundial del Comercio o del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial [...]».

Debe aclararse, al respecto, que, en la sentencia del 1º de febrero de 2002 (Proceso N.º 14-AN-2001), el Tribunal de Justicia declaró la nulidad total del artículo 2º de la Decisión 486, al considerar que el mismo modificaba la cláusula del artículo 155º del Acuerdo de Cartagena, «[...] haciéndola aplicable en circunstancias y a sujetos no previstos en la regulación contenida en el Acuerdo de Cartagena [...]».

En segundo lugar, la cláusula obliga a extender el trato de nación más favorecida a los demás países andinos de manera «inmediata e incondicional», hecho que implica que este trato no está sometido a condiciones de reciprocidad. Dicho de otra manera, si el país andino «A» otorga cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio al producto de un país tercero «X», entonces «A» debe extender un tratamiento al menos igualmente favorable a los productos similares originarios del país andino «B», independientemente del trato que el país andino «B» otorgue a los productos de «A».

En tercer lugar, la cláusula se refiere a productos similares y a productos originarios, hecho que lleva a la necesidad de determinar si el producto de la subregión que aspira a tener el tratamiento de nación más favorecida es similar al producto del tercer país y, por otro lado, si el producto que aspira a beneficiarse de este tratamiento es originario de la subregión. Efectivamente, como lo ha aclarado el Tribunal Andino de Justicia, «[...] la calificación del origen [...] posibilita el aprovechamiento de las ventajas del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena o, en su caso, de la Zona de Libre Comercio Andina [...]».<sup>11</sup>

### 3.2. LA CLÁUSULA DE TRATO NACIONAL

El Acuerdo de Cartagena también establece, en su artículo 74º, una cláusula de trato nacional en los siguientes términos: «En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales».

Mientras la cláusula de nación más favorecida prohíbe que se someta a un producto andino a un trato menos favorable que el que se concede a un producto similar de un tercer país, la cláusula de trato nacional prohíbe que se someta a un producto andino a un trato menos favorable que el que se concede a un producto similar nacional.

En su redacción actual, la cláusula de trato nacional del artículo 74º del Acuerdo de Cartagena está textualmente limitada a la materia de «impuestos, tasas y otros gravámenes internos». No abarcaría, por lo tanto, otras áreas de regulación interna que también pueden implicar tratamientos discriminatorios entre el producto nacional de un país andino y los productos similares importados de otros países andinos. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha extendido la obligación de otorgar trato nacional más allá de la materia tributaria. Así, al pronunciarse en un caso respecto del trato concedido a los licores originarios de otros Países Miembros de

---

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 1 de junio de 2001 (Proceso N.º 65-AN-2000).

la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia tomó en cuenta que los países de la subregión se han comprometido a otorgar trato nacional amplio a terceros países en el contexto de acuerdos como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el Acuerdo de Libre Comercio firmado entre México, Colombia y Venezuela (G-3). Por tal razón, el Tribunal manifestó que «[...] los licores originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional, y no discriminatorio, no sólo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes sino “en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior”, según el lenguaje de la OMC y del G-3 [...]».<sup>12</sup>

En la práctica, la cláusula de trato nacional implica que el producto originario de cualquiera de los países andinos nunca debería tener un trato menos favorable que el producto similar nacional. Dicho de otra manera, no se puede ejercer discriminación contra productos andinos en razón de su nacionalidad.

Respecto a esta cláusula pueden hacerse varios comentarios. En primer lugar, como se nota de su lenguaje, al igual que la cláusula de nación más favorecida, la de trato nacional se aplica a «productos», esto es, a bienes y no a otras áreas de la integración. Así, por ejemplo, esta cláusula no sería aplicable al comercio de servicios.<sup>13</sup> Tampoco sería aplicable a otras regulaciones comunitarias, como los derechos de propiedad intelectual<sup>14</sup> o las inversiones extranjeras.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 8 de diciembre de 1998 (Proceso N.º 3-AI-97).

<sup>13</sup> Sin embargo, el ordenamiento andino contiene una cláusula similar para el comercio intracomunitario de servicios, incluida en el artículo 8º de la Decisión 439, ya citada. Esta cláusula dispone que «[c]ada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General [...]».

<sup>14</sup> El régimen andino de propiedad industrial contiene una cláusula de trato nacional en el artículo 1º de la Decisión 486 del 2000. Véase Decisión 486, ya citada. Esta cláusula, en su forma original, establecía que:

«Con respecto a la protección de la propiedad industrial, cada País Miembro concederá a los nacionales de los demás miembros de la Comunidad Andina, 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 otorgue a sus propios nacionales, a reserva de lo previsto en los artículos 3 y 5 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y en el artículo 2 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

Asimismo, podrán conceder dicho trato a los nacionales de un tercer país, bajo las condiciones que prevea la legislación interna del respectivo País Miembro».

Debe aclararse al respecto que, en sentencia del 1º de febrero del 2002 (Proceso N.º 14-AN-2001), el Tribunal de Justicia declaró la nulidad parcial del artículo 1º de la Decisión 486, al considerar que «[...] La Comisión de la Comunidad Andina al ampliar la aplicación del principio de Trato Nacional en materia de propiedad intelectual a países no miembros de dicha comunidad modificó sustancialmente, sin tener competencia para ello, las normas que consagran tal princi-

En segundo lugar, como en el caso de la cláusula de nación más favorecida, la de trato nacional se refiere a productos similares y a productos originarios, hecho que lleva a la necesidad de determinar si el producto que aspira a beneficiarse es similar al producto nacional y, por otro lado, si es originario de la subregión. Efectivamente, como hemos señalado antes, la condición del origen es un requisito previo para disfrutar de las ventajas del programa de liberación del Acuerdo de Cartagena y de la zona andina de libre comercio.

### 3.3. PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES Y RESTRICCIONES AL COMERCIO INTRACOMUNITARIO

El Acuerdo de Cartagena establece la eliminación de los gravámenes y las restricciones en el comercio intracomunitario como un componente esencial del programa de liberación comercial. Al respecto, el artículo 71° del Acuerdo de Cartagena dispone que «[e]l Programa de Liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro».

A continuación de este, el artículo 72° del Acuerdo de Cartagena define qué es lo que se entenderá por «gravámenes» y por «restricciones de todo orden». Los gravámenes son definidos como «los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados [...]».

En cuanto a la definición de gravámenes, el Tribunal Andino ha destacado que la misma

[...] no corresponde al criterio técnico tributario que lo restringe al campo de los impuestos, sino que cubre una generalidad de situaciones y dominios que trascienden el ámbito de la tributación, para cobijar bajo su manto todas aquellas situaciones con las cuales se pretenda recargar el valor de las importaciones que, por estar realizándose dentro de una zona de libre comercio, no deben gravarse con suma alguna derivada del hecho mismo de la importación, a no ser que se trate del cobro de los servicios que, directamente relacionados con tal hecho, deba sufragar el importador como contraprestación por tales servicios, generalmente constituidos por operaciones de descargue, estiba y desestiba, utilización de puertos y hangares, bodegajes, trámites concernientes al levante de las mercancías y demás usuales dentro del comercio inter-

---

pio en el Acuerdo de Cartagena y, por supuesto, ello entraña la nulidad de aquellas disposiciones en todo lo que excede la regulación general a que se refiere el artículo 74 del Acuerdo [...].

Como consecuencia de la sentencia del Tribunal, la cláusula quedó actualmente redactada en los siguientes términos: «Con respecto a la protección de la propiedad industrial, cada País Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros de la Comunidad Andina, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales».

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 24 de septiembre de 1999 (Proceso N.º 12-AN-99).

nacional de bienes [...] La definición legal no restringe el concepto de gravámenes a los derechos aduaneros sino que lo amplía, de una manera bien generosa, a «*cualesquier otros recargos de efectos equivalentes*», sin importar que tales recargos tengan tal o cual denominación, ni tampoco su naturaleza, que bien puede ser de carácter fiscal, de carácter monetario o de carácter cambiario y cuyo único condicionante es que incidan sobre las importaciones, encareciéndolas o dificultándolas [...]»<sup>15</sup>

Como se nota, la definición de gravámenes que contiene el Acuerdo de Cartagena admite como excepción que los países puedan hacer ciertos cobros que incidan sobre las importaciones originarias de otros países de la Comunidad Andina, siempre que éstos se refieran a tasas o recargos análogos que correspondan al costo aproximado de servicios prestados.

[...] El concepto de gravamen, tal como lo considera el Acuerdo de Cartagena, sólo [tiene] en la práctica, una excepción, cual es la referente a las tasas y recargos análogos, los cuales no quedan comprendidos dentro de dicho concepto pero con la condición ineluctable de que tales tasas o recargos correspondan al costo aproximado de los servicios que se le prestan al importador, en relación con el hecho mismo de la importación. Se trata, de que los Países Miembros puedan razonablemente recuperar a través de este mecanismo los costos que asumen al facilitar las operaciones de importación mediante el concurso de su infraestructura física y administrativa. Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con los impuestos, las tasas son generalmente establecidas para ser pagadas por los usuarios de un servicio determinado y sus tarifas se fijan en proporción o en correspondencia con el costo de tales servicios.<sup>16</sup>

El mismo artículo 72º del Acuerdo de Cartagena establece que «[...] Se entenderá por “restricciones de todo orden” cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral [...]».

Según el Acuerdo de Cartagena, no quedarán comprendidas en el concepto de restricciones la adopción y el cumplimiento, por parte de los Países Miembros, de medidas destinadas a: (a) la protección de la moralidad pública; (b) la aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; (c) la regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los países miembros; (d) la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; (e) la importación y exportación de oro y plata metálicos; (f) la protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y (g) la exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 24 de septiembre de 1999 (Proceso N.º 12-AN-99).

Las medidas unilaterales que los países dicten amparándose en este artículo constituirían excepciones a la calificación de restricciones. Sin embargo, el Tribunal Andino ha aclarado que esas excepciones tienen límites.

El artículo 72 establece que cualquier acción que afecte negativamente la libre circulación de mercancías, únicamente se justificaría por la necesidad de salvaguardar el interés general del país en casos plenamente justificados. Para que la restricción adquiera la categoría de justificatoria, según la competencia asignada a la Secretaría [General], es necesario que el acto interno del País Miembro esté inspirado en el principio de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella vaya dirigida, el cual deberá aparecer como causa directa o inmediata. Sólo así se garantiza que no haya lugar a duda de que la medida interna pueda amenazar subrepticamente el propósito esencial de la integración consistente en la libre circulación de mercancías.<sup>17</sup>

En palabras del Tribunal Andino, para que una medida unilateral se justifique dentro de las excepciones a la libre circulación de mercancías señaladas en el artículo 72° del Acuerdo de Cartagena debe reunir las siguientes condiciones: «(a) que exista proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella va dirigida; (b) que la medida esté vinculada directa e inmediatamente con la solución [del problema observado]; y (c) que el objeto que persiga la medida no pueda alcanzarse por otros medios menos restrictivos del comercio [...]».<sup>18</sup>

De nuevo, en palabras del Tribunal Andino,

Como excepción, fundamentándose en el artículo 72, un País podría, por ejemplo, dictar normas internas sobre el consumo del alcohol, de cigarrillos o de productos tóxicos para proteger la salud de las personas, pero tales normas deberían aplicarse, tanto a los productos nacionales como a los extranjeros sin discriminación alguna. En este caso la medida dejaría de ser restrictiva por tener el carácter de excepción, debiendo, en todo caso, guardar proporcionalidad entre la medida adoptada con los efectos que ésta pretende corregir.<sup>19</sup>

En definitiva,

Las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas dictadas unilateralmente por el País Miembro, que tengan por objeto y como resultado imposibilitar o restringir las importaciones, estarían comprendidas bajo las previsiones del Tratado sobre restricciones de todo orden. El Tribunal ha sostenido que por **medida** restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones. Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones, en

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 8 de diciembre de 1998 (Proceso N.º 3-AI-97).

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 26 de febrero de 1998 (Proceso N.º 1-AN-97).

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 8 de junio de 1998 (Proceso N.º 5-AN-97).

limitarlas o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional. Las medidas administrativas pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta las limitaciones directas a las importaciones.<sup>20</sup>

Para concluir, pueden hacerse varios comentarios. En primer término, la eliminación de gravámenes y restricciones es un elemento central dentro del Programa de Liberación de la Comunidad Andina. Este objetivo se logra no solo a través de la prohibición de establecer nuevos gravámenes y restricciones sino, también, mediante el desmonte de los eventuales gravámenes y restricciones aún existentes. De hecho, uno de los efectos de la liberación comercial es precisamente que permite hacer evidentes algunos obstáculos al comercio que antes pasaban inadvertidos.<sup>21</sup>

El Programa de Liberación establecido en el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (Artículo 71). La ejecución del Programa de Liberación, en términos generales, llevaría consigo dos tipos de compromisos para los Países de la Comunidad: dejar de aplicar y derogar todas las normas que establezcan gravámenes o restricciones de todo orden y abstenerse de imponer nuevos gravámenes o restricciones a las importaciones provenientes de la Subregión, salvo las disposiciones de excepción previstas en el propio Acuerdo.<sup>22</sup>

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que tanto el concepto de gravámenes como el de restricciones admiten excepciones que pueden amparar determinadas conductas de Países Miembros que no representan necesariamente incumplimientos de sus compromisos bajo las reglas del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena. En el caso de los gravámenes, la excepción fundamental es la que cubre a las tasas o recargos análogos que sean cobrados por los Países Miembros cuando éstos correspondan al costo aproximado de servicios prestados en relación con el hecho de la importación. En el caso de las restricciones, el artículo 72° del Acuerdo de Cartagena incluye una lista de casos en los cuales los países miembros podrían adoptar medidas unilaterales, aun cuando éstas tuvieran

<sup>20</sup> Énfasis en el original. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 8 de diciembre de 1998 (Proceso N.º 3-AI-97).

<sup>21</sup> En marzo de 1996, por ejemplo, la Junta del Acuerdo de Cartagena se pronunció respecto a la prohibición existente en un País Miembro a las importaciones de café tostado originario de la Subregión, calificándola de «restricción» al comercio. Esta prohibición databa de 1952, pero no fue sino a raíz de la liberación comercial ocurrida en la primera mitad de la década de los noventa cuando se abrieron las oportunidades de negocios que hicieron que los importadores se percataran de la existencia de la restricción. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 26 de febrero de 1998 (Proceso N.º 1-AN-97).

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 2 de junio del 2000 (Proceso N.º 19-AI-99).



el efecto de impedir o dificultar las importaciones de productos originarios de otros Países Miembros.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que, al tratarse de excepciones, los supuestos que amparan los cobros de tasas o recargos análogos por servicios prestados, o que amparan las medidas unilaterales adoptadas para el logro de alguno de los fines previstos en el artículo 72° del Acuerdo de Cartagena, son taxativos y además tendrían que ser interpretados de manera estricta. Por otro lado, al país que invoque la excepción corresponde la carga de probar que su conducta está amparada.

No debe olvidarse, finalmente, que las normas que limitan la libertad deben ser interpretadas restrictivamente, como excepción que son a la regla general, según un principio de interpretación universalmente aceptado: «[...] Tales limitaciones, que obviamente requieren de consagración expresa, han de ser interpretadas restrictivamente, como en este caso lo ha hecho el Tribunal».<sup>23</sup>

Como también lo ha explicado el Tribunal Andino, la medida adoptada por un País Miembro solo podría ser considerada como permitida dentro de las excepciones a los «gravámenes» si se trata de una tasa o un recargo análogo y corresponde al costo aproximado de servicios prestados, y solo podría ser permitida dentro de las excepciones a las «restricciones de todo orden» si entra dentro de los supuestos taxativamente contemplados en la lista contenida en los literales del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.<sup>24</sup>

En tercer término, debe notarse que la Secretaría General tiene constitucionalmente atribuida la función de verificar si la conducta de un País Miembro de la Comunidad Andina constituye un gravamen o una restricción al comercio intracomunitario. Así lo dispone el artículo 73° del Acuerdo de Cartagena cuando dice que, «[p]ara los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye “gravamen” o “restricción”».

Como lo ha señalado el Tribunal de Justicia, «La Secretaría General [...] está facultada por el artículo 73 del Acuerdo para calificar una medida adoptada por un País Miembro, como gravamen o restricción o, por supuesto, para considerarla como permitida dentro de las excepciones a los “gravámenes” [...] o a las “restricciones de todo orden” [...]».<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 18 de septiembre de 1990 (Proceso N.º 1-IP-90).

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 24 de septiembre de 1999 (Proceso N.º 12-AN-99).

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 24 de septiembre de 1999 (Proceso N.º 12-AN-99).

En estos casos, el pronunciamiento de la Secretaría General, a través de la calificación de la existencia de gravámenes o restricciones al comercio intracomunitario, ha sido considerado por el Tribunal de Justicia como el ejercicio directo de facultades que le vienen atribuidas directamente por el ordenamiento primario o fundacional de la integración. En palabras del Tribunal de Justicia, las facultades que ejerce la Secretaría General al velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico comunitario,

[...]le permiten disfrutar de un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario no subordinado a las Decisiones de la Comisión por constituir actos de ejecución directa de normas del Acuerdo [...] Entre las competencias exclusivas de la [Secretaría General] que establece el Acuerdo, y de las cuales se origina un derecho derivado no subordinado a las Decisiones de la Comisión, por ser actos de ejecución directa de normas del Acuerdo, se encuentra la del artículo 73 (antes 43), que en forma directa confiere a la [Secretaría General] facultad para que de «oficio o a petición de parte» determine «en los casos en que sea necesario si una medida adoptada unilateralmente por un País miembro constituye “gravamen” o “restricción”». <sup>26</sup>

Obviamente, la facultad de la Secretaría General en esta materia, al igual que en las demás, está sometida al control de la legalidad que ejerce el Tribunal de Justicia como órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina. Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en sentencia del 24 de septiembre de 1999, «[c]omo quiera que la Resolución que profiera la Secretaría General para emitir la calificación correspondiente es susceptible [...] de discusión judicial respecto de su legalidad, la cual se cumple ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es este organismo, en último término, el llamado a definir cuándo la medida unilateralmente adoptada constituye gravamen o restricción [...]». <sup>27</sup>

#### 3.4. CARÁCTER AUTOMÁTICO E IRREVERSIBLE DEL PROGRAMA DE LIBERACIÓN COMERCIAL

Los mecanismos descritos (la prohibición de nuevos gravámenes y restricciones, y la eliminación de los existentes, así como el trato nacional y el de nación más favorecida) configuran un programa de liberación que, según el artículo 75° del Acuerdo de Cartagena, es «automático e irrevocable» y comprende «la universalidad de los productos, salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que señala este Acuerdo».

El Tribunal Andino ha precisado el alcance del programa de liberación en los siguientes términos:

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 11 de febrero de 1999 (Proceso N.º 3-AI-98).

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 24 de septiembre de 1999 (Proceso N.º 12-AN-99).

Este Programa es, sin duda, uno de los principales mecanismos previstos por el Acuerdo de Cartagena para lograr los objetivos propios del proceso integracionista y, en especial, para obtener la formación gradual de un mercado común [...] El Programa de Liberación debe cumplirse de manera automática, aunque gradual, es irrevocable, y se refiere, en principio, a todo el conjunto arancelario o sea a la “universalidad de los productos” [...] este programa es también [...] flexible ya que puede dar lugar a la aplicación de la cláusula de salvaguardia.<sup>28</sup>

Efectivamente, el propio Acuerdo de Cartagena establece ciertas excepciones que permiten, en algunos casos, retroceder los avances del programa de liberación de manera transitoria. En primer término, se encuentran las excepciones a las cuales ya nos hemos referido para aquellas conductas que no se consideran gravámenes ni restricciones bajo los términos del Acuerdo de Cartagena.

En segundo lugar, el Acuerdo de Cartagena permite la aplicación de medidas de salvaguardia. Como veremos, el Acuerdo contiene cinco cláusulas distintas de salvaguardias: (a) salvaguardia para ciertos productos agrícolas (artículos 102° y 103°); (b) salvaguardia por balanza de pagos (artículo 107°); (c) salvaguardia por perjuicios graves en la economía nacional de un país miembro o en un sector significativo de su actividad económica (artículo 108°); (d) salvaguardia por perturbaciones en la producción nacional de un País Miembro (artículo 109°); y (e) salvaguardia cambiaria por alteración en las condiciones de competencia ocasionada por una devaluación monetaria (artículo 110°). Cada una de estas cláusulas tiene sus propias reglas sustantivas y de procedimiento. La invocación de una de estas cláusulas —y la verificación, en cada caso, de los supuestos previstos en el Acuerdo de Cartagena para su aplicación— permite, al País Miembro que lo solicite, retroceder el programa de liberación de manera limitada. Sobre este tipo de cláusulas haremos comentarios adicionales en la próxima sección.

En tercer lugar, el Acuerdo de Cartagena permite la aplicación de medidas correctivas, autorizadas previamente por la Secretaría General e indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión. Estas medidas correctivas sólo podrán ser aplicadas en los supuestos y luego del cumplimiento de los requisitos previstos en las normas que al efecto dicte la Comisión de la Comunidad Andina.<sup>29</sup> Entre las normas aprobadas por la Comisión al respecto y vigentes en la actualidad destacan las Decisiones 456<sup>30</sup> y 457,<sup>31</sup> que regulan las distorsiones a la competencia genera-

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 18 de septiembre de 1990 (Proceso N.º 1-IP-90).

<sup>29</sup> Acuerdo de Cartagena, artículos 105° y 106°.

<sup>30</sup> Decisión 456, aprobada el 4 de mayo de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 436 del 7 de mayo de 1999 - Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de *dumping* en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

<sup>31</sup> Decisión 457, aprobada el 4 de mayo de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 436 del 7 de mayo de 1999 - Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la

das por prácticas de *dumping* o subsidios en el comercio intracomunitario; y las Decisiones 370,<sup>32</sup> 371,<sup>33</sup> 415<sup>34</sup> y 535,<sup>35</sup> que establecen medidas correctivas frente a distorsiones generadas en la competencia subregional por diferencias en los aranceles aplicables a terceros países.

El carácter irreversible del programa de liberación quedó de manifiesto en 1997, cuando los Países Miembros de la Comunidad Andina acordaron reglas especiales para permitir la incorporación de Perú en la zona andina de libre comercio.<sup>36</sup> En esa ocasión, los países andinos consideraron necesario modificar el Acuerdo de Cartagena para permitir un cronograma para la desgravación arancelaria en el comercio entre Perú y los demás países, hecho que implicaba retroceder la liberación alcanzada en algunos productos.<sup>37</sup>

### 3.5. ARANCEL FRENTE A IMPORTACIONES EXTRACOMUNITARIAS

Otro de los principios básicos que rigen la integración comercial andina es la obligación que los Países Miembros de la Comunidad Andina han asumido de mantener un arancel frente a importaciones extracomunitarias en los términos aprobados por la Comisión. Sobre el particular, el artículo 3° del Acuerdo de Cartagena dispone que el «arancel externo común» será uno de los mecanismos y medidas que los Países Miembros de la Comunidad Andina emplearán para alcanzar los objetivos del proceso de integración enumerados en el propio Acuerdo. Por su parte, el artículo 90° del Acuerdo dispone que «[l]os Países Miembros

---

competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

<sup>32</sup> Decisión 370, aprobada el 26 de noviembre de 1994 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 166 del 2 de diciembre de 1994 - Arancel Externo Común.

<sup>33</sup> Decisión 371, aprobada el 26 de noviembre de 1994 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 167 del 7 de diciembre de 1994 - Sistema Andino de Franjas de Precios.

<sup>34</sup> Decisión 415, aprobada el 30 de julio de 1997 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 284 del 31 de julio de 1997 - Medidas correctivas por diferencias arancelarias entre Perú y los demás Países Miembros.

<sup>35</sup> Decisión 535, ya citada.

<sup>36</sup> Véase al respecto el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia en la Sentencia del 5 de noviembre de 1999 (Proceso N.º 1-AN-96).

<sup>37</sup> Véase Protocolo Modificatorio del Acuerdo Subregional Andino (Protocolo de Sucre) firmado en junio de 1997. La Disposición Transitoria Primera de este Protocolo señala que «No obstante lo previsto en el Artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, la Comisión de la Comunidad Andina definirá los términos del Programa de Liberación que será aplicado al comercio entre el Perú y los demás Países Miembros, a fin de lograr el pleno funcionamiento de la Zona Andina de Libre Comercio a más tardar el 31 de diciembre del año 2005 [...]».

Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda del Protocolo agrega que «El Capítulo sobre Miembros Asociados y la Disposición Transitoria Primera serán aplicados en forma provisional por los Países Miembros, mientras se llevan a cabo los trámites de ratificación requeridos por los ordenamientos nacionales respectivos».

se comprometen a poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión».<sup>38</sup>

La obligación contenida en el artículo 90° del Acuerdo de Cartagena se complementa con aquellas enunciadas en el artículo 98° del mismo texto. Este último artículo establece que «[l]os Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo. Igualmente, se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión [...]».

En la práctica, y desde un punto de vista legal, todo lo anterior significa que los países andinos han transferido el ejercicio de sus competencias normativas en materia de fijación de aranceles a la Comunidad Andina. De esa manera, según dispone el artículo 96° del Acuerdo de Cartagena, «[l]a Comisión, a propuesta de la Secretaría General, podrá modificar los niveles arancelarios comunes en la medida y en la oportunidad que considere conveniente para (a) adecuarlos a las necesidades de la Subregión; y (b) contemplar la situación especial de Bolivia y el Ecuador».

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado que

Es indudable que en la teoría de la integración, y particularmente, cuando se trata de construir una unión aduanera que abarque el territorio de varios países, lo esencial para que ello suceda es que cada uno de los territorios comprometidos se unifique con los otros para conformar, por una parte, un solo territorio dentro del cual las mercancías se muevan libremente sin sujeción al pago de aranceles aduaneros y por otra, un bloque unificado que en sus relaciones comerciales frente a terceros exija el pago de aranceles uniformes o comunes. Esto último, significa que, como acontece con otras medidas que deben armonizarse o integrarse, los Países Miembros renuncian a legislar soberanamente en materia de aranceles, pues tal facultad queda deferida, o si se quiere, delegada a los órganos competentes de la respectiva comunidad [...].

No cabe duda, entonces, que el Arancel Externo Común represente en la formación de la unión económica andina uno de los mecanismos decisivos para lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos. Sin él no puede hablarse de mercado común [...] Constituye con el programa de liberación, el ámbito indispensable para la construcción del mercado ampliado es, en otras palabras, parte sustancial de la existencia del mercado andino [...].

Las anteriores apreciaciones acerca del mecanismo tan significativo como el que constituye el Arancel Externo Común, dejan muy en claro que la vulneración o el irrespeto por parte de alguno de los países miembros a las disposiciones que lo conforman y regulan se erigen en un golpe directo y de graves consecuencias al proceso integracionista,

---

<sup>38</sup> Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 24 de agosto de 2001 (Proceso N.º 91-AI-2000).

razón por la cual deberá considerarse la conducta en tal sentido como un incumplimiento grave [...].<sup>39</sup>

El arancel externo común andino, en los términos en que ha sido aprobado por la Comisión de la Comunidad Andina, ha ido pasando por diversas fases. Mediante la Decisión 370, la Comisión aprobó un arancel externo común andino que, por su naturaleza, era una etapa de tránsito hacia la unión aduanera y se aplicaba a solo cuatro de los países de la Comunidad (Perú no participó del arancel aprobado en la Decisión 370). El arancel andino de la Decisión 370 contaba también con un régimen especial para uno de los países (Bolivia) y, tomando en cuenta los sobrecostos que este país enfrenta por su condición mediterránea, preveía un nivel de tarifas distinto pero comunitario. En otras palabras, en el caso de Bolivia, las tarifas arancelarias de la Decisión 370 no eran idénticas a las de los demás países, pero el arancel era comunitario en el sentido de que no podía ser alterado unilateralmente por ese país.

No obstante lo anterior, debe precisarse que el ordenamiento andino establece mecanismos de excepción al arancel externo común para atender situaciones de insuficiencia transitoria de oferta o de emergencia nacional. Estos mecanismos permiten que los países puedan obtener autorizaciones comunitarias para separarse temporalmente, en estos casos, de los niveles del arancel externo común (los llamados «diferimientos» del arancel externo común).<sup>40</sup>

### 3.6. POLÍTICA COMERCIAL COMÚN EN MATERIA DE MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL

El último de los principios básicos que rigen la integración comercial andina es la existencia de una política comercial común en materia de medidas de defensa comercial. Al igual que en el caso del arancel externo común, se trata de un área de regulación que ha ido pasando por diversas fases. En lo sustantivo, estamos hablando de dos temas diferentes. Por un lado, de la aplicación de medidas anti-dumping y compensatorias, es decir, de medidas destinadas a corregir o compensar los casos de discriminación de precios en el comercio internacional o los efectos de la concesión de subsidios. Por otro lado, estamos hablando también de las medidas de salvaguardia comercial, esto es, de las medidas transitorias que los países pueden invocar para exceptuarse temporalmente de sus compromisos comerciales en casos en los cuales el cumplimiento de dichos compromisos les está afectando de manera negativa.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 21 de julio de 1999 (Proceso N.º 7-AI-98).

<sup>40</sup> Véanse, por ejemplo, las Resoluciones 60 y 214 de la Secretaría General del 24 de febrero de 1998 y del 13 de abril de 1999, respectivamente, publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 325 y 427, del 26 de febrero de 1998 y 15 de abril de 1999, respectivamente - Criterios y procedimientos para los diferimientos al Arancel Externo Común destinados a atender situaciones de emergencia nacional.

La otra distinción que habría que hacer es entre la aplicación de medidas antidumping y compensatorias, y de salvaguardias comerciales en el comercio intracomunitario, y la aplicación de este mismo tipo de mecanismos a importaciones de terceros países.

### 3.6.1. Medidas antidumping y compensatorias, y salvaguardias en el comercio intracomunitario

En el caso del comercio intracomunitario, la imposición de medidas antidumping y compensatorias o de salvaguardias comerciales es claramente una excepción a los compromisos de liberación comercial asumidos por los países andinos. Se trata, en todo caso, de una excepción autorizada por el propio Acuerdo de Cartagena.

Los artículos 105° y 106° del Acuerdo de Cartagena, que juntos conforman el Capítulo VIII del Acuerdo sobre Competencia Comercial, disponen que

[...] la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como "dumping", manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente [...] Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien [...].

Los Países Miembros no podrán adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General. La Comisión reglamentará los procedimientos para la aplicación de las normas del presente Capítulo.

Como hemos visto, en ejercicio de las facultades que le han sido conferidas en esta materia, la Comisión ha aprobado dos decisiones que desarrollan los principios contenidos en el Acuerdo y respectivamente regulan el tema de la aplicación de medidas antidumping y de medidas compensatorias en el comercio intracomunitario. Se trata de las Decisiones 456 y 457, ya citadas. De acuerdo con lo previsto en estas, la Secretaría General solo puede imponer medidas antidumping o compensatorias en los casos en que logre comprobar luego de una investigación la existencia de: (a) una práctica de dumping o de subsidios (dependiendo del caso), que distorsione la competencia; (b) un daño o perjuicio importante a la producción nacional de un país miembro; y (c) una relación de causa-efecto entre la práctica de dumping o de subsidios, y el daño o perjuicio importante.

Por otro lado, el Acuerdo de Cartagena también prevé cláusulas de salvaguardia que los Países Miembros de la Comunidad pueden invocar para exceptuarse transitoriamente de sus compromisos comerciales. Taxativamente, los supuestos previstos en el Acuerdo de Cartagena son los siguientes.

- **Salvaguardia para ciertos productos agrícolas.** Supuesto previsto en los artículos 102° y 103° del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de imponer a ciertos productos medidas destinadas a limitar las importaciones a lo necesario para cubrir los déficits de producción interna o a nivelar

los precios del producto importado a los del producto nacional. Las medidas que pueden ampararse en estos artículos están limitadas a una lista restringida de productos agrícolas, que es aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina.<sup>41</sup>

- **Desequilibrios en la balanza de pagos global de un País Miembro.** Supuesto previsto en el artículo 107° del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de extender al comercio intracomunitario las medidas que se hubieran adoptado para corregir desequilibrios en la balanza de pagos global de un País Miembro. Bajo este supuesto, no se pueden aplicar medidas contra productos específicos.
- **Perjuicios graves a la economía de un País Miembro o a un sector significativo de su actividad económica.** Supuesto previsto en el artículo 108° del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de imponer restricciones comerciales para corregir perjuicios graves que se hubieran causado o amenazado causar a la economía de un País Miembro o a un sector significativo de su actividad económica como consecuencia del cumplimiento del programa de liberación. Este supuesto no se referiría a la adopción de medidas contra productos específicos sino sobre toda la economía de un País Miembro o sobre un sector significativo de su actividad económica. El país solicitante tendría la carga de demostrar que los perjuicios graves han sido causados o amenazados por el cumplimiento del programa de liberación del Acuerdo de Cartagena. Este programa culminó desde principios de la década de los noventa para el comercio de todos los productos entre los países andinos (salvo, como hemos visto, para el caso de algunos productos entre Perú y los demás países, cuyo programa de desgravación concluirá a más tardar en el 2005).
- **Perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro.** Supuesto previsto en el artículo 109° del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de imponer restricciones comerciales para corregir perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro de la Comunidad Andina, causadas por las cantidades o condiciones en que ocurran importaciones de productos originarios de otro País Miembro. Bajo este supuesto, sólo se pueden aplicar medidas si existen «importaciones de productos originarios de la Comunidad» que, por sus cantidades o condiciones, causen «perturbaciones» en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro. El país solicitante tendría la carga de demostrar que la perturbación le ha sido causada por «importaciones de

---

<sup>41</sup> Véase Decisión 474, aprobada el 3 de febrero del 2000 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 530 del 4 de febrero de 2000 – Revisión de la lista de productos sujetos a la aplicación de los artículos 102° y 103° del Acuerdo de Cartagena en el marco de la profundización del proceso de integración.



productos originarios de la Comunidad» y no por las importaciones de terceros, hecho que requeriría, en todo caso, de un análisis separado —no acumulativo— del efecto de las importaciones (comunitarias, por un lado; y extracomunitarias, por el otro) sobre la producción nacional del país solicitante.

- **Alteraciones en las condiciones normales de competencia causadas por la devaluación monetaria efectuada por un País Miembro.** Supuesto previsto en el artículo 110° del Acuerdo de Cartagena, consistente en la posibilidad de imponer medidas para corregir alteraciones en las condiciones normales de competencia causadas por la devaluación monetaria efectuada por un país miembro de la Comunidad Andina.

Las medidas mencionadas aplicables al comercio intracomunitario —tanto las medidas antidumping y compensatorias como las salvaguardias comerciales— son un anacronismo en el actual nivel de evolución de la integración andina. Por un lado, las medidas antidumping son mecanismos correctivos para los casos en que un productor discrimina precios en mercados segmentados y causa un daño a un competidor local en el mercado de importación. No pareciera haber justificación para mantener la posibilidad legal de aplicar este tipo de mecanismos al interior de un mercado integrado, en el cual no hay barreras para la reexportación de productos. En un mercado integrado, sólo pudiera sostenerse que la discriminación de precios puede producir efectos negativos si es que, en la práctica, existe una empresa que tiene posición de dominio dentro del mercado. En este caso, el mecanismo óptimo sería la normativa sobre libre competencia<sup>42</sup> y no la aplicación de medidas antidumping.

Por otro lado, tampoco se justifica mantener la posibilidad legal de aplicar medidas compensatorias en el comercio intracomunitario para aquellos casos en que el exportador de un País Miembro reciba algún tipo de subsidios y esta medida cause un daño a un competidor local en el mercado de importación.<sup>43</sup> A diferencia de la discriminación de precios, que es el resultado de una decisión empresarial, los subsidios son prácticas gubernamentales. Ningún acuerdo internacional prohíbe de manera general los subsidios y, por el contrario, varios de ellos reconocen el importante papel que los subsidios pueden jugar como parte de políticas para el desarrollo.<sup>44</sup> De hecho, la teoría económica admite que los subsidios son un ins-

---

<sup>42</sup> Actualmente contenida en la Decisión 285, aprobada el 21 de marzo de 1991 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 80 del 4 de abril de 1991 – Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.

<sup>43</sup> Véase CASTRO BERNIERI, Jorge. «Comentarios en torno a las medidas compensatorias en el ordenamiento jurídico andino». En: INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL ESTADO LARA. *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1995.

<sup>44</sup> El párrafo 27.1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC señala que «[l]os Miembros reconocen que las subvenciones pueden desempeñar una función importante en los programas de desarrollo económico de los Miembros que son países en desarrollo».

trumento válido de política pública y, en muchos casos, incluso ayudan a corregir distorsiones del mercado. Sin embargo, varios tratados comerciales (entre ellos, destacan los acuerdos de la OMC) permiten la imposición de medidas compensatorias para corregir los efectos de los subsidios en productos exportados. La imposición de medidas compensatorias no implica una censura hacia la práctica de subsidios, ni siquiera hacia el subsidio específico que sea compensado, sino que es apenas un mecanismo sub-óptimo frente a la imposibilidad de disponer de disciplinas más precisas sobre subsidios a nivel internacional.

Así las cosas, no parece justificarse la posibilidad de aplicar medidas compensatorias en el comercio intracomunitario en el marco de un acuerdo de integración profunda como el andino. Lo lógico sería, por el contrario, que los países andinos dispusieran de una normativa comunitaria en materia de ayudas estatales, que aclare cuáles subsidios son permisibles en productos que se comercien en la subregión. Así, si un País Miembro transfiere recursos públicos para subsidiar una determinada actividad, y ese subsidio entra dentro de una categoría que sea comunitariamente definida como «permisible», carece de lógica que otro país andino anule los efectos de ese subsidio a través del cobro de medidas compensatorias. Si, por el contrario, un País Miembro concede un subsidio que distorsiona las condiciones de competencia dentro del mercado comunitario, no es lógico que sus efectos se compensen sólo en la medida en que un producto sea exportado y cause un daño a un competidor en otro país. De hecho, el subsidio pudiera generar distorsiones a las condiciones de competencia dentro del mercado comunitario incluso si el producto beneficiado no se exporta. El efecto distorsionante pudiera consistir en que el subsidio se convierta en una barrera no arancelaria para la importación de productos competidores de otros Países Miembros. Otra manera en que el subsidio pudiera crear distorsiones es generando una competencia desleal en contra de otros productos andinos de exportación hacia terceros mercados. En todos estos casos, la concesión misma de un subsidio de este tipo debería ser considerada un incumplimiento de la disciplina comunitaria y el subsidio infractor debería eventualmente ser eliminado por completo (y no simplemente compensado). Como se nota, el mecanismo óptimo sería en todo caso la existencia de una normativa comunitaria sobre ayudas estatales y no la aplicación de medidas compensatorias.

Finalmente, como se ha dicho, el actual sistema para la concesión de salvaguardias comerciales al comercio intracomunitario también constituye un anacronismo en el actual nivel de evolución de la integración andina. Efectivamente, el programa de desgravación comercial dentro de la Comunidad Andina ya ha tenido suficiente tiempo para producir muchos de los ajustes que se podían generar en los productores comunitarios. Pero es importante, sobre todo, notar que los países andinos han asumido compromisos en acuerdos comerciales a través de los cuales la aplicación de salvaguardias a las importaciones de terceros países está, en mu-

chos casos, sujeta a requisitos más estrictos que los que se aplican en el marco de la integración andina para importaciones intracomunitarias.<sup>45</sup>

### 3.6.2. Medidas antidumping y compensatorias, y salvaguardias a importaciones extracomunitarias

En el caso de importaciones extracomunitarias, la imposición de medidas antidumping y compensatorias o de salvaguardias comerciales es una clara manifestación de una política comercial común de los países andinos. En la medida en que la Comunidad Andina va adquiriendo la identidad de un mercado común o incluso de una unión aduanera, la aplicación unilateral de mecanismos de defensa comercial debe ceder el paso a la actuación comunitaria. No obstante lo anterior, debe precisarse que la aplicación comunitaria de medidas antidumping y compensatorias en la región andina a importaciones de terceros países es anterior a la formación de la unión aduanera y está formalmente justificada en el Acuerdo de Cartagena, no como parte del arancel externo común sino como desarrollo de las normas sobre competencia comercial previstas en los artículos 105° y 106°, que forman el Capítulo VIII.

La Decisión 283 regula la aplicación de medidas correctivas a importaciones extracomunitarias en casos de dumping o subsidios.<sup>46</sup> Hasta mayo de 1999, la Decisión 283 regulaba la aplicación de medidas antidumping o compensatorias tanto en el comercio intracomunitario como en el comercio con terceros países. Pero, a partir de la aprobación de las Decisiones 456 y 457 (referidas a los casos de dumping y de subsidios en el comercio intracomunitario, respectivamente), la Decisión 283 solo continúa vigente para el dumping o los subsidios en importaciones de terceros.

La Decisión 283 prevé dos supuestos de aplicación. El primero regula el caso en que la práctica de dumping o subsidio se origina en un país de fuera de la Comunidad y causa, o amenaza causar, un perjuicio importante a la producción nacional de un país andino destinada a su exportación a otro país andino. El efecto del dumping o subsidios haría que las importaciones extracomunitarias competirían deslealmente en un país andino con las exportaciones intracomunitarias de otro país andino.

El segundo supuesto se refiere al caso en que una práctica de dumping o subsidio en importaciones originadas en un país de fuera de la Comunidad cause, o amenace causar, un perjuicio importante a la producción nacional de un país andino, siempre que, para poder resultar eficaces, las medidas correctivas deban aplicarse en más de un país andino. Este supuesto correspondería a los casos en los cuales, como consecuencia del proceso de integración, el mercado relevante

---

<sup>45</sup> Véase Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

para el producto de que se trate es el mercado comunitario o, al menos, el mercado de más de un país andino, y no un simple mercado nacional.

De acuerdo con lo previsto en la Decisión 283, la Secretaría General solo puede imponer medidas antidumping o compensatorias en los casos en que logre comprobar luego de una investigación la existencia de: (a) una práctica de *dumping* o de subsidios (dependiendo del caso), que distorsione la competencia; (b) un daño o perjuicio importante a la producción de un País Miembro; y (c) una relación de causa-efecto entre la práctica de *dumping* o de subsidios y el daño o perjuicio importante.

Debe tenerse en cuenta que la Decisión 283 fue aprobada en 1991, varios años antes de la conclusión de las negociaciones comerciales multilaterales conocidas como la «Ronda de Uruguay», que dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, toda vez que los cinco países de la Comunidad Andina son actualmente miembros de la OMC, las autoridades comunitarias han tenido especial cuidado, en los casos en que les ha tocado aplicar la Decisión 283 a importaciones originarias de países terceros miembros de la OMC,<sup>47</sup> de interpretar sus normas de manera compatible con los acuerdos multilaterales.

La Comunidad Andina también dispone de una norma para la aplicación de medidas de salvaguardia comercial a importaciones de terceros países. Se trata de la Decisión 452, aprobada en 1999.<sup>48</sup> Bajo esta norma, los países podrían aplicar medidas de salvaguardia de manera comunitaria cuando se produzcan importaciones de terceros países en cantidades o condiciones tales que causen, o

<sup>46</sup> Decisión 283, aprobada el 21 de marzo de 1991 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 80 del 4 de abril de 1991 – Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de *dumping* o subsidios.

<sup>47</sup> La verdad es que estos casos han sido poco frecuentes. En un artículo reciente, se citaban 17 investigaciones antidumping o sobre subsidios adelantadas entre 1991 y 1999, por aplicación de la Decisión 283. De éstas, 13 correspondían a investigaciones intracomunitarias, antes de la entrada en vigencia de las Decisiones 456 y 457; dos eran sobre productos de países terceros no miembros de la OMC (Rusia, Ucrania y Kazajstán); y solo dos tenían que ver con países terceros miembros de la OMC. De estas dos, una fue un procedimiento para levantar unas medidas antidumping que habían sido impuestas en junio de 1990 a importaciones francesas de sorbitol, mientras que la otra fue una investigación sobre posibles subsidios en importaciones de productos farmacéuticos originarios de India que concluyó en febrero de 2000 por desistimiento de la empresa solicitante. Véase, CASTRO BERNIERI, Jorge. «La regulación de la competencia en la Comunidad Andina». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Einsa, mayo/junio 2000, n.º 207, pp. 49-67. Mientras se escriben estas notas (octubre de 2002), hay en curso dos investigaciones antidumping sobre productos de países terceros miembros de la OMC, una es relativa a importaciones de película de polipropileno biorientado de Estados Unidos y la otra a importaciones de sorbitol de Francia.

<sup>48</sup> Decisión 452, aprobada el 12 de abril de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 426 del 14 de abril de 1999 – Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina.

amenacen causar, daño grave a la producción andina de bienes similares o directamente competidores.

En la medida en que se vaya profundizando el proceso andino de integración y se vaya avanzando en la conformación de un mercado común, se hará cada vez más frecuente la necesidad de aplicar de manera comunitaria cualquier mecanismo de defensa comercial (tales como medidas antidumping, compensatorias o salvaguardias comerciales). Este requerimiento no excluirá, sin embargo, que en el futuro previsible coexistan mecanismos nacionales y comunitarios para la aplicación de medidas de defensa comercial. La aplicabilidad de uno u otro tipo de mecanismos dependerá en cada caso del mercado afectado. Si para el producto de que se trata el mercado funciona como un mercado nacional tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda, será suficiente con aplicar medidas nacionales. Si, por el contrario, como resultado del proceso de integración, el mercado para el producto de que se trata ha alcanzado ya las características de un mercado regional, los mecanismos nacionales no serán adecuados ni suficientes, y corresponderá aplicar medidas comunitarias.



# DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

ALEJANDRO FALLA\*

EDUARDO QUINTANA\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Los procesos de integración de los mercados han llevado consigo la aparición de una diversidad de nuevos problemas. Uno de ellos es precisamente el referido a los comportamientos anticompetitivos de los agentes del mercado, quienes suelen desarrollar conductas que no sólo distorsionan la competencia en el mercado sino que, eventualmente, impiden u obstruyen el proceso mismo de integración.

La eliminación de las prácticas anticompetitivas en el marco de los procesos de integración, si bien requiere de un marco institucional a nivel de los Países Miembros que soporte el proceso de competencia al interior de los mercados nacionales, también requiere de un marco institucional a nivel supranacional que permita perseguir y sancionar aquellas conductas que afectan directamente el proceso de integración y que, por distintas circunstancias, no pueden ser «capturadas» por el marco institucional propio de los Países Miembros.

El marco institucional de defensa de la competencia en el ámbito andino —básicamente recogido en la Decisión 285— ha revelado poseer innumerables debilidades y falencias. En los hechos, se ha registrado una escasa utilización de los mecanismos institucionales existentes por parte de los agentes afectados por las prácticas anticompetitivas.

Resulta imposible determinar a priori cuánto ha afectado el desarrollo de la competencia a nivel andino y del proceso mismo de integración, la existencia de

---

\* Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación por la London School of Economics and Political Science. Actualmente, es socio de Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados.

\*\* Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es abogado de la Gerencia de Relaciones Empresariales del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

un marco institucional débil para la defensa de la competencia. Lo único cierto es que, a diferencia de lo sucedido en otros procesos de integración, el derecho de competencia andino no constituye un instrumento que haya contribuido al logro del objetivo de la integración a través de la eliminación de aquellas conductas anticompetitivas orientadas a segmentar los mercados.

A continuación se realiza una breve descripción del derecho comunitario de la competencia, así como una reseña de los casos más importantes que, en esta materia, han sido resueltos por la Secretaría de la Junta. Finalmente, se hace una revisión del proceso dirigido a la reforma de la Decisión 285 y de los acuerdos alcanzados a nivel de los expertos gubernamentales.

## **2. PRINCIPALES ASPECTOS DE UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA REGIONAL**

El adecuado funcionamiento de una política de competencia depende, en gran medida, del marco institucional que la sustenta. Por ello, el diseño de las normas legales que forman parte de dicho marco institucional es crucial para el éxito de la política de competencia, en especial cuando ésta no sólo requiere armonizar intereses disímiles sino, también, realidades económicas y sociales distintas, como sucede con las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina.

Sin pretender que la siguiente descripción sea exhaustiva, a continuación se desarrollan los principales aspectos que debería abordar un sistema de defensa de la competencia en el ámbito regional para efectos de analizar posteriormente si las normas comunitarias andinas los cubren adecuadamente.

### **2.1. OBJETIVO**

Un aspecto básico que debe definirse al establecer el sistema de defensa de la competencia es el objetivo u objetivos que se persiguen a través del mismo. Existe acuerdo en que la política de competencia no es un fin en sí mismo sino un instrumento para lograr otros objetivos de relevancia para la sociedad. Sin embargo, la experiencia internacional indica que no existe consenso sobre cuáles deben ser estos objetivos.

En general, se entiende que la política de competencia busca proteger el proceso competitivo mismo, eliminando o evitando las restricciones que tiendan a obstaculizar su desarrollo. Bajo esta concepción, la competencia es un mecanismo para lograr una asignación eficiente de recursos y dirigirlos de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

Sin embargo, también se registran otros objetivos complementarios como la protección de la pequeña y mediana empresa frente a las de mayor envergadura; el mantenimiento de la justicia y equidad en el mercado; y el mantenimiento del sistema de libre empresa, entre otros.



Asimismo, en el ámbito de las políticas de defensa de la competencia a nivel regional también se considera como objetivo primordial el fortalecimiento de la integración económica de los mercados —países— involucrados.<sup>1</sup> Así sucede, por ejemplo, con la Comunidad Europea, en la que la política de competencia funciona como mecanismo para impulsar la integración económica al facilitar la libre circulación de personas, bienes y capitales en el mercado común; como instrumento para evitar que los particulares restablezcan barreras para impedir la entrada de agentes económicos en sus respectivos mercados nacionales; y como medio para promover la eficiencia, la innovación y los precios más bajos.<sup>2</sup>

Como resulta evidente luego de la enumeración anterior, en determinadas circunstancias pueden existir conflictos entre los objetivos de la política de competencia. En este caso, debe tenerse en cuenta que entre los fines más comúnmente aceptados se encuentra el lograr la eficiencia económica. Sin embargo, debe agregarse que, incluso entre los que aceptan como objetivo principal el de la eficiencia, existe discusión respecto a si la misma implica únicamente el bienestar del consumidor o el bienestar económico general, aunque puede afirmarse que normalmente la política de competencia pone mayor énfasis en el primero.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> KHEMANI, Shyam. «Objetivos de la Política de Competencia». *Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, vol. XXIV, n.º 2, pp. 18-19 y 25-29.

<sup>2</sup> BELLAMY, Ch. y G. CHILD. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 38-40. KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Great Britain: Hart Publishing, 1999, pp. 1 y 10. La importancia que adquiere la política de competencia dentro del conjunto de medidas de nivel regional de la Comunidad Europea se refleja en la consideración que tiene en las normas comunitarias de mayor jerarquía (por ejemplo en el Tratado de Roma, norma fundante de la Comunidad Económica Europea). Al respecto, el Tratado de Roma no sólo contempla como principio básico el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común (artículo 3º, inciso f), sino que además contiene una sección dedicada por completo al desarrollo de los aspectos que cubre la política de competencia. Allí prohíbe expresamente, entre otras cosas, las prácticas colusorias (artículo 85º), los actos de abuso de posición de dominio (artículo 86) y las ayudas estatales (artículos 92-94). La numeración de los artículos citados en la versión actual del Tratado de Roma, según el Tratado de Amsterdam (1999), es la siguiente: artículos 3º, inciso g), 81º, 82º y 87º-89º, respectivamente.

<sup>3</sup> Al respecto, Khemani ha señalado lo siguiente: «Consumer welfare increases when firms expand output and consumers pay lower prices. Producer welfare increases when firms can earn higher profits by charging higher prices. A total welfare approach entails evaluating the actual and potential net gains to both consumers and producers. For example, reduced output may increase prices, firm profits, and producer welfare while lowering consumer welfare. However, total economic welfare including consumer welfare may increase if higher firm profits are reinvested to gain dynamic efficiencies in terms of better production technology and/or improved product quality and service which lead to increased output and consumption. A stringent consumer welfare maximization approach to competition may foster static efficiencies at the cost of dynamic efficiencies». KHEMANI, Shyam. «The Role and Importance of Competition Advocacy in Promoting Competition». En: *Emerging Market Economy Forum: Workshop on Competition Policy and Enforcement*. Buenos Aires: OECD-World Bank-Gobierno de Argentina, 1996, p. 3.

## 2.2. INSTRUMENTOS

Un segundo aspecto que debe considerarse en el diseño de las normas de libre competencia son los instrumentos de política que pueden aplicarse en el ámbito regional. Los instrumentos regularmente utilizados dentro de una política de competencia suelen ser de dos tipos: aquellos que implican la sanción —algunas veces de carácter penal— de ciertas conductas (acuerdos entre competidores, ciertos acuerdos entre empresas no competidoras y ciertas conductas desarrolladas por empresas con posición de dominio en el mercado)<sup>4</sup> y aquellos que implican un control sobre la estructura de los mercados.<sup>5</sup> El debate sobre el alcance que deben tener dichos instrumentos dentro de la política de competencia se da a distinto nivel.

Por un lado, la condena de las prácticas colusorias, tales como la concertación de precios entre competidores, no ocasiona mayor discusión, debido a la mala asignación de recursos que generan, por lo que se asume el criterio de la ilegalidad *per se*.<sup>6</sup> Sin embargo, conductas empresariales como las restricciones verticales<sup>7</sup> o el abuso de posición de dominio<sup>8</sup> dan lugar a mayores debates sobre los criterios

<sup>4</sup> Sistema para sancionar —*ex post*— prácticas que restrinjan la competencia cuando éstas se han producido en el mercado y pueden evaluarse sus efectos perjudiciales sobre el mismo.

<sup>5</sup> Su finalidad es prevenir —*ex ante*— la formación de empresas, normalmente a través de las fusiones o adquisiciones, con un poder de mercado tal que eventualmente les permita incurrir a futuro en prácticas monopólicas.

<sup>6</sup> Colusión. «La Colusión se refiere a la combinación, la concertación o los acuerdos entre vendedores para elevar o fijar los precios y reducir la producción con el fin de aumentar la utilidad. A diferencia del término cartel, la colusión no necesariamente requiere de un acuerdo formal entre los miembros, sea éste público o privado. No obstante, es necesario anotar que los efectos económicos de la colusión y del cartel son los mismos, y a veces se utilizan los términos indistintamente. La colusión entre empresas para aumentar o fijar los precios y reducir la producción es considerada por la mayor parte de las autoridades como la violación única más grave de las leyes sobre competencia». KHEMANI, R. S. y D. M. SHAPIRO. *Glosario de Terminos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a la Leyes de Competencia*. Washington, D.C.: Banco Mundial y OECD, 1996, p. 7.

<sup>7</sup> Restricciones verticales. «Se refiere a ciertos tipos de prácticas por parte de los fabricantes o proveedores que se refieren a la reventa de sus productos. Las prácticas habituales adoptadas a este respecto son las restricciones al mantenimiento del precio de reventa (MPR), la distribución exclusiva, el territorio exclusivo o las restricciones al mercado geográfico. Bajo la distribución exclusiva y/o territorio exclusivo, un solo distribuidor es el único que obtiene los derechos de un fabricante para comercializar el producto. La literatura económica refleja que hay un amplio debate sobre si esto confiere poder de monopolio al distribuidor». KHEMANI, R. S. y D. M. SHAPIRO. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>8</sup> Abuso de posición dominante. «Prácticas comerciales anticompetitivas en las cuales se puede comprometer una empresa dominante con el objeto de mantener o mejorar su posición en el mercado. Estas prácticas comerciales de la empresa, aunque no exentas de controversia, se pueden considerar como la «explotación abusiva e impropia» del control monopolista de un mercado, encaminada a restringir la competencia [...] las prácticas comerciales impugnadas en casos reales en diversos países, aunque no siempre con resultados judiciales positivos, incluyen las siguientes: precios irracionales o excesivos, discriminación de precios, precios irrisorios, presión so-

a considerar para su prohibición, en tanto que no solo pueden generar una restricción de la competencia sino, también, diversas eficiencias. Por ello, la regla generalmente aceptada es la evaluación caso por caso, considerando los efectos de la práctica de acuerdo con la sana crítica,<sup>9</sup> principio que se conoce como el criterio de la *regla de la razón*.

Por otro lado, en cuanto a los instrumentos del control de estructuras, se discute si la concentración del mercado<sup>10</sup> es conveniente o no para el desarrollo del proceso competitivo, en particular cuando la misma es consecuencia de fusiones u otros actos horizontales y verticales.<sup>11</sup> Existen dos aproximaciones al problema de la concentración del mercado. La primera de ellas se sustenta en el sistema de prohibición absoluta, a través del cual se establece que una empresa no pue-

---

bre los precios por parte de las empresas integradas, negativa a distribuir/vender, ventas condicionadas o agrupación de productos, y la apropiación excluyente de recursos». KHEMANI, R. S. y D. M. SHAPIRO. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>9</sup> Sana Crítica. «Un enfoque jurídico utilizado por las autoridades o tribunales de la competencia mediante el cual se intenta evaluar los rasgos pro-competitivos de una práctica comercial restrictiva contra sus efectos anticompetitivos, con el objeto de decidir si tal práctica debe prohibirse o no. Probablemente se descubra, después de realizar un análisis, que algunas restricciones del mercado que *prima facie* dan lugar a asuntos relacionados con la competencia tienen beneficios válidos que aumentan la eficiencia. Por ejemplo, un fabricante puede restringir la oferta de un producto en diferentes mercados geográficos sólo a los minoristas existentes para que puedan obtener mayores utilidades y tener el incentivo de hacer publicidad del producto y prestar mejor servicio a los clientes. Esto puede tener el efecto de aumentar la demanda del producto del fabricante aún más que el incremento en la cantidad demandada a un precio inferior. Lo contrario de la sana crítica es declarar algunas prácticas comerciales ilegales *per se*, o sea, siempre ilícitas. En muchas jurisdicciones los acuerdos de fijación de precios y el mantenimiento del precio de reventa son *per se* ilícitos». KHEMANI, R. S. y D. M. SHAPIRO. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>10</sup> Concentración. «La concentración es en qué medida un número reducido de empresas o compañías representan una gran parte de la actividad económica, como las ventas totales, las propiedades o el empleo. Existen por lo menos cuatro conceptos claramente definidos dentro del término concentración: [...]. Concentración de la Industria o el Mercado (definida a veces como concentración del vendedor) que mide la posición relativa de las empresas grandes en el suministro de productos o servicios específicos como automóviles o préstamos hipotecarios. La tesis que subyace a la medición de la industria o la concentración del mercado es la teoría económica de la organización industrial que sugiere que, entre otras cosas, una alta concentración del mercado conduce a que las empresas se comprometan en actividades monopolistas, lo cual origina una mala asignación de recursos y un mal rendimiento económico. Dentro de este contexto, la concentración del mercado se utiliza como posible indicio de poder sobre el mercado». KHEMANI, R. S. y D. M. SHAPIRO. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>11</sup> Fusión Horizontal. «Fusión entre compañías que producen y venden los mismos productos, v.g., entre compañías competidoras. Si su tamaño es grande, las fusiones horizontales pueden reducir la competencia en un mercado y las autoridades encargadas de la competencia suelen supervisarlas. Las fusiones horizontales pueden verse como una integración horizontal de compañías en un mercado o entre mercados». Fusión vertical. «Una fusión entre compañías que operan en diferentes etapas de producción, o sea, desde materia primas hasta productos terminados y su distribución. Un ejemplo sería una siderúrgica que se fusiona con una empresa productora de hierro. Las fusiones verticales generalmente aumentan la eficiencia económica, aunque algunas veces pueden tener un efecto anticompetitivo». KHEMANI, R. S. y D. M. SHAPIRO. *Op. cit.*, p. 32.

de alcanzar determinada participación de mercado a través de operaciones de fusión, adquisición u otras de naturaleza similar. La segunda aproximación es una prohibición relativa, según la cual se sujeta dichas operaciones al control y autorización del Estado sobre la base del análisis costo-beneficio de las mismas, operación que permite analizar las eficiencias que podrían generar.<sup>12</sup>

Debe agregarse que entre los temas de la política de competencia que mayor énfasis han adquirido desde el punto de vista de su aplicación a nivel internacional —es decir, en contextos de mercados ampliados— se encuentran las prácticas colusorias y la autorización de fusiones y adquisiciones de empresas. Ello se debe a que dicho tipo de prácticas u operaciones de concentración empresarial son las que mayor impacto tienen en el comercio.<sup>13</sup>

### 2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El tercer aspecto relevante para el diseño de un sistema normativo de defensa de la competencia de nivel regional es el referido a su ámbito de aplicación, es decir, a la definición de los sujetos comprendidos y las prácticas prohibidas por dichas normas.

En cuanto a los sujetos comprendidos, las normas pueden ser de aplicación sólo a las empresas privadas y/o estatales, y, también, a los propios Estados. Sobre esto último, debe tenerse en cuenta que en varios casos son los propios Estados quienes generan las mayores restricciones a la competencia regional, ya sea imponiendo barreras de acceso en el mercado local a empresas de otros países de la región o beneficiando directa o indirectamente a las empresas nacionales.

Respecto a las prácticas prohibidas, las normas de competencia regional deben dirigirse a combatir aquellas conductas que involucren a dos o más países de la re-

<sup>12</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) - THE WORLD BANK. *A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. United States of America, 1998, pp. 5-7.

<sup>13</sup> Un equipo especial de investigación liderado por Eleanor Fox determinó que entre los aspectos de la política de competencia que mayor importancia tendrían en el futuro, por sus implicancias y efectos sobre el comercio, eran el *enforcement* internacional anticárteles y la investigación de operaciones de concentración empresarial con efectos sobre distintos países. Ello se debe a que este tipo de conductas o actos representan un serio peligro para el mercado y requieren de una estrecha colaboración entre las agencias de competencia nacionales, así como de convenios de cooperación internacional para hacer efectivos los pronunciamientos, prohibiciones y eventuales sanciones que pudieran imponerse en los procedimientos correspondientes. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *International Competition Policy Advisor Committee, Final Report 2000*. Washington, 2001. Al respecto, puede señalarse que si las prácticas colusorias y las autorizaciones de fusiones y adquisiciones internacionales de empresas constituyen aspectos de tanta importancia para efectos de la cooperación internacional entre agencias de competencia nacionales, con mayor razón lo son para efectos de establecer un sistema de defensa de la competencia de nivel regional o comunitario.

gión, en tanto que aquellas que involucren un solo país quedan sujetas a las leyes nacionales. Sin embargo, definir en qué supuestos se encuentran involucrados dos o más países puede resultar bastante complicado. Una concepción amplia considerará que existen dos países involucrados si la práctica se origina en uno y tiene efectos en otro país de la región. Una concepción más restringida considerará que existen dos países involucrados solamente si la práctica ocasiona efectos en dos o más países de la región. Al respecto, no debe olvidarse que una adecuada definición del ámbito de aplicación no sólo debe preocuparse por que los supuestos cubiertos sean distintos a los previstos por las leyes internas de cada país sino, especialmente, por que sean aquellos que no pueden ser enfrentados a través de estas últimas.

#### 2.4. ENTIDAD O ENTIDADES ENCARGADAS DE SU APLICACIÓN

Finalmente, un cuarto aspecto de relevancia está referido a las facultades de las instancias regionales para la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Si bien se trata de un tema práctico, no deja de ser importante definir con certeza las funciones que corresponden a los órganos regionales de defensa de la competencia y la relación que mantienen con las agencias de competencia nacionales.

La definición expresa y detallada de las funciones de cada uno de dichos órganos y de sus ámbitos de acción, en lo que toca a la aplicación de las normas de libre competencia, garantiza que las labores de los órganos regionales y nacionales sean complementarias. De lo contrario, podrían generarse diversos riesgos, ya sea por fricciones en el funcionamiento del sistema, por retraso de las investigaciones por duplicidad de funciones o por problemas por el exceso de injerencia de las autoridades regionales sobre los casos de índole nacional.<sup>14</sup>

En este sentido, deben otorgarse las facultades de investigación requeridas para analizar las diversas conductas posibles dentro de la complejidad de las prácticas restrictivas de la competencia, tanto para el inicio de las investigaciones como para la obtención de la información y pruebas requeridas. Asimismo, es fundamental dotar a los órganos regionales de las facultades coercitivas y punitivas suficientes para la ejecución de las decisiones que se emitan al final de procedimiento. De lo contrario, el sistema de defensa de la competencia a nivel regional resultaría inoperante.

---

<sup>14</sup> Sobre el particular, puede mencionarse, sólo a manera de ejemplo, que las relaciones entre la Comisión de la Comunidad Europea y las agencias de competencia nacionales europeas vienen siendo revisadas desde 1997, debido a los problemas ocurridos en la investigación de infracciones a las normas de libre competencia (duplicidad de funciones, ejecución de las resoluciones finales dependiente siempre de las agencias nacionales). Véase: *Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, DO C313, del 5 de octubre de 1997.

### 3. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

El establecimiento de normas destinadas a evitar las prácticas que distorsionan la competencia a nivel de la Comunidad Andina se encuentra relacionado con uno de los principales objetivos del Acuerdo de Cartagena. Dicho objetivo es la formación de un mercado común latinoamericano, cuyo fin último es procurar la mejora del nivel de vida de los habitantes de la subregión.<sup>15</sup>

Este objetivo general del Acuerdo de Cartagena ha sido reiterado y desarrollado mediante sucesivas declaraciones de los Jefes de Estado de la Comunidad Andina, en el sentido de proponerse que el establecimiento del mercado común se dé a más tardar en el 2005, logro que supone crear las condiciones necesarias para la libre circulación de personas, bienes y capitales en la subregión.<sup>16</sup>

El establecimiento de un mercado común supone la formación de un espacio económico ampliado en el territorio de los Países Miembros, en el cual circulen, libremente y sin restricciones, las personas y los bienes en condiciones análogas a las que regirían en un mercado nacional. Por ello, resulta necesario establecer instrumentos y políticas destinadas a evitar que las empresas y/o entidades públicas y/o privadas generen distorsiones a la competencia en dicho espacio económico ampliado.<sup>17</sup>

En tal virtud, el Acuerdo de Cartagena contempla en su sección denominada «competencia comercial» una amplia definición de lo que constituyen prácticas que pueden distorsionar la competencia en la región andina. En efecto, el artículo 105° del Acuerdo dispone lo siguiente:

<sup>15</sup> Acuerdo de Cartagena:

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** [el énfasis es nuestro]».

<sup>16</sup> Éste es el sentido de las Actas de Quito (setiembre de 1995), Sucre (abril de 1997), Guayaquil (abril de 1998) y Cartagena (mayo de 1999). Citadas por CASTRO BERNIERI, Jorge. «La Regulación de la Competencia en la Comunidad Andina». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, n.º 207, 2000, p. 49.

<sup>17</sup> *Ib.*, pp. 49-50. Castro Bernieri agrega también que el proceso de formación de un mercado común expone recíprocamente a los sectores productivos de los Países Miembros y a las empresas nacionales que funcionaban como un monopolio a una mayor competencia, por lo que es necesario crear las disposiciones legales requeridas para enfrentar las posibles restricciones a la competencia que trataran de imponerse.

Artículo 105. Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir **las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como «dumping», manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.** En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones [el énfasis es nuestro].

Como se advierte, la concepción contenida en el Acuerdo no distingue entre las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia y las medidas contra prácticas desleales del comercio, tales como el *dumping*.

En otros contextos como el de la Comunidad Europea, las normas de *dumping* sólo se emplearon transitoriamente en las relaciones entre los Estados miembros originales del Tratado de Roma hasta la formación de la unión aduanera y luego entre ellos y los nuevos Estados miembros de la Comunidad. Se ha señalado que el uso más apropiado de las normas de *dumping* en un proceso de integración no es para el comercio entre los Países Miembros del acuerdo de integración sino para las relaciones con terceros países. Sin embargo, las normas de *dumping* se han utilizado en la CAN para el comercio intrasubregional andino sin darles un carácter transitorio.<sup>18</sup> De esta forma, las normas andinas sobre *dumping* protegen la industria nacional de los Países Miembros de la CAN y no directamente la competencia en el mercado ampliado. Es discutible entonces que se las incluya como parte de la política de competencia de la CAN;<sup>19</sup> más aún, si resulta menos costoso para los agentes involucrados en el libre comercio atacar las prácticas predatorias o de discriminación de precios que puedan generarse entre los Países Miembros de un acuerdo integración mediante normas de libre competencia en vez de hacerlo a través de normas antidumping.<sup>20</sup>

Por otro lado, si bien se reconoce que la creación de un mercado común supone la necesidad de reafirmar las normas que garantizan la libre competencia,

<sup>18</sup> CÁRDENAS, Manuel José. «Legislación sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena». *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina, n.º 196, diciembre de 1993, pp. 25 y 35.

<sup>19</sup> Se ha discutido a nivel teórico si las normas de *dumping* pueden o deben ser reemplazadas por las normas de libre competencia. Véase, por ejemplo, MESSERLIN, Patrick. «Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?». *World Competition Law and Economics Review*, vol. 18, n.º 3, marzo 1995, pp. 37-54; MIRANDA, Jorge. «Should Antidumping Laws be Dumped?». *Law and Policy in International Business*, Georgetown, Georgetown University Law Center, vol. 28, n.º 1, otoño 1996, pp. 255-288; y MORGAN, Clarisse. «Competition Policy and Anti-dumping, Is it Time for a Reality Check?». *Journal of World Trade*, Geneva, vol. 30, n.º 5, octubre de 1996, pp. 61-88. Para el Perú puede verse: SOTOMAYOR, Abdías. «El Modelo de la Comunidad Andina: Análisis y Propuestas». *Thémis*, 2001, n.º 42, pp. 96-100.

<sup>20</sup> TINEO, Luis. «Acceso a los Mercados e Integración Económica en América Latina: Consideraciones de Política de Competencia». *Thémis*, 1997, n.º 36, p. 25.

también se ha planteado que la política de competencia debe adecuarse a las diferentes etapas en que se encuentre el proceso de integración. En este sentido, el énfasis de la política de competencia sería diferente según el mercado ampliado se encuentre en la etapa de unión aduanera, con la aplicación de un arancel externo común, o en la etapa del mercado único, con la eliminación de los obstáculos físicos, técnicos y fiscales al comercio.

De acuerdo con esta opinión, durante la etapa de unión aduanera se eliminan las barreras arancelarias pero subsisten los obstáculos no arancelarios al comercio; además, no se garantiza la libre circulación de recursos productivos primarios, tales como la mano de obra y el capital. Por ello, las medidas comunitarias deben centrarse en atacar las ayudas estatales o las subvenciones que conceden los gobiernos a sus empresas nacionales, mientras que las normas de competencia deberían evitar que los comportamientos de las empresas segmenten el mercado. Sin embargo, en el mercado único, el papel de las normas de libre competencia cobra mayor importancia, en especial en lo relativo al control de estructuras para evitar la concentración del mercado y las posiciones dominantes, así como en lo referente a la investigación de las restricciones verticales que pueden limitar sensiblemente la competencia desde un punto de vista de un mercado común (por ejemplo, a través de la distribución exclusiva o la asignación de territorios exclusivos).<sup>21</sup>

Es, dentro de dicha concepción sobre las normas de *dumping* y el distinto énfasis que se plantea para las políticas de competencia, que podría comprenderse la amplia definición contenida en el Acuerdo de Cartagena. No obstante, la falta de una distinción clara entre las prácticas desleales del comercio y las conductas restrictivas de la competencia ha llevado a la confusión de los alcances de la política de competencia de la CAN. Esta confusión ha quedado plasmada en todas las decisiones que se han emitido hasta la fecha para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia dentro de la Subregión e incluso ha permitido la preeminencia de las normas de *dumping* por sobre aquellas destinadas a evitar las prácticas restrictivas de la competencia.

La primera de ellas fue la Decisión 45, adoptada por la Comunidad Andina en diciembre de 1971 y al amparo del artículo 105° del Acuerdo de Cartagena. Esta decisión prohibía el *dumping*, las subvenciones, las restricciones a las exportaciones y las prácticas restrictivas de la libre competencia. Esta decisión estaba principalmente orientada a evitar las prácticas desleales del comercio y contenía disposiciones de carácter general que estaban destinadas a acumular experiencia

---

<sup>21</sup> DEACON, D. y F. CABALLERO SANZ. *Integración Económica y Política de Defensa de la Competencia*. Citado por CÁRDENAS, Manuel José. *Op. cit.*, p. 24.



para luego ampliar y precisar sus alcances a medida que el proceso de integración así lo requiriera.<sup>22</sup>

Dieciséis años después, es decir, en diciembre de 1987, se emitió la Decisión 230 en sustitución de la Decisión 45. Las motivaciones de esta nueva decisión fueron, entre otras, las siguientes: (i) perfeccionar los procedimientos de aplicación, haciéndolos más eficaces; (ii) establecer como requisito para la aplicación de medidas correctivas la existencia de una relación de causalidad entre las prácticas que distorsionan la competencia y el perjuicio o amenaza de perjuicio; y, finalmente, (iii) incluir las prácticas cometidas desde el territorio de un tercer país o de un País Miembro.<sup>23</sup>

El énfasis de esta decisión se centró también en las prácticas desleales del comercio, puesto que contempló de forma expresa como prácticas que distorsionaban la competencia solamente el *dumping*, las manipulaciones indebidas de precios y las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas.<sup>24</sup> Adicionalmente, como ya se ha mencionado, esta norma comunitaria introdujo el concepto de la relación de causalidad entre la práctica y el efecto perjudicial derivado de la misma, como elemento necesario para considerar dicha práctica como prohibida y sancionable.<sup>25</sup> La Decisión 230 no tuvo aplicación en lo que a prácticas restrictivas de la competencia se refiere debido, en parte, a que estaba pensada para otro tipo de conductas, como lo demuestra el hecho de haberse incluido el concepto de relación de causalidad, que es propio de la normativa referente a *dumping*, mas no de otras ramas como el Derecho de la Competencia.

Como consecuencia de la amplitud con que el Acuerdo de Cartagena define las prácticas que pueden distorsionar la competencia, la Comunidad Andina no estableció en su verdadera dimensión los alcances de la política de competencia

---

<sup>22</sup> ORTIZ, Graciela. «La normativa comunitaria en materia de libre competencia en la Comunidad Andina». *Thémis*, Revista de Derecho, Lima, Asociación Civil Thémis Revista de Derecho, 2001, n.º 42, p. 157. Al amparo de la Decisión 45, el Gobierno de Colombia presentó en 1975 una solicitud para la aplicación de medidas contra las supuestas manipulaciones de precios realizadas por la empresa chilena Laja Crown S.A. Dicha solicitud fue denegada en setiembre de ese mismo año por la Junta del Acuerdo de Cartagena.

<sup>23</sup> Considerandos de la Decisión 230.

<sup>24</sup> Decisión 230:

Artículo 1º. «Se consideran prácticas que distorsionan la competencia, entre otras, las siguientes: a) *Dumping*; b) Manipulaciones indebidas de los precios; c) Maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas; y d) Otras de efectos equivalentes».

<sup>25</sup> Decisión 230:

Artículo 7º. «Para su pronunciamiento, la Junta deberá tener en cuenta la existencia de pruebas respecto a: a) La existencia de las prácticas que distorsionan la competencia señaladas en el artículo 1 de la presente Decisión; b) La existencia de un perjuicio grave o amenaza de un perjuicio grave, derivado de dichas prácticas en los términos del artículo 2; y, c) *La relación de causa a efecto entre las prácticas y el perjuicio grave o la amenaza de perjuicio grave* [la cursiva es nuestra]».

regional. Asimismo, tampoco ha definido correctamente los alcances de las normas para proteger la libre competencia, ni menos aún les ha dado la prioridad que tienen, por ejemplo, en la Comunidad Europea. Previamente, ya se ha llamado la atención sobre estas limitaciones y la debilidad que ello significa para los ideales de integración y formación de un mercado común que tiene la Comunidad Andina.<sup>26</sup>

En un intento de perfeccionar las normas referentes a prácticas que pueden distorsionar la competencia en la Subregión, en 1991 se emitieron tres decisiones en las que se distinguió las diferentes conductas que constituyen prácticas desleales de comercio y prácticas restrictivas de la competencia: en primer lugar, la Decisión 283, que regula las distorsiones que generan las prácticas de *dumping* y subsidios; en segundo lugar, la Decisión 284, relacionada con los problemas generados por las restricciones a las exportaciones; y, finalmente, la Decisión 285, que establece las normas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia generadas por prácticas restrictivas de la competencia.

#### 4. NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

La Decisión 285 define el sistema de defensa de la competencia al interior de la Comunidad Andina y desarrolla por primera vez, en detalle, las prácticas que restringen la competencia subregional, sin asimilarlas directamente con el *dumping*, aunque manteniendo algunas referencias esporádicas a las prácticas que perturban el abastecimiento de materias primas.

---

<sup>26</sup> Al respecto, Jatar y Tineo señalan lo siguiente: «The open regionalism approach adopted by the Andean Group free trade area - later transformed into customs union - envisaged the rebirth of a truly integrated market. Regional tariff and non-tariff barriers were progressively reduced. Policy harmonization on rules of origin, transportation, export subsidies, antidumping and countervailing duties, intellectual property rights, standards and investment, among others, supplemented the extended trade liberalization effort. Consistent with the market-oriented endeavors developed at the national level, the Andean Group project was oriented to promote firms' growth on the basis of international competitiveness and efficiency. Nonetheless, competition policy is still a missing link of the integration project. This absence is surprising as the Andean Group project has tried to be a mirror image of the European Union in every aspect. Actually, there is no policy that had proven to be more successful for Europe's market integration than competition policy. The European Union competition policy has focused on business restrictive agreements aimed at keeping segmented the supposed-to-be single market. Unfortunately, the Andean Group has not seen this broad picture. The only attempt to address competition issues has fallen short and has been useless. The Cartagena Agreement of 1969 does not contain rules on competition like Articles 85 and 86 of the Treaty of Rome [la cursiva es nuestra]». JATAR, A. y L. TINEO. «Competition Policy in the Andean Countries, the Ups and Downs of a Policy in Search of its Place». En: *Conference U.S./Andean Trade and Investment Relations: Policy Issues and Choices*. Washington, 1997, p. 17.

#### 4.1. EL SISTEMA ANDINO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Decisión 285 establece como prácticas restrictivas de la competencia, por un lado, los comportamientos colusorios entre empresas (acuerdos, actuaciones paralelas y prácticas concertadas), de tipo horizontal o vertical; y, por otro lado, el abuso de posición de dominio, sea esta última individual o conjunta.<sup>27</sup> Entre las figuras expresamente prohibidas, la decisión contempla cuatro supuestos específicos que se repiten como modalidades de comportamientos colusorios y de actos de abuso de posición de dominio; y, además, una cláusula general, definida muy escuetamente:

- la manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización que resulten discriminatorias en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales;
- la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, así como las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;
- la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de dichos contratos; y
- otros de efecto equivalente.

Adicionalmente, la Decisión 285 prevé como modalidad específica de actuaciones colusorias el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas. Asimismo, contempla como modalidad específica de abuso de posición de dominio la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, como, por ejemplo, el no abastecer insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Decisión 285:

Artículo 3°. Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Los acuerdos a que se refiere el inciso anterior, podrán incluir aquellos de tipo horizontal o vertical que se celebren entre partes relacionadas de las empresas. A efectos de la presente Decisión también se considera como práctica restrictiva de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado [...].

<sup>28</sup> Artículos 4° y 5° de la Decisión 285.

El ámbito de aplicación de la Decisión 285 está constituida por aquellas prácticas que tengan su origen en la Subregión o en las que participe una empresa que desarrolla su actividad económica en un país andino. Adicionalmente, se señala que las prácticas que no tengan efectos en la Subregión quedarán sujetas a la legislación nacional. Aparentemente, el criterio adoptado por la norma andina es el origen de la práctica unido al efecto regional. En otras palabras, se trata de aquellas prácticas derivadas de la actuación de empresas situadas en uno o más países andinos o de la actuación de empresas no situadas en la Subregión pero que afectan la Subregión.<sup>29</sup>

Al igual que su antecesora, la Decisión 285 mantiene los mismos criterios de análisis, es decir, exige que se demuestre la existencia de la práctica restrictiva, el perjuicio o amenaza de perjuicio y una relación de causa y efecto entre la práctica y el perjuicio.<sup>30</sup> Adicionalmente, se prevén algunos elementos de juicio que pueden tenerse en cuenta para la evaluación del perjuicio y de la relación de causalidad, tales como la evolución del volumen de comercio de los productos involucrados, las diferencias de precios existentes y los efectos sobre la producción y las exportaciones.<sup>31</sup>

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se aplican las reglas de competencia establecidas, son dos las instancias competentes en esta materia. Por un lado, la Secretaría General de la CAN —anteriormente Junta del Acuerdo de Cartagena— que actúa como primera instancia, iniciando la investigación si

---

<sup>29</sup> Decisión 285:

Artículo 2°. Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro. Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros. Por intervención de un País Miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión. Quedan excluidas de la presente Decisión las prácticas que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva [...].

<sup>30</sup> Artículo 12° de la Decisión 285.

<sup>31</sup> Decisión 285:

Artículo 13°. La determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio y de la relación de causalidad con las prácticas restrictivas de la libre competencia, podrá basarse, entre otros, en el examen de: a) El volumen de comercio de los productos objeto de las prácticas, particularmente para determinar si se ha modificado de manera significativa, tanto en términos absolutos como en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado; b) Los precios de los productos o servicios objeto de las prácticas, en particular para determinar si son considerablemente diferentes a los precios de los productos o servicios similares en ausencia de las prácticas; y, c) Los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones afectadas por las prácticas, según se deduzca de las tendencias reales o virtuales de los factores económicos pertinentes, tales como: producción, ventas domésticas, exportación, distribución, participación en los mercados, utilización de la capacidad instalada, empleo, existencias y beneficios.

se presentan las pruebas y supuestos correspondientes, y pronunciándose al final sobre la existencia de la práctica denunciada y la procedencia de medidas correctivas. Como segunda instancia actúa el Tribunal Andino de Justicia, ante quien se elevan las apelaciones contra las resoluciones de la Secretaría General.

Los procedimientos de investigación se inician a pedido de los Países Miembros o de empresas con legítimo interés. El plazo para que se emita un pronunciamiento definitivo es de dos meses prorrogable por dos meses adicionales. En este plazo, la Secretaría General debe realizar las indagaciones que correspondan, contando para ello con el apoyo de los Países Miembros.<sup>32</sup>

Finalmente, de encontrar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, las medidas que pueden adoptarse son una declaración de prohibición y, adicionalmente, medidas correctivas para eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo. Estas últimas medidas podrán consistir en la autorización para que los Países Miembros donde la práctica tuvo efectos apliquen aranceles preferenciales —en relación con los compromisos arancelarios subregionales— a las importaciones de los productos afectados por la conducta prohibida. En cumplimiento de los pronunciamientos de la Secretaría General, los Países Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos de las prácticas restrictivas de la competencia.<sup>33</sup>

#### 4.2. CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA ANDINO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A pesar de los esfuerzos por establecer un sistema de defensa de la competencia y distinguirlo de las normas contra las prácticas desleales del comercio, la Decisión 285 mantiene aún confusiones al respecto y muestra diversas inconsistencias. Estos problemas se analizarán en función a los aspectos que debe incluir una política de competencia de nivel regional, desarrollados previamente.

##### 4.2.1. Regulación centrada más en el bienestar del productor que en la defensa de la competencia

Un primer aspecto que debe ser objeto de comentario son las confusiones de la Decisión 285 con las normas que regulan las prácticas de dumping, en particular en cuanto al objetivo perseguido por aquella norma comunitaria. De acuerdo con

---

<sup>32</sup> Artículos 6°, 8°, 10° y 11° de la Decisión 285.

<sup>33</sup> Decisión 285:

Artículo 16°. La Junta se pronunciará con una declaración de prohibición cuando determine la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia que genere amenaza de perjuicio o perjuicio. Podrá asimismo determinar la aplicación de medidas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo. Los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para que cesen sus efectos. Las medidas correctivas podrán consistir en la autorización para que los países donde realicen su actividad económica las empresas afectadas puedan aplicar aranceles preferenciales en relación con los compromisos arancelarios subregionales, para los casos de importaciones de los productos afectados por la práctica restrictiva de la libre competencia.

su propio texto, los principales objetivos de la Decisión 285 serían prevenir o corregir los perjuicios que las prácticas restrictivas de la competencia pueden tener sobre la producción o las exportaciones y también evitar el retraso sensible para la creación de una producción nacional.<sup>34</sup> Dichos objetivos son, por lo general, inherentes a las normas que prohíben las prácticas de dumping y no a aquellas relacionadas con la libre competencia.<sup>35</sup>

En este sentido, una interpretación estricta de los términos de la Decisión 285 podría llevar a concluir que su principal objetivo «no es el bienestar del consumidor», que es comúnmente uno de los principales objetivos de toda norma de libre competencia, sino, más bien, «el bienestar del productor». Más aún si se tiene en cuenta que la Decisión 285 incluye como elementos de juicio para determinar si existe perjuicio o amenaza de perjuicio aspectos tales como la evolución del volumen de comercio de los productos involucrados, las diferencias de precios existentes y los efectos sobre la producción y las exportaciones.<sup>36</sup> Este hecho fortalece la idea de que las normas de libre competencia de la CAN estarían inspiradas más por el deseo de buscar la protección de la industria de los Países Miembros que por la búsqueda de la eficiencia en beneficio del consumidor.

Pero además, el objetivo de bienestar del productor no se encuentra expresamente vinculado con el bienestar económico total, como en todo caso debiera esperarse considerando que el establecimiento del mercado común, según el Acuerdo de Cartagena, busca como fin último mejorar el nivel de vida de los habitantes de la Subregión. Más aún, tampoco se encuentra definida como objetivo de la Decisión 285 la integración económica andina, logro que resultaría conveniente para vincularla así, al menos indirectamente, con el objetivo del bienestar económico total.

#### 4.2.2. Control de conductas: ausencias e inconsistencias

En cuanto a los instrumentos de política de competencia contenidos en la Decisión 285, según lo que se ha mencionado, los mismos se limitan a establecer

---

<sup>34</sup> El artículo 2° de la Decisión 285 previamente citado establece lo siguiente: «Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para *prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones*, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia [...] Para los efectos de la presente Decisión, se entiende dentro de la amenaza de perjuicio, *el retraso sensible para la creación de una producción* [la cursiva es nuestra]».

<sup>35</sup> Muestra de ello es que el artículo 2° de la Decisión 283, que regula las prácticas de dumping y subsidios, también contempla esos mismos objetivos.

<sup>36</sup> Este tipo de elementos de juicio son propios de procedimientos de dumping o de restricciones a las exportaciones y/o importaciones. Baste mencionar que tanto la Decisión 283 (artículo 17°), que regula las prácticas de dumping, como la Decisión 284 (artículo 11°), que regula las restricciones a las exportaciones, contemplan con variantes menores los tres aspectos de análisis antes mencionados.

medidas de control de conductas, en especial relacionadas con actos de abuso de posición de dominio y comportamientos colusorios. Existen serias críticas por la ausencia de medidas sobre control de estructuras en el sistema andino de defensa de la competencia. En particular, se señala que en la etapa de implementación del mercado común es vital el establecimiento de reglas sobre la concentración de empresas fin de evitar posiciones dominantes en el mercado.<sup>37</sup> Asimismo, se sostiene que es un error no haber incluido en la Decisión 285 disposiciones sobre control de concentraciones económicas, ya que se considera que, con esta ausencia, el sistema andino de defensa de la competencia ha olvidado una de las prácticas que más afectan la competencia en mercados integrados.<sup>38</sup>

Por otro lado, en cuanto a los criterios contemplados para analizar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, debe señalarse que la Decisión 285 mantiene la exigencia de demostrar la relación de causalidad entre la práctica y el perjuicio ocasionado o la amenaza de perjuicio, criterio de análisis propio de las normas antidumping pero extraño a las normas que prohíben las actuaciones colusorias y el abuso de posición de dominio.<sup>39</sup> Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia en el ámbito internacional señalan que la investigación de prácticas restrictivas de la competencia tiene sus propios criterios de análisis (regla de la razón e ilegalidad *per se*), por lo que demostrar una relación de causalidad resultaría innecesario, tanto si se investiga un caso de abuso de posición de dominio como si se trata de una práctica concertada. Más aún, dicha exigencia podría constituirse en un estándar de prueba demasiado elevado en casos como las investigaciones por concertación de precios, que comúnmente se analizan como ilegales *per se*, presumiéndose sus efectos dañinos y bastando que se demuestre la existencia de la concertación para considerarla prohibida y sancionable.

Adicionalmente, también existen algunas inconsistencias en el diseño de las disposiciones de control de conductas contenidas en la Decisión 285, en particular referidas a la tipificación de las conductas prohibidas. Algunas prohibiciones tienen una tipificación ambigua, siendo el caso más notorio el de la prohibición de la manipulación indebida o fijación de precios u otras condiciones que resulten discriminatoria en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales (literal a) de los artículos 4° y 5°). Aparentemente, esta disposición sanciona un caso de precios discriminatorios. Sin embargo, la Decisión 285 no contiene ninguna otra prohibición expresa respecto a prácticas relacionadas con precios. En contraste, una de las conductas típicas y de mayor gra-

<sup>37</sup> CÁRDENAS, Manuel José. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>38</sup> JATAR, A. y L. TINEO. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>39</sup> Otros autores ya han señalado este problema: JATAR, A. y L. TINEO. *Op. cit.*, p. 18 y ORTIZ, Graciela. *Op. cit.*, p. 157. Cabe agregar que el artículo 16 de la Decisión 283 también contempla la relación de causalidad como un requisito para considerar ilegal la conducta investigada.

vedad que reconoce el Derecho de la Competencia es la concertación de precios entre competidores. De no interpretarse que la mencionada disposición se refiere a la concertación de precios, se concluiría que la Decisión 285 olvidó tipificar expresamente una conducta prohibida por excelencia. No obstante, dicha interpretación podría ser rebatida argumentando que la norma se refiere a que dichos precios resulten discriminatorios en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales. De ello se deduce que la ambigüedad de la tipificación de esta conducta puede generar serios problemas de aplicación en la práctica.

Respecto a la tipificación, también se puede señalar la duplicidad de supuestos expresamente prohibidos. Esta duplicidad se verifica en las cuatro modalidades de comportamientos colusorios prohibidos que han sido descritos y que también se encuentran previstos como casos de abuso de posición de dominio. Pero se hace más notoria si se comparan los literales a) y d) de los artículos 4 y 5 de la Decisión 285. Como ya se ha señalado, el primero prohíbe la manipulación indebida o fijación de precios u otras condiciones que resulte discriminatoria, mientras que el segundo se refiere, en general, a la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Siendo la finalidad, en ambos casos, prohibir un trato discriminatorio, hubiera bastado la tipificación genérica sin necesidad de incluir una prohibición específica relacionada con la discriminación de precios.

#### 4.2.3. Imprecisiones en la delimitación de su ámbito de aplicación

La Decisión 285 ha definido su ámbito de aplicación en función a que la práctica tenga su origen en la Subregión o en ella participe una empresa que desarrolla actividades en un País Miembro y siempre que tenga efectos en la Subregión.

Un problema inmediato de un ámbito de aplicación así definido se relaciona con las imprecisiones que del mismo pueden derivarse; en especial, porque no queda claro si la norma comunitaria se rige por el criterio del origen de la práctica unido al de sus efectos o únicamente por el criterio de los efectos, es decir, si basta que el infractor y el afectado por la práctica operen en distintos países andinos para que dicha norma sea aplicable o si se requiere que dicha práctica tenga efectos en más de un país andino. Adicionalmente, también pueden surgir problemas derivados de identificar lo que implica que una empresa desarrolle actividades en un País Miembro.

Dependiendo de la amplitud del ámbito de aplicación de la Decisión 285, otro tipo de problemas que pueden derivarse son los relacionados con el centralismo que podría originarse en la elevada injerencia de las autoridades regionales en distintos tipos de prácticas con efectos en un solo País Miembro y que ha sido duramente criticado en otros contextos como el de la Comunidad Europea.



#### 4.2.4. Facultades limitadas de los órganos comunitarios

Existen diversos puntos débiles en la estructura de aplicación de las normas andinas de defensa de la competencia, relacionados con las facultades de los órganos comunitarios para investigar prácticas restrictivas de la competencia y para dar cumplimiento a las órdenes de cese.

Una de las cuestiones críticas en cuanto a la investigación de prácticas anti-competitivas se refiere es la relacionada con el inicio de los procedimientos. La Decisión 285 sólo contempla la posibilidad de inicio del procedimiento a pedido de parte (ya sea por solicitud de un País Miembro o de empresas con legítimo interés), mas no el inicio por decisión de los órganos comunitarios. Esta limitación se derivaría del artículo 105 del acuerdo de Cartagena, que señala que la Secretaría General velará por el cumplimiento de las normas de libre competencia en los casos particulares que se denuncien.<sup>40</sup> La imposibilidad de iniciar investigaciones de oficio limita la capacidad de acción de las instancias comunitarias que por sus propias funciones y características son quienes podrían estar en mejor posición para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia con efectos de mayor gravedad y alcance sobre el mercado comunitario.<sup>41</sup>

Adicionalmente, otro aspecto que debilita la posición de los órganos comunitarios de defensa de la competencia son las facultades de investigación con que cuentan. Al respecto, las características de las prácticas anti-competitivas obligan a recurrir a pruebas de gran complejidad, ya sea por la dificultad para conseguir pruebas de cargo —como sucede, por ejemplo, con los indicios incriminatorios en el caso de concertaciones de precios— o por la sensibilidad de la información requerida, tal es el caso de las estructuras de costos para determinar la existencia de precios predatorios. Sin embargo, las facultades de investigación de los órganos comunitarios se encuentran reguladas de manera sumamente genérica y en función al apoyo de los organismos de enlace que cada País Miembro designe.<sup>42</sup> En este sentido, se puede afirmar que las facultades de investigación de los órga-

---

<sup>40</sup> CÁRDENAS, Manuel José. *Op. cit.*, p.26.

<sup>41</sup> Jatar y Tineo han señalado con acierto que la posibilidad de seleccionar y abrir investigaciones de oficio es el mayor poder que se tiene para vigilar por el cumplimiento de las normas de libre competencia y que, sin esa facultad, los órganos comunitarios andinos actúan como árbitros de conflictos privados más que como protectores de la competencia. JATAR, A. y L. TINEO. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>42</sup> Decisión 285:

Artículo 8°. Durante la investigación, la Junta podrá pedir y acopiar pruebas e informaciones de los organismos de enlace y, por su intermedio o directamente, de los productores, exportadores, importadores, distribuidores o consumidores que tengan interés legítimo en la investigación. Asimismo, ellos podrán suministrar informaciones, o en su caso, presentar alegatos a la Junta. En los casos en que la Junta pida, acopie o reciba pruebas e informaciones directamente, deberá comunicarlo a los organismos de enlace respectivos.

nos comunitarios no se encuentran debidamente desarrolladas y ello también les resta capacidad de acción oportuna y suficiente.

En cuanto a las facultades para hacer cumplir sus pronunciamientos, nuevamente se encuentra que el sistema establecido por la Decisión 285 resulta insuficiente, dado que no otorga facultades coercitivas ni punitivas a los órganos comunitarios de defensa de la competencia. Entre las opciones legislativas más exitosas y comúnmente utilizadas para que las agencias de competencia puedan exigir el cumplimiento de sus pronunciamientos está la de reconocer su facultad para imponer sanciones pecuniarias a los infractores. Sin embargo, la Decisión 285 no prevé dicha facultad.

Finalmente, merece un comentario aparte el mecanismo contemplado por la Decisión 285 para corregir —supuestamente— los efectos de las prácticas restrictivas de la competencia. Este mecanismo está constituido por las denominadas «medidas correctivas», que no son otra cosa que la autorización para que los Países Miembros donde tuvo efecto la práctica apliquen a las importaciones de los productos involucrados aranceles preferenciales distintos a los establecidos en los compromisos arancelarios subregionales.

Al respecto, como han sostenido algunos autores, las medidas correctivas parecerían más acertadas para un esquema proteccionista y no para uno abierto, que tiende precisamente a la eliminación de las preferencias a nivel nacional y subregional, como es el caso de la CAN.<sup>43</sup> Además, este tipo de medidas tiene carácter compensatorio en vez de ser un mecanismo para promover la competencia. En un extremo, podría generar el establecimiento de nuevas restricciones a la libre circulación de bienes y, en definitiva, tener un efecto perjudicial sobre el consumidor del mercado en el que se aplican los aranceles preferenciales. En este sentido, puede afirmarse que las medidas correctivas están orientadas a proteger los intereses particulares de la industria afectada y no el proceso de competencia.

Todas las confusiones e inconsistencias señaladas han llevado a afirmar que la Decisión 285 ha fracasado en promover la competencia en el mercado andino.<sup>44</sup> A pesar de la dureza de esta afirmación, la precariedad del sistema andino de defensa de la competencia parecería verse confirmada por la casi inexistente aplicación de las normas antes señaladas. En efecto, el número de conflictos en materia de libre competencia llevados a conocimiento de las instancias comunitarias ha sido muy escaso y en ninguno de ellos se demostró la existencia de la práctica denunciada.

---

<sup>43</sup> JATAR, A. y L. TINEO. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>44</sup> *Ib.*, p. 18.

## **5. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN**

Durante sus diez años de vigencia, solo se han presentado cuatro solicitudes para el inicio de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia al amparo de la Decisión 285. Dos de estas solicitudes fueron acogidas, iniciándose la investigación correspondiente, mientras que las otras dos fueron desechadas.

### **5.1. INVESTIGACIONES REALIZADAS**

#### **5.1.1. Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN**

En 1992, el Gobierno de Colombia solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena iniciar una investigación por supuesto abuso de posición de dominio cometido por la empresa Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN) por negarse a suministrar orto-xileno a las empresas colombianas ANDERCOL S.A. y CARBOQUÍMICA S.A., fabricantes de anhídrido ftálico y sus derivados. La norma invocada y presuntamente infringida por la denunciada era el artículo 5º, literales a) y c), de la Decisión 285.

El hecho que sustentó la denuncia fue que las dos empresas colombianas antes mencionadas solicitaron a PEQUIVEN cotizaciones para la venta de orto-xileno. En respuesta, obtuvieron ofertas con precios discriminatorios, en tanto que eran superiores a los precios que ofrecía dicha empresa a los compradores venezolanos.

La Junta consideró que la política de precios aplicada por PEQUIVEN, que había dado origen a la diferencia de precios entre las ventas locales y las de los excedentes exportables que demandaban las empresas colombianas, no respondía a la estrategia empresarial de PEQUIVEN sino a la voluntad política del Gobierno de Venezuela de promover la industrialización del sector petroquímico a través de la venta del producto involucrado a menores precios.

En tal virtud, la Junta concluyó que de la documentación presentada no se desprendían indicios sobre la existencia de un abuso de posición de dominio, declarando no a lugar el inicio de la investigación solicitada por el Gobierno de Colombia.<sup>45</sup>

#### **5.1.2. IMEZUCAR contra CIAMSA**

En 1995, la empresa venezolana Sociedad Mercantil Importadora y Exportadora de Azúcar S.A. (IMEZUCAR) solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena el inicio de una investigación contra las centrales azucareras venezolanas y las centrales colombianas, agrupadas en la Asociación de Comercialización Internacional de Azúcares y Mieles S.A. (CIAMSA), por supuestas prácticas concertadas y abu-

---

<sup>45</sup> Resolución N.º 326 (15/10/1992). <<http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r326.htm>>

so de posición de dominio conjunta constituidos por la fijación de precios de los azúcares de caña blancos o refinados, la imposición de destinos al producto vendido, la limitación de las exportaciones y la negativa injustificada de venta a la denunciante.

Los hechos materia de la denuncia fueron que CIAMSA había incluido en sus contratos una cláusula que restringía la posibilidad de que el azúcar que ella exportaba fuera vendida a Venezuela; asimismo, que tanto CIAMSA como los ingenios azucareros se habían negado a vender el producto a IMEZUCAR; y, finalmente, que existía un diferencial entre el precio de exportación del azúcar crudo de CIAMSA y el precio interno del azúcar refinado en Venezuela.

La Junta acordó iniciar la investigación pero únicamente por presuntas actuaciones concertadas entre las denunciadas.<sup>46</sup>

Tomando en cuenta toda la prueba actuada durante el proceso, la Junta consideró que no existían evidencias de un comportamiento concertado de las denunciadas.

En primer lugar, señaló que la agrupación de los ingenios y centrales colombianas en una relación mercantil a través de la creación de una empresa comercializadora—CIAMSA—, y el haberse presentado en el procedimiento mediante un apoderado común no eran por sí solos actos dirigidos a restringir la competencia subregional. Asimismo, expresó que no existían pruebas de que las denunciadas hubieran manipulado indebidamente los precios u otras condiciones de comercialización en términos discriminatorios y que, más bien, se había encontrado que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar eran consecuencia de la política de intervención del Gobierno en el mercado. Además, señaló que la exportación de azúcar crudo de Colombia a Venezuela para su refinación en este país podía tener otras explicaciones distintas a la concertación para controlar o limitar la producción o distribución de las empresas denunciadas, como, por ejemplo, utilizar la infraestructura de refinación excedente que tenía Venezuela y aprovechar el valor agregado que esta actividad podía darle al producto. Por último, indicó que si bien la existencia de la cláusula de exclusión de destino en los contratos de venta internacional de CIAMSA podía restringir el comercio, llegando a impedir la venta a compradores venezolanos como IMEZUCAR, no existía evidencia de que tal cláusula fuera producto de una concertación previa entre las denunciadas.

Por otro lado, la Junta analizó el tema del perjuicio supuestamente ocasionado por las conductas denunciadas. IMEZUCAR sostuvo que dicho perjuicio había quedado reflejado en el cierre de plantas, el despido de personal, así como en el deterioro general de sus estados financieros. Durante el procedimiento se

---

<sup>46</sup> Resolución N.º 391 (15/01/1996). <<http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r391.htm>>

comprobó que la rentabilidad de la actividad de empaque de azúcar blanco o refinado en Venezuela se había visto afectada por las distorsiones generadas por los controles de precios de venta máximos establecidos por el Estado. Igualmente, se determinó que, si bien IMEZUCAR había experimentado pérdidas en sus operaciones, no había evidencias de que ello fuera producto de la supuesta práctica denunciada. Por el contrario, se encontró que la denunciante había presentado una menor capacidad de adaptación a los cambios en las condiciones de mercado y tenía mayores costos y gastos de distribución que sus competidores.

Debido a que no se había demostrado la existencia de la práctica restrictiva de la competencia denunciada ni el perjuicio que la misma habría generado, la Junta desestimó la denuncia.<sup>47</sup>

### 5.1.3. BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN

En 1997, la empresa Polipropileno Biorientado del Ecuador Cía. Ltda. (BOPP) solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena iniciar una investigación contra las empresas Polipropileno del Caribe S.A. (PROPILCO) de Colombia y Polipropileno de Venezuela S.A. (PROPILVEN) por presunto abuso de posición de dominio al negarse injustificadamente a vender resina de polipropileno a la denunciante. La norma violada en este caso sería el artículo 5°, literal c) de la Decisión 285.

Los hechos denunciados fueron, por un lado, que, en diversas oportunidades, BOPP había hecho pedidos de venta de resina de polipropileno a PROPILCO sin que esta empresa atendiera dichos requerimientos; y, por otro, que, en algunos casos, PROPILVEN incumplió con sus compromisos de venta a BOPP, entregándole el producto de forma incompleta y tardía, mientras que en otros simplemente se negó a venderle la resina de polipropileno.

La Junta inició la investigación considerando que se había presentado la información requerida.<sup>48</sup> Dentro del procedimiento, las empresas denunciadas presentaron sus argumentos de defensa y justificaron las negativas de venta o las demoras en que habían incurrido. En efecto, PROPILCO señaló que BOPP había efectuado sus pedidos de venta de resina de polipropileno ante quienes no estaban encargados de las ventas, sin que luego se hubieran reiterado ante los empleados competentes; asimismo, que los pedidos de venta fueron por volúmenes fuera del promedio histórico de ventas anteriormente realizadas a BOPP. Por su parte, PROPILVEN señaló que la demora en sus entregas se había debido a que BOPP incumplió las condiciones y cronograma de pago que habían sido acordados. Finalmente, ambas empresas señalaron que la denuncia de BOPP se debía a que no había logrado un acuerdo con ellas sobre el precio y demás condiciones de venta.

---

<sup>47</sup> Resolución N.º 420 (01/08/1996). <<http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r420.htm>>

<sup>48</sup> Resolución N.º 484 (09/06/1997). <<http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r484.htm>>

Asimismo, también se convocó, dentro del procedimiento, a las partes para que manifestaran su interés en llegar a acuerdos comerciales. En la reunión concertada para dicho fin, BOPP señaló que no estaba en capacidad de comprar la resina de polipropileno al precio que pedían las denunciadas, el mismo que se encontraba incluso por encima del precio que tenían otros proveedores de terceros países.

La Junta consideró que la negativa de venta del producto por parte de las empresas denunciadas se debía a la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de venta, en particular sobre el precio de la resina. Asimismo, se tuvo en cuenta que una de las denunciadas había vendido el producto en cuestión a otras empresas ecuatorianas sin mayores dificultades. De acuerdo con lo anterior, la Junta concluyó que no se había demostrado la existencia de la práctica restrictiva de la competencia, por lo cual desestimó la denuncia.<sup>49</sup>

#### 5.1.4. Gobierno de Bolivia contra Del Llano

En 1999, el Gobierno de Bolivia solicitó a la Secretaría General de la CAN el inicio de una investigación en contra de la empresa colombiana Del Llano S.A. por supuestas actuaciones paralelas y abuso de posición de dominio a través de una publicidad falseada que buscaba limitar la importación y evitar competir con los productos del sector de oleaginosas de Bolivia. Como sustento de la solicitud se presentaron copias de un recorte de una publicidad efectuada por la empresa Del Llano en un diario de Colombia y de cuatro artículos publicados en diarios colombianos. De acuerdo con el solicitante, las prácticas denunciadas debían evaluarse en virtud de los artículos 3º, 4º y 6º de la Decisión 285.

De las evaluaciones preliminares llevadas a cabo a efectos de determinar la procedencia del pedido del Gobierno de Bolivia, se encontró que la empresa denunciada representaba aproximadamente el 2% de la producción colombiana de aceites refinados para consumo humano y que la publicidad efectuada parecía ser un caso aislado que sólo involucraba a la empresa del Llano. En este sentido, se determinó que la supuesta práctica desleal no se enmarcaba dentro de ninguno de los supuestos prohibidos por la Decisión 285, es decir, ni como una actuación paralela, que requiere la participación de por lo menos dos empresas, ni como un acto de abuso de posición de dominio, por la baja representatividad de la empresa denunciada en la industria respectiva.

Considerando lo anteriormente indicado, la Secretaría General resolvió declarar improcedente *in limine* la solicitud presentada por el Gobierno de Bolivia.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Resolución N.º 011 (09/09/1997). <<http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r011sg.htm>>

<sup>50</sup> Resolución N.º 389 (08/05/2000). <<http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r389sg.htm>>

## 5.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS ANDINAS DE LIBRE COMPETENCIA

Los comentarios que pueden hacerse respecto a las resoluciones antes mencionadas son de diversa índole. Manteniendo el mismo esquema inicial, se abordarán teniendo en cuenta los principales aspectos que debe cubrir una política de competencia de nivel regional.

### 5.2.1. Instrumento de protección comercial

Los términos en que las solicitudes de inicio de investigación fueron presentadas y los aspectos considerados para sostener que las prácticas denunciadas generaban un perjuicio confirman lo previamente señalado en el sentido de que la Decisión 285 puede ser considerada como un mecanismo de protección de la industria de los países andinos más que como un medio para custodiar el proceso competitivo.

En efecto, las solicitudes presentadas afirmaban que las prácticas tenían efectos perjudiciales sobre determinados fabricantes o productores, en vez de considerar, por ejemplo, sus posibles efectos sobre la competencia subregional o sobre el bienestar del consumidor. El caso más notorio fue el de la empresa IMEZUCAR, que señaló como perjuicio ocasionado por la práctica los problemas de rentabilidad que dicha empresa había enfrentado.<sup>51</sup>

### 5.2.2. Distorsiones generadas por los Estados

En cuanto a los instrumentos de política de competencia, debe mencionarse que la Decisión 285 no contiene disposiciones relativas al control de los actos o decisiones estatales que puedan tener el efecto de restringir la competencia o el ac-

---

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, puede mencionarse que el segundo considerando de la Resolución N.º 326 (Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN) señala lo siguiente: «Que en la solicitud se precisa que PEQUIVEN estaría incurriendo en los supuestos que configuran abuso de posición de dominio en el mercado, considerados en los literales a) y c) del Artículo 5 de la citada Decisión, lo cual estaría generando perjuicio a los fabricantes colombianos de anhídrido ftálico y sus derivados». Igualmente, el duodécimo considerando de la Resolución N.º 420 (IMEZUCAR contra centrales azucareras venezolanas y CIAMSA) indica lo siguiente: «Que [...] la empresa demandante manifestó que, tanto ella, como otras empresas venezolanas empaquetadoras de azúcar, habían sido perjudicadas por las supuestas prácticas restrictivas. Al respecto, la empresa demandada señaló, como evidencia del perjuicio a su producción, el cierre de plantas, el despido de personal, así como el deterioro general de sus estados financieros, como consecuencia de la negativa de las empresas denunciadas a suministrar azúcar blanco o refinado». De manera similar, el primer considerando de la Resolución N.º 011 (BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN) indica: «Que, como consecuencia de la solicitud presentada el 19 de mayo de 1997 por la empresa Polipropileno Biorientado del Ecuador, Cía. Ltda. (BOPP), la Junta del Acuerdo de Cartagena [...] inició una investigación sobre supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia [...] consistentes en el abuso de su posición de dominio en el mercado subregional de resina de polipropileno (comprendida en la subpartida NANDINA 3902.10.00), en perjuicio de las exportaciones ecuatorianas de película de polipropileno (comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00)».

ceso al mercado. Ello genera que los actos o decisiones de los gobiernos no sean objeto de cuestionamiento o que no sean revisadas por las autoridades andinas de defensa de la competencia.

Así, por ejemplo, en la investigación solicitada contra la empresa PEQUIVEN se señaló que la política de precios aplicada por dicha empresa, que era cuestionada como discriminatoria, no se debía a la estrategia empresarial de la misma sino a la política gubernamental venezolana destinada a promover la industrialización del sector petroquímico.<sup>52</sup> Situación parecida ocurrió en el caso de la investigación iniciada contra CIAMSA, en el cual se señaló que de las indagaciones realizadas se había encontrado que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar eran producto de las políticas de fijación de precios y de intervención del gobierno en el mercado.<sup>53</sup>

Con estos precedentes, los Países Miembros de la CAN podrían justificar políticas de intervención del mercado o de precios discriminatorios, aduciendo que se trataba de decisiones gubernamentales no regidas por los principios de libre competencia. Sin embargo, el hecho de que la decisión sea adoptada por el gobierno o por una empresa estatal no elimina la posibilidad de que origine situaciones potencialmente restrictivas de la competencia; más aún, cuando este tipo de políticas recaen sobre sectores productivos de especial importancia en el mercado nacional o son implementadas en empresas estatales que gozan de un monopolio en el mercado nacional.

Si bien la política de competencia debe cuidar que los agentes privados no distorsionen las condiciones del mercado, la política de competencia tiene además, en países en vías de desarrollo, una importante función como instrumento para evitar que los Estados incurran en prácticas o adopten decisiones de gobierno que perjudiquen la competencia efectiva, generando políticas internas incoherentes con sus propias normas de competencia, al no darles a estas últimas un rango mayor dentro de la jerarquía legal de cada país.<sup>54</sup> La necesidad de fortale-

---

<sup>52</sup> El quinto considerando de la Resolución N.º 326 (Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN) expresa lo siguiente: «Que según se aprecia en la documentación que acompaña a la solicitud, la política de precios aplicada por PEQUIVEN a los demandantes venezolanos del orto-xileno, si bien difiere de la aplicada a los excedentes exportables, no responde a la estrategia empresarial de dicha empresa, sino a la política gubernamental aprobada por el Consejo de Ministros de Venezuela el 29 de junio de 1990, la cual tiene por objeto promover la industrialización del sector petroquímico».

<sup>53</sup> En el octavo considerando de la Resolución N.º 420 (IMEZUCAR contra CIAMSA), se afirma lo siguiente: «Que, de las evidencias existentes, la Junta tampoco pudo comprobar el alegato de la empresa demandante en cuanto a la existencia de prácticas concertadas consistentes en la manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios, por parte de las empresas demandadas. De los elementos de información disponibles, se infiere que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar resultaron de políticas públicas de intervención en el mercado y de fijación de precios [...]».

<sup>54</sup> TINEO, L. *Op. cit.*, 18-20.



cer la política de competencia a nivel andino hace recomendable que se evalúe la posibilidad de introducir disposiciones para evitar que los Estados impongan barreras de entrada o restrinjan la competencia efectiva.

### 5.2.3. Efectos en un País Miembro

Todas las investigaciones solicitadas y realizadas a nivel de la CAN han involucrado prácticas con efectos en un solo país pero cuyo origen se encuentra en otro u otros países andinos. En efecto, en ninguno de los casos analizados hasta la fecha en virtud de la Decisión 285, la supuesta práctica restrictiva de la competencia tenía efectos en dos o más países de la comunidad.

Sin embargo, dada la naturaleza del sistema de defensa de la competencia de nivel regional, son precisamente las prácticas con efectos en dos o más países las que deberían ser de interés prioritario para la CAN, en tanto que dicho tipo de prácticas son las que podrían tener mayores efectos perjudiciales para el mercado ampliado. En parte, el tipo de investigaciones solicitadas podría entenderse considerando que, al parecer, el objetivo de la Decisión 285 es la protección de la industria nacional de los Países Miembros más que el proceso competitivo mismo. Asimismo, la focalización de las investigaciones en casos que involucran prácticas con efectos en un solo país también se comprende por la imposibilidad de la Secretaría General de iniciar investigaciones de oficio, hecho que limita la posibilidad de que el órgano comunitario dirija su atención a las prácticas con efectos en más de un país.

Esta situación deja abierto al debate el tema de definir el ámbito de aplicación de las normas andinas de defensa de la competencia, es decir, si se limita a las prácticas con efectos en dos o más países o incluye también las prácticas que sólo afectan a un país pero cuyo origen se encuentra en uno o más países comunitarios o no. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la inclusión del segundo supuesto ha generado problemas en la Comunidad Europea, ocasionando diversas fricciones entre los órganos comunitarios y las agencias nacionales de defensa de la competencia.<sup>55</sup>

Asimismo, también debe considerarse la función que para dichos efectos pueden cumplir los mecanismos de cooperación entre agencias de competencia na-

---

<sup>55</sup> Al respecto, el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85° y 86° del Tratado CE de 1999 proponía la descentralización de la aplicación de las normas comunitarias de libre competencia a fin de que las autoridades nacionales llevaran a cabo la investigación en los casos en que se encuentre en mejores condiciones para llevarla a cabo —a través de la declinatoria de competencia de la Comisión Europea—; pero, a su vez, también se proponía el fortalecimiento de las facultades de el órgano comunitario de defensa de la competencia para investigar asuntos de particular gravedad y el reforzamiento de su capacidad sancionadora. BENEYTO, José María. «Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia. El Libro blanco de la Comisión sobre Modernización y Descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, n.º 202, 1999, pp. 13-19.

cionales, ya que los mismos podrían ser suficientes para enfrentar las prácticas con efectos en un solo País Miembro, cuyo origen se encuentre en otros países de la CAN. De esta forma, no se recargarían las labores de los órganos comunitarios de defensa de la competencia en la investigación de este tipo de casos, de manera que puedan centrar su atención en aquellas prácticas que tengan efectos más graves sobre el mercado andino. Con este fin, se les debe otorgar, claro está, la facultad de inicio de investigaciones de oficio.

#### 5.2.4. Facultades limitadas de la agencia comunitaria

El problema de la falta de desarrollo expreso de las facultades de investigación con que cuenta la Secretaría General como órgano instructor en materia de infracciones a las normas de libre competencia se hace tangible en aquellos procedimientos en los que por la naturaleza de la conducta en cuestión (carteles de precios, por ejemplo) se requiere, de ella, el desarrollo de actividades dirigidas a la obtención de elementos probatorios (diligencias de inspección en la sede de las empresas investigadas e, incluso, de visitas sin previo aviso a las mismas).

Así, en el caso de la investigación iniciada a pedido de la empresa IMEZUCAR, a pesar de tratarse de un proceso por supuestas actuaciones paralelas o concertadas, se solicitó la información a las partes y a sus respectivos gobiernos a través de cuestionarios; asimismo, se sostuvo entrevistas con los agentes involucrados.<sup>56</sup> La resolución final sustentó el fallo exculpatario en que no se habían encontrado evidencias de actuaciones paralelas o concertadas.

## 6. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y AGENDA PENDIENTE PARA LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA CAN

En los últimos años, la política de competencia al interior del proceso de integración andino ha cobrado un nuevo impulso que se ha visto reflejado en un esfuerzo, propiciado por la Secretaría y apoyado por los países integrantes del Acuerdo, destinado a replantear y mejorar el marco regulatorio vigente en materia de competencia. En parte, ello es el resultado de las dinámicas internas de los Países Miembros del Acuerdo, que han adoptado o implementado activamente

<sup>56</sup> El cuarto considerando de la Resolución N.º 420 (IMEZUCAR contra CIAMSA) señala lo siguiente: «[...] En el curso del procedimiento, la Junta envió cuestionarios a las partes y a sus respectivos gobiernos, solicitándoles información relacionada con las supuestas prácticas restrictivas, con el posible perjuicio a empresas, y, en general, con las condiciones del mercado del azúcar y los procesos de producción y comercialización de este producto. Además de las respuestas a los cuestionarios enviados, la Junta acopió información complementaria sobre los aspectos referidos. [...] Finalmente, funcionarios de la Junta sostuvieron reuniones con representantes de los organismos nacionales competentes y de los productores, importadores, comercializadores y empacadores venezolanos de azúcar, así como con exportadores colombianos de azúcar y «traders» internacionales, para recabar información adicional y verificar la información suministrada».

durante la década de 1990 políticas dirigidas a combatir las conductas anticompetitivas que afectan sus mercados internos.<sup>57</sup>

En parte, ello también ha sido el resultado del proceso de integración misma de los mercados, que ha hecho evidente la necesidad de mejorar el marco institucional existente a nivel comunitario con el objeto permitir la detección y sanción de aquellas prácticas empresariales anticompetitivas que afectan el proceso de integración y que no pueden ser «capturadas» por las legislaciones nacionales.

Finalmente, el desarrollo de las negociaciones al interior del ALCA —en especial, las registradas al interior del «Grupo de Negociación sobre Política de Competencia»— también ha contribuido a impulsar las políticas de competencia a nivel comunitario al forzar a los países a adoptar ciertas posturas en relación con el desarrollo de determinadas políticas.

Es precisamente en el marco de todo lo anterior que, desde 1998 en adelante, se han venido realizando diversas reuniones de expertos gubernamentales en políticas de competencia, auspiciadas en su mayoría por la Secretaría General de la CAN, con la finalidad de revisar la Decisión 285 y elaborar propuestas para su modificación.

#### 6.1. PRIMERA REUNIÓN DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES (1998)

En octubre de 1998, se celebró la primera reunión de expertos con la colaboración de una consultora encargada de realizar un diagnóstico de la situación del sistema de defensa de la competencia de la CAN. Los resultados de este diagnóstico arrojaron un saldo negativo y llevaron a la conclusión de que la Decisión 285 presentaba problemas estructurales y conceptuales que impedían su aplicación eficaz. Entre estas dificultades de aplicación efectiva, resaltaban la necesidad de demostrar un daño ocasionado a la producción comunitaria como efecto de las prácticas prohibidas y la débil capacidad sancionadora de los órganos comunitarios. La conclusión final fue que era necesario reformular la normativa comunitaria y mantener su carácter supranacional, de modo que permitiera superar la dificultad de aplicar las leyes nacionales cuando la práctica tenía efectos extraterritoriales y que ayudara a disminuir la vulnerabilidad de las agencias nacionales ante las presiones de intereses privados y de otros sectores de la administración pública de sus respectivos países.

Teniendo en cuenta dichas conclusiones, los expertos gubernamentales llegaron a distintos puntos de consenso. En primer lugar, se consideró la necesidad

---

<sup>57</sup> Si bien Bolivia y Ecuador no cuentan aún con un marco institucional dirigido a combatir las prácticas anticompetitivas y a promover la competencia, ha existido en los tiempos recientes un importante debate interno alrededor de proyectos dirigidos al establecimiento de una Ley Antimonopolio. Cabe destacar para el caso Ecuatoriano, el Proyecto de Ley 22 641 «Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia» de marzo del 2001.

de establecer que el objetivo de las normas andinas era proteger la libre competencia y la eficiencia sin requerir la prueba de un daño a la producción. En cuanto al ámbito de aplicación, se acordó que debían ser tanto las prácticas de empresas, privadas o estatales, como los actos de los gobiernos, con efectos en otro u otros países andinos. Respecto a las prácticas prohibidas, se consideró que algunas debían analizarse como ilegales *per se* —concertación de precios o reparto de mercado— y otras según la regla de la razón —acuerdos verticales de empresas con posición de dominio u otros acuerdos horizontales—; asimismo, se incluyó los actos y decisiones gubernamentales restrictivas de la competencia pero analizándolas bajo la regla de la razón. Asimismo, se acordó que, en principio, no sería objeto de la norma el control de fusiones. Finalmente, se planteó la necesidad de definir las relaciones entre las autoridades nacionales y comunitarias, y de estudiar la posibilidad de dotar a los órganos comunitarios de facultades para imponer sanciones pecuniarias.<sup>58</sup>

## 6.2. REUNIÓN DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES (1999)

Posteriormente, en julio de 1999, se realizó una reunión de autoridades nacionales de competencia de los Países Miembros, auspiciada por Venezuela y que contó con la asistencia de miembros de la Secretaría General de la CAN. Los participantes de dicha reunión plantearon que existían los siguientes problemas: desconocimiento de las autoridades nacionales acerca de la legitimación para invocar la Decisión 285; descoordinación entre las autoridades nacionales y comunitarias; y apatía de parte de los gobiernos por la existencia de la normativa de competencia, así como falta de decisión política para aplicarla.

Confirmando su opinión sobre la necesidad de modificar la Decisión 285, estuvieron de acuerdo en establecer que el objetivo de las normas debía ser la eficiencia económica. Por otro lado, consideraron que la forma más adecuada de establecer el ámbito de aplicación de las normas andinas era la teoría de los efectos, según la cual debían encontrarse involucrados dos o más Países Miembros. En cuanto al procedimiento, se planteó la conveniencia de dividirlo en una fase de sustanciación y otra de decisión, señalando que las agencias nacionales sólo debían participar en la primera fase.<sup>59</sup>

## 6.3. SEGUNDA REUNIÓN DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES (2000)

En febrero del 2000, se realizó la segunda reunión de expertos gubernamentales auspiciada por la CAN. Para efectos de la misma, la Secretaría General elaboró

<sup>58</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Primera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia* (SG/REG.LC/Informe/Rev.1). Lima: Comunidad Andina, diciembre de 1998. Esta reunión se llevó a cabo el 29 de octubre de 1998 con la participación de los representantes de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

<sup>59</sup> Reunión de Expertos Gubernamentales de los Países Andinos, realizada los días 1 y 2 de julio de 1999, con la participación de representantes de los cinco Países Miembros.

un proyecto de modificación de la Decisión 285, en el que recogió, también, las sugerencias y acuerdos de las reuniones previamente mencionadas.

En este proyecto, se establecía expresamente que el objetivo de la norma era la protección de la libre competencia en la Subregión. El ámbito de aplicación se fijaba como los actos con efectos extraterritoriales. Las conductas prohibidas se dividían en absolutas (es decir, sancionables independientemente de sus efectos reales o potenciales —concertaciones entre competidores—) y relativas (es decir, sancionables en tanto fueran realizadas por empresas con poder de mercado y cuyos efectos resultaran perjudiciales —actos para desplazar al competidor, impedir su acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas a favor de una empresa—).

En cuanto al procedimiento, el proyecto contemplaba una etapa de investigación administrada y liderada por la Secretaría General —a quien se le atribuyó facultad de iniciarla de oficio—, y que contaría con el apoyo de las agencias nacionales de competencia. Luego se pasaba a una etapa de resolución, en el que la Secretaría General emitía un pronunciamiento definitivo respecto a la existencia de la práctica investigada. Asimismo, se preveía la finalización anticipada de la investigación sin aplicar medidas correctivas en virtud del compromiso de cese de las prácticas investigadas presentado por las empresas y debidamente aprobado por la Secretaría General. Finalmente, contemplaba la facultad de imponer medidas correctivas y sancionadoras a los infractores, cuya observancia quedaba bajo responsabilidad de las autoridades nacionales.<sup>60</sup>

En la reunión de expertos, se discutió el proyecto y se trató de perfeccionar algunos de sus aspectos. Un primer acuerdo al que se llegó fue no tratar en el proyecto el tema del control de fusiones y adquisiciones de empresas ni el de las ayudas estatales, debido a que aún no existía consenso entre los expertos respecto a la necesidad de regular dichas materias. Asimismo, hubo acuerdo en que se definiera como objetivo de la norma la protección y promoción de la libre competencia; también hubo consenso en dividir las prácticas prohibidas en absolutas y relativas. Por otro lado, se consideró adecuado introducir algunas disposiciones para afinar el proyecto, tales como los principios rectores de la política de competencia andina —no discriminación, transparencia y debido proceso—, las recomendaciones a competidores como práctica prohibida absoluta y el análisis de eficiencias en la evaluación de las prácticas relativas.

Adicionalmente, en cuanto al ámbito de aplicación, no se llegó a un acuerdo unánime, en tanto que las delegaciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela consideraban que debía incluir las prácticas con efectos en dos o más países andinos y, también, los casos en que el efecto de la conducta se diera en un

---

<sup>60</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina* (SG/REG.LC/II/DT1). Lima: Comunidad Andina, octubre de 1999.

país, pero su origen estuviera en otro país andino, mientras que la delegación del Perú consideraba que el ámbito de aplicación debía restringirse a aquellos actos con efectos en dos o más países andinos.

Finalmente, en cuanto al procedimiento, los expertos gubernamentales propusieron que la etapa de investigación fuera realizada por las agencias de competencia nacionales y que la Secretaría General quedara a cargo de la dirección y coordinación, en especial en lo relativo a la admisión de la solicitud, la elaboración del plan de investigación y la centralización y complementación de la investigación realizada por las autoridades nacionales. Adicionalmente, propusieron la creación de una Comisión de Defensa de la Competencia integrada por un representante de cada País Miembro y uno de la Secretaría General —este último con voto dirimente—, que estaría encargado de pronunciarse sobre la existencia de la práctica investigada. Este pronunciamiento sería homologado posteriormente por la Secretaría General de la CAN.

Esta propuesta no contó con la aprobación de la Secretaría General por considerarse inviable dentro del Sistema Andino de Integración. A pesar de la interpretación de las normas comunitarias andinas que ofrecieron los expertos gubernamentales, la Secretaría General consideró que el ordenamiento comunitario no contemplaba la posibilidad de crear órganos como la Comisión de Defensa de la Competencia, salvo que tuviera carácter netamente consultivo, ni tampoco facultaba a la Secretaría a participar de dicho órgano. Además, consideraba que el tecnicismo que se buscaba con la creación de dicha comisión ya se encontraba garantizado con la participación de la Secretaría General en el proceso de investigación planteado originalmente en el proyecto elaborado por la Secretaría General.<sup>61</sup>

#### 6.4. TERCERA REUNIÓN DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES (2001)

En la tercera reunión de expertos, realizada en octubre del 2001, se continuó discutiendo la propuesta modificatoria de la Decisión 285 sobre la base del proyecto presentado por la Secretaría General, que, en lo sustancial, recogía la propuesta surgida de la segunda reunión de expertos, pero con algunas variaciones en cuanto a los temas procesales.

En particular, se sugirió volver al esquema de una etapa de investigación realizada por la Secretaría General con el apoyo de las autoridades nacionales y establecer la creación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia como órgano consultivo de la Secretaría General, para que esta última emita su

---

<sup>61</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Segunda Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia* (SG/REG.LC/II/Informe). Lima: Comunidad Andina, marzo del 2000. Esta reunión se llevó a cabo los días 16 y 17 de febrero de 2000 con la participación de los representantes de todos los Países Miembros.

pronunciamiento final sobre la práctica investigada. Cabe mencionar que las delegaciones de Colombia y Venezuela mostraron su acuerdo con estas modificaciones procesales, por lo que finalmente se llegó al acuerdo de establecer este esquema institucional en la propuesta modificatoria de la Decisión 285.

El mayor debate en esta reunión se centró en el establecimiento del ámbito de aplicación de las normas andinas de libre competencia, en tanto que la delegación del Perú mantuvo su posición de considerar que sólo debía incluir las prácticas que tuvieran efectos en dos o más países, no así aquellas originadas en un país y con efectos en otro país andino, cuya investigación debía corresponder a las autoridades nacionales.

Finalmente, las delegaciones de Colombia y Ecuador solicitaron que se considere la posibilidad de que los Países Miembros establezcan excepciones y exclusiones a la aplicación de la norma andina de libre competencia para actividades económicas sensibles, aunque sin precisar su alcance, siempre que cumplieran requisitos como reportar beneficios significativos al desarrollo de cualquier etapa de producción o comercialización, fomenten el progreso técnico o económico y ofrezcan beneficios a los consumidores, entre otros.<sup>62</sup>

Como se advierte de la reseña anterior, las propuestas modificatorias han abordado tanto los aspectos sustantivos, referidos al objetivo y a los instrumentos de la política de competencia andina, como los aspectos adjetivos, relacionados con el ámbito de aplicación y la estructura institucional del sistema de defensa de la competencia.

En términos generales, se puede afirmar que, salvo en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma comunitaria y a la eventual inclusión de sectores exceptuados a solicitud de algunos de los expertos gubernamentales, las diferencias existentes a la fecha entre los países son accesorias y se ha alcanzado un importante nivel de acuerdos. Cabe destacar el importante nivel de consensos alcanzados entre los expertos de competencia sobre la materia, consenso que resulta aún más importante si se toma en cuenta las diferencias actualmente existentes en el diseño y aplicación de políticas de competencia entre los países miembros.<sup>63</sup>

Si algo ha quedado claro a lo largo de las reuniones de expertos gubernamentales es que las normas de competencia a nivel subregional deben ser diseñadas

---

<sup>62</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Tercera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia* (SG/REG.LC/III/Informe). Lima: Comunidad Andina, noviembre de 2001. Esta reunión se llevó a cabo los días 24 y 25 de octubre del 2001 con la participación de los representantes de todos los Países Miembros.

<sup>63</sup> Diferencias que tienen que ver tanto con aspectos sustantivos de la Ley de Competencia (control de las fusiones y concentraciones, por ejemplo) como con las prioridades establecidas en la aplicación de la misma. Para un mayor detalle sobre el particular véase: JATAR, A. y L. TINEO. *Op. cit.*, p. 2-17.

pensando más en la protección del proceso de competencia que en la protección de determinados mercados o intereses. En este sentido, habría coincidencia en la necesidad de eliminar de la Decisión 285 aquellos estándares de prueba e instrumentos que son más propios de los mecanismos diseñados como parte de una política comercial en defensa de los mercados o de algunos de sus agentes (aplicación de medidas *antidumping*, por ejemplo).

Por otro lado, en lo que se refiere a la estructura institucional, de una u otra forma, se ha reconocido, en las propuestas y posturas adoptadas a lo largo de las reuniones de expertos gubernamentales, que el desarrollo futuro de las políticas de competencia a nivel comunitario andino deberá sustentarse de alguna manera—sea bajo la forma de una Comisión de Defensa de la Competencia con funciones de carácter resolutivo o simplemente consultivo, o sea bajo la forma de actividades de investigación a cargo de las autoridades nacionales, por ejemplo—en la institucionalidad existente en algunos de los Países Miembros. Ello no es sino una consecuencia del mayor desarrollo que han tenido, en los últimos años, algunos de los países en la implementación de Leyes de Competencia.

Desde este punto de vista, es probable que el desarrollo futuro de la política de competencia a nivel andino no se adecue al patrón seguido dentro del proceso de integración europeo, que se ha sustentando, básicamente, en el desarrollo de una institucionalidad comunitaria de competencia en perjuicio del desarrollo de una institucionalidad de competencia propia de los Países Miembros.

## 7. CONCLUSIONES

El marco institucional comunitario en defensa de la competencia adolece actualmente de severas limitaciones. La falta de un marco institucional adecuado en defensa de la competencia impide, en la actualidad, combatir eficazmente el desarrollo de conductas que no solo distorsionan la competencia sino que, eventualmente, obstruyen el logro de los objetivos comunitarios a través de la segmentación artificial de los mercados.

El proceso de reforma del marco institucional en defensa de la competencia, centrado básicamente en la revisión de la Decisión 285, se encuentra bastante avanzado. Este hecho pone de manifiesto que, por lo menos a nivel de los expertos gubernamentales, existiría coincidencia en la necesidad de contar con instrumentos eficaces que permitan combatir las conductas anticompetitivas que se desarrollan al interior del mercado andino y que actualmente escapan de una sanción producto de las limitaciones del marco institucional vigente.

Lo que resta ahora en el proceso de reforma de la Decisión 285 es lograr, en el ámbito político, un consenso sobre la necesidad de establecer una política en defensa de la competencia como una parte fundamental de la agenda de integración andina.



# LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

ALAN FAIRLIE REINOSO\*

GABRIELA CUADRA CARRASCO\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera directa (IED) es un factor importante en el crecimiento económico de nuestros países. Aunque es saludable que este consenso haya reemplazado a otro anterior y exactamente opuesto, no hay que perder de vista que los efectos de la IED son diferenciados según se trate de ampliación del *stock* de capital, inversiones de portafolio o cambio de propiedad, modalidad que incluye las privatizaciones. También es clave el destino de la misma: mayor demanda tienen las inversiones en industrias o servicios que requieren capital humano más calificado y con eslabonamientos (aun cuando fueran pequeños) en la economía local. Sin embargo, en nuestros países tenemos, más bien, inversiones en sectores extractivos con menor intensidad en el uso de mano de obra y eslabonamientos locales muy limitados. Esta característica, en el pasado, inspiró el desarrollo de la literatura sobre «enclaves».

Un debate central se origina en torno de los determinantes de la inversión: muchos enfatizan factores como las políticas «amigables» con el mercado, las reformas estructurales, el trato a los inversionistas, la existencia de instituciones adecuadas y los mecanismos de solución de diferencias internacionales. Sin embargo, factores exógenos como el entorno internacional y las decisiones de las empresas transnacionales son claves.

Este trabajo no pretende entrar en estos debates fundamentales y tiene objetivos menos ambiciosos. Luego de una reseña breve sobre los temas anteriormente mencionados, se sistematiza la evidencia empírica sobre el comportamiento de la inversión extranjera en nuestra región, con especial énfasis en el

---

\* Profesor del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Director del Centro de Estudios Asia Pacífico de la misma casa de estudios.

\*\* Investigadora del Centro de Estudios Asia Pacífico de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

área andina. Con este fin, se presenta información de fuentes secundarias y desagregada por países.

Coincidimos con los autores que consideran la integración regional como un factor que incentiva la inversión extranjera, aun cuando, en América Latina, esta siga concentrándose en los países más grandes y la región no sea un destino principal y sistemático a escala global.

Para el caso andino, la IED estuvo asociada, en gran medida, con los procesos de privatización y/o concentrada en sectores primarios en los años noventa. No fueron los países que más avanzaron en la liberalización los que concentraron la IED sino, más bien, Colombia y Venezuela.

Un desafío para la Comunidad Andina es atraer inversión extranjera hacia los sectores más dinámicos de manera sostenible. Puede constituir un complemento importante la profundización del proceso integración de nuestra región y, en ese sentido, el cumplimiento del cronograma pendiente para la construcción del mercado común andino el 2005.

## 2. LA INVERSIÓN EXTRANJERA: HECHOS ESTILIZADOS

Según la CEPAL,<sup>1</sup> los flujos de capital privado externo estaban compuestos fundamentalmente por endeudamiento vía créditos internacionales durante la década del setenta. De esta manera, la expansión del crédito internacional permitió que los países de Latinoamérica crecieran con grandes déficits de cuenta corriente, precios relativos insostenibles, etc. Este tipo de deficiencias contribuyó al desencadenamiento de la crisis de la deuda en los ochenta, que se caracterizó por una transferencia neta notablemente negativa de recursos.

**Cuadro N.º1: Flujo Neto de Recursos 1973-1999**

	1973-1981	1982-1989	1990-1997	1998-1999
<i>Flujos oficiales (1)</i>	3 300	6 800	4 200	8 800
<i>Inversión directa (2)</i>	3 900	5 400	27 100	81 200
<i>Inversión accionaria (3)</i>	0	100	11 000	2 800
<i>Flujos de deuda (4)</i>	24 600	2 700	32 300	25 600
Bonos	1 000	-600	12 400	18 900
Bancos Comerciales	14 100	4 500	9 600	18 700
Corto Plazo	8 600	-2 700	11 400	-11 100
Otros	800	1 500	-1 100	-800
<b>Total (1+2+3+4)</b>	<b>31 800</b>	<b>15 000</b>	<b>74 400</b>	<b>118 400</b>

Fuente: CEPAL. *Globalización y Desarrollo*, pág. 66

<sup>1</sup> CEPAL. *Globalización y Desarrollo*. Santiago de Chile: CEPAL, 2002, p. 63.

A fines de los ochenta, empezaron a cobrar importancia el financiamiento vía emisión de bonos e inversión extranjera directa. En los primeros años de la década de los noventa, y gracias a la aplicación del Plan Brady,<sup>2</sup> gran parte de los gobiernos de la región incurrió en los mercados de capital internacionales mediante la emisión de bonos. «La inversión en cartera en los primeros años de la década creció espectacularmente de poco más de US\$ 17 000 millones a más de US\$ 100 000 millones entre 1993 y 1994».<sup>3</sup> Posteriormente, este medio de financiamiento cayó notoriamente y dio paso a que la inversión extranjera directa se convierta en el componente más importante del ahorro externo en la década del 90.

De acuerdo con las estadísticas de la CEPAL, la IED mostró una acentuada tendencia ascendente y concentró, a lo largo de la década, las tres cuartas partes de los flujos netos de capitales recibidos por la región.

**Cuadro N.º 2: Fuentes de Financiamiento Externo, América Latina y el Caribe 1990-2000**

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
<i>Deuda</i>											
Oficial	6 823	3 435	1 220	2 674	-1 301	9 307	-8 212	-4 447	9 125	2 275	-2 701
Bonos	101	4 133	4 738	20 922	14 306	11 793	29 764	10 562	18 306	19 067	10 965
Bancos Comerciales	2 731	1 275	4 302	200	6 212	15 068	16 200	29 646	-7 994	-16 130	4 339
<i>Inversión</i>											
Inversión Directa	6 758	11 066	12 506	10 363	23 706	24 799	39 387	55 580	61 596	77 313	64 814
Inversión de Cartera	896	6 938	8 042	27 185	13 160	7 643	13 893	9 947	1 748	3 893	2 305
Donaciones	2 350	4 165	2 622	2 908	2 645	3 333	3 181	2 719	3 215	2 949	3 100
Fondos Compensatorios	24 228	12 781	7 825	4 868	4 389	30 113	-1 136	-4 038	8 885	5 806	-13 671
<b>Total</b>	<b>43 887</b>	<b>43 793</b>	<b>41 255</b>	<b>69 120</b>	<b>63 117</b>	<b>102 056</b>	<b>93 077</b>	<b>99 969</b>	<b>94 881</b>	<b>95 173</b>	<b>69 151</b>

Fuente: CEPAL. *Globalización y Desarrollo*, p. 138.

### 3. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED)

No existe una manera única de definir la IED. Por un lado, la UNCTAD<sup>4</sup> la considera como «una inversión que implica una relación de largo plazo y que refleja un interés y control duradero de una entidad residente en un país en una empresa residente en otro país». Por otro lado, el FMI la define como la inversión que

<sup>2</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA CAN. *La vulnerabilidad financiera de la subregión andina y la cooperación financiera* [Documento informativo SG/di 451.2002]. Lima: CAN, 2002, p. 7.

<sup>3</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA CAN. *Proyección de la Cooperación Financiera en la Comunidad Andina* [Documento informativo SG/di 251/Rev-2. 2000]. Lima: CAN, 2000, p. 15.

<sup>4</sup> UNCTAD. *World Investment Report. Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*. New York: United Nations, 1999, p. 19.

se hace para adquirir un interés duradero en una empresa que opera en una economía distinta a la del inversionista y en la cual este debería poder obtener cierto manejo gerencial. Al respecto, Dunning<sup>5</sup> señala que la propiedad, la localización y la internalización constituyen factores influyentes en la decisión de invertir en un país extranjero.

En el presente trabajo, se definirá como IED a la forma de cooperación inter-firma que no solo involucra una participación significativa en las acciones de una firma doméstica o el control gerencial efectivo por parte de la firma extranjera, sino que, también, considera la inversión en activos tangibles e intangibles, incluyendo, de este modo, la inversión en infraestructura o acuerdos tales como franquicias, *joint ventures* y cooperación en investigación y desarrollo entre países y firmas.<sup>6</sup> Asimismo, se tomará en cuenta la clasificación que realiza Rojas<sup>7</sup> de la IED en inversión nueva, fusiones y adquisiciones, y *joint ventures*.

- La inversión nueva (*greenfield*) se da cuando la firma inversora ingresa al nuevo país con una nueva empresa, con nuevas plantas e infraestructura productiva y de distribución.
- Las fusiones y adquisiciones —que ocurren en el caso de las empresas privatizadas— se dan cuando el inversionista ingresa al país receptor vía una empresa ya establecida, hecho que implica una menor inversión por parte de la firma inversora y, a la vez, un acceso más rápido (y fácil) al mercado local.
- Los *joint ventures* son modalidades de inversión mediante las cuales la firma extranjera se asocia con una empresa local en una relación en que la primera generalmente contribuye con su capacidad técnica y habilidad para reunir fondos y la segunda, con su conocimiento del mercado, de las regulaciones y de la burocracia locales.

### 3.1. EFECTOS DE LA IED

Se pueden considerar dos tipos de efectos producidos por la IED:<sup>8</sup> macro-económicos y microeconómicos. Los primeros son, básicamente, los siguientes: financiamiento con menor volatilidad de la balanza de pagos; aumento de las exportaciones; mejoras en la productividad y en la eficiencia de la asignación de recursos; y acumulación de capital en los países receptores de IED. Los segundos se relacionan con el hecho de que la IED puede sustituir o complementar a la inversión doméstica vía la introducción de nuevas tecnologías; efectos desbordamiento positivos, acceso a mercados externos, etc.

<sup>5</sup> DUNNING, John. *La empresa multinacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 235.

<sup>6</sup> DE MELLO, Luis. «Foreign direct investment - IED growth: evidence from time series and panel data». *Oxford Economic Papers*, Oxford, vol. 51, 1999, p. 135.

<sup>7</sup> ROJAS, Jorge. *La Inversión Extranjera, Privatización y Crecimiento*. Mimeo 2002, p. 1.

<sup>8</sup> MOOSA, Imad. *Foreign Direct Investment: Theory and Practice*. New York: Palgrave, 2002, p. 78.

- a) Acumulación de capital: se dice que la IED contribuye a disminuir la brecha de ahorro, ya que alienta a las empresas transnacionales en proyectos del mismo tipo. Asimismo, incentiva el flujo de ayuda oficial proveniente del país inversionista y ofrece oportunidades de inversión atractivas. Además, contribuye a mejorar la balanza de pagos, dado que la IED permite que se incremente la entrada de recursos financieros disponibles para la inversión y posee ciertas ventajas, como el ser más estable que otras fuentes de financiamiento.

No obstante, el efecto de la IED en cuanto a formación de capital está muy relacionado con el tipo de IED. En otras palabras, si se trata de un país en el que han predominado las inversiones del tipo *greenfield*, el impacto o la contribución de la IED a la formación de capital será más importante.<sup>9</sup> Por ejemplo, Chudnosky y López<sup>10</sup> señalan, para el caso de Argentina y Brasil, que el escaso efecto de la IED sobre la tasas de inversión en dichos países a mediados de los noventa se debió a la fuerte incidencia de las fusiones y adquisiciones sobre los flujos de IED ingresados a la región.

- b) Producción y crecimiento: para que ello se materialice, la inversión debe producir un incremento del *stock* de capital del país receptor. Asimismo, el progreso tecnológico relacionado con la IED puede influir en las tasas de crecimiento de la producción. De este modo, parte del crecimiento en los países en desarrollo puede ser explicado por un proceso de *catch-up* en cuanto a nivel de tecnología.<sup>11</sup>

La IED puede afectar al nivel de empleo, estimulando la distribución del empleo y la reestructuración de firmas con problemas financieros.

- c) Balanza de pagos y flujos comerciales: los efectos de la IED deben examinarse en términos de la absorción del insumo en el proceso productivo en el país receptor (generalmente, las empresas transnacionales importan más de lo que las empresas nacionales importan), de la proporción de producto vendido en el país receptor y en el extranjero, y de la distribución del valor de producción entre los insumos del país receptor.

Respecto a los flujos comerciales se suele decir que la IED y el comercio pueden ser complementarios o sustitutos. Sin embargo, lo que se sostiene es que, antes que sustitutos, la IED puede contribuir a estimular las exportaciones.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> ROJAS, Jorge. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>10</sup> CHUDNOSKY, Daniel y Andrés LÓPEZ. *El boom de inversión extranjera directa en el MERCOSUR en los años 1990: características, determinantes e impactos*. Buenos Aires: CENIT, 2000, p. 14.

<sup>11</sup> BARRO, Robert y Xavier SALA -I- MARTIN. *Economic Growth*. New York: Mc Graw- Hill, 1995, p. 103.

<sup>12</sup> MOSSA. Imaad. *Op. cit.*, p. 85.

En relación con la balanza de pagos, se dice que la IED es un componente importante para el financiamiento de los déficits de balanza de pagos y, además, se resalta el hecho de que es menos volátil que otras fuentes de financiamiento como las inversiones de cartera, aunque habría que evaluar, caso por caso, el saldo neto de los factores anteriormente mencionados.

- d) Transferencia y difusión tecnológica: se dice que la transferencia tecnológica es una de las principales fuentes de provisión de nueva tecnología en los países en desarrollo. Ella comprende la transferencia de bienes físicos y de conocimiento tácito de la corporación transnacional a sus sucursales. El conocimiento tácito comprende la adquisición de conocimientos nuevos y habilidades tanto técnicas como organizacionales.

El costo de adquisición tecnológica puede ser sustancial y depende, entre otras cosas, de la «distancia tecnológica» o de diferencias en la especialización. Aunque los beneficios son difíciles de medir, la transferencia tecnológica puede generar, en el corto plazo, un incremento de la productividad, innovación en los productos y menores costos de producción.<sup>13</sup>

La difusión tecnológica comprende el esparcimiento del conocimiento de las firmas extranjeras hacia las firmas locales, que inician un proceso de imitación o adaptación de los bienes intermedios, procesos productivos, estrategias de *marketing* y manejo gerencial de las transnacionales. Mediante este proceso se promueve el progreso tecnológico.<sup>14</sup> La importación de productos con altos niveles tecnológicos y la adopción de tecnología extranjera y de capital humano son conductos importantes para la difusión internacional de tecnología. Cabe resaltar que, en este caso particular, el conocimiento se torna disponible y puede ser considerado como un bien «público».<sup>15</sup>

### 3.2. DETERMINANTES DE LA IED

El Banco Mundial, el BID y la UNCTAD coinciden en señalar que los países pueden atraer IED mediante diversos factores y medidas de política. Unas contribuyen al bienestar de la sociedad como un todo y otras, al parecer, terminan beneficiando sólo al inversionista extranjero.

- a) La calidad de sus instituciones resulta ser un factor muy importante, debido a que el contar con instituciones sólidas y con un marco legal apropiado contribuye a disminuir el costo de transacción de los inversionistas, es decir, el

<sup>13</sup> STEIN, Ernesto. «Foreign Investment Policies». En: *Competitiveness the Business of Growth*, cap. 18. Washington: BID, 2001, pág. 253.

<sup>14</sup> BORENSZTEIN, Eduardo *et al.* «How does foreign investment affect economic growth?». *Journal of International Economics*, Amsterdam, vol. 45, 1998, p. 56.

<sup>15</sup> STEIN, Ernesto. *Op. cit.*, p. 257.

«costo de hacer negocios».<sup>16</sup> Por ejemplo, si se disminuyen los trámites burocráticos y se agilizan las formas, el tiempo para la concreción de las operaciones de compra o venta de acciones de determinada empresa es menor. Asimismo, la calidad de las instituciones puede incrementar la predictibilidad de las reglas de juego y, por lo tanto, se reduciría la incertidumbre que enfrentan los inversionistas debido a la presencia de información asimétrica.

Al respecto, Stein y Daude<sup>17</sup> examinaron el rol de las variables institucionales como determinantes de la localización de IED (estimaron los indicadores de gobierno desarrollados por Kauffman) y encontraron que existe una correlación significativa entre mejores instituciones y mayores flujos de IED.

- b) El tamaño del mercado accesible y los acuerdos regionales: las empresas deben encontrar alguna ventaja en producir en el extranjero que compense los costos de transacción y de transporte,<sup>18</sup> así como la incertidumbre originada por el ingreso a una región poco conocida y la distancia existente entre su país de origen y el país de destino. Por ejemplo, una empresa que desea colocar sus productos en un mercado distante puede optar por la exportación (que le resultaría costosa) o por establecer una sucursal en dicho mercado. Su decisión se fundamentará en las ventajas relacionadas con el acceso a nuevos mercados. Así, Venables<sup>19</sup> señala que, si se trata de una inversión horizontal, el inversionista buscará generar ganancias mediante la duplicación del proceso de producción; mientras que, si se trata de una inversión vertical, buscará beneficiarse de la diferencia de los precios de los factores de producción.

Se suele medir el tamaño del mercado de destino mediante el ingreso total de una economía o mediante el tamaño de su población y el ingreso per cápita.<sup>20</sup> En relación con este factor, se puede mencionar que la existencia de acuerdos comerciales entre países es, en muchas ocasiones, muy importante para el inversionista extranjero, ya que puede tener acceso a un mercado ampliado.

Al respecto, Devlin<sup>21</sup> señala que la nueva integración regional y, en particular, la creación de mercados regionales sirve como una forma de distinguir a los países del resto del mundo y atraer la IED. «Los acuerdos comerciales han

---

<sup>16</sup> *Ib.*, p. 259.

<sup>17</sup> STEIN, Ernesto y Christian DAUDE. *Institutions, Integration and the Location of Foreign Direct Investment*. Santiago de Chile: BID, 2001, p.9.

<sup>18</sup> CHUDNOSKY, Daniel y Andrés LOPEZ. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>19</sup> VENABLES, Anthony. «Foreign direct investment as a catalyst for industrial development. Elsevier Science. European Economic Review». *White Plains*, New York, vol. 43, 1999, p. 87.

<sup>20</sup> ESQUIVEL, Gerardo y Felipe LARRAIN. *¿Cómo atraer Inversión Extranjera Directa?*. Massachusetts: Center for International Development at Harvard University, 2001. p. 15.

<sup>21</sup> DEVLIN, Robert y Antoni ESTEVADEORDAL. *¿Qué hay de Nuevo en el Nuevo Regionalismo de las Américas?* [Documento de trabajo n.º 7]. Washington: BID-INTAL, 2001, p. 9.

creado con éxito una marca distintiva en la región, y se han convertido en faros que atraen con éxito este tipo de capital».<sup>22</sup>

Ciertos estudios<sup>23</sup> señalan que el tamaño de mercado y la distancia del país receptor de IED en relación con el país de donde proviene la inversión implican alrededor de dos tercios de la variación de la distribución mundial.

- c) El grado de estabilidad tanto económica como política del país y de su región, ya que estos sirven de indicadores del estado de un determinado país y son, junto con el grado de apertura y el marco legal adecuado, factores que pueden influir en los inversionistas. De este modo, se debe procurar establecer reglas claras y un marco legal transparente que proteja los derechos de propiedad privada y los de propiedad intelectual. Al mismo tiempo, debe determinar los derechos legales de las firmas extranjeras, así como sus limitaciones.<sup>24</sup>
- d) El capital humano y la calidad de la fuerza laboral: el nivel de educación y capacitación de la fuerza laboral es muy importante para la determinación del tipo de inversión extranjera que se atrae, así como para los efectos indirectos en la economía receptora de la IED. Así, por ejemplo, Barro y Lee<sup>25</sup> hallaron que un incremento en un punto porcentual en la población con estudios post-secundarios causa un incremento de 3% en los flujos de IED.
- e) Los incentivos fiscales y tributarios suelen predominar en los países en desarrollo. De acuerdo con Omán,<sup>26</sup> los países entran en una especie de competencia por atraer inversión extranjera y aplican incentivos fiscales y tributarios que van desde la disminución de impuestos hasta el establecimiento de subsidios a favor del inversionista extranjero. Si bien hay estudios que han encontrado que elevados impuestos tiene un efecto negativo en la IED (específicamente que el incremento en 1% de la tasa impositiva disminuye el stock de IED en cerca del 4%), este hecho no implica que los gobiernos deben optar por estas políticas, debido a que usualmente se termina provocando que los beneficios de la IED se concentren en el inversionista extranjero y que no se expandan a toda la economía.
- f) Factores externos: los factores mencionados anteriormente están relacionados con el país receptor de IED, es decir, son factores internos que influyen en las

<sup>22</sup> *Ib.*, p. 10.

<sup>23</sup> SHATZ, Howard. *Expanding la Inversión Extranjera Directa en los Países Andinos* [Working Paper N.º 64]. Massachusetts: Center for International Development at Harvard University, 2001, p. 12.

<sup>24</sup> WORLD BANK. *World Development Report*. Washington: World Bank, 2001, p. 172.

<sup>25</sup> BARRO, Robert y John Wha LEE. *International Data on Educational Attainment. Updates and implications* [Working Paper 7911]. Cambridge: NBER, 2000, p. 35.

<sup>26</sup> OMAN, Charles. *Policy Competition for Foreign Direct Investment: A Study of Competition among Governments to Attract FDI*. París: OECD Development Centre, 2000, p. 42.



afluencias de este tipo de capital. No obstante, hay factores externos como la caída de la tasa de interés internacional y el deterioro de los términos de intercambio, que contribuyen a incrementar la afluencia de capitales hacia otras regiones. De acuerdo con lo que sostienen Calvo y otros,<sup>27</sup> las tasas esperadas de rentabilidad de los activos desempeñan un papel muy importante en las decisiones de los inversionistas acerca de la conveniencia o no de movilizar sus capitales. Asimismo, Rojas<sup>28</sup> señala que los flujos de capitales en los países emergentes dependen de las variaciones en el crecimiento de las economías desarrolladas

### 3.3. EVOLUCIÓN DE LA IED EN LATINOAMÉRICA

Una de las características más saltantes de la globalización económica ha sido la importancia que ha cobrado la IED en el mundo y, en particular, en los países en vías de desarrollo. Así ha llegado a superar las tasas de crecimiento de otros agregados económicos como las de la producción, el comercio mundial, la formación de capital, etc.<sup>29</sup> No obstante, tal como lo señala Vial,<sup>30</sup> muchos países latinoamericanos percibían la IED, en los años sesenta y setenta, como un mecanismo de apropiación de las rentas y recursos naturales que empleaban los países ricos en los países latinoamericanos.

Este hecho, sumado a la restricción de flujos de capital y a la inestabilidad macroeconómica imperante en los países latinoamericanos, pudo ser una de las causas para que dichos países no aprovecharan el primer *boom* de inversión extranjera producido a fines de los ochenta. Recién a inicios de la década de los noventa, se produce un cambio de percepción y se empieza a considerar a la IED como un instrumento importante para adquirir capitales, tecnología y acceso a mercados; así como un potencial generador de crecimiento económico.

Este cambio de perspectiva se dio en el marco de una serie de políticas recomendadas por el Consenso de Washington.<sup>31</sup> De esta manera, entre las reformas que se dieron, los gobiernos latinoamericanos emprendieron un proceso de liberalización y apertura; de desregulación de los mercados; de reducción del papel

<sup>27</sup> CALVO, Guillermo *et al.* «Afluencia de capital y apreciación del tipo de cambio real en América Latina: el papel de los factores externos». En: *Macroeconomía de los flujos de capitales en Colombia y América Latina*. Bogotá: PESCOL, 1994, p. 84.

<sup>28</sup> ROJAS, Jorge. *El influjo de capitales al Perú 1990-1998*. Lima: PUCP-CISEPA, 1999, p. 32.

<sup>29</sup> Según la UNCTAD (2001), los flujos mundiales de IED en los noventa se han incrementado más de 10 veces, mientras que los flujos comerciales sólo se han duplicado. De este modo, la IED creció, para el 2000, un 18% más de prisa que otros agregados económicos y alcanzó los US\$ 1,3 miles de millones.

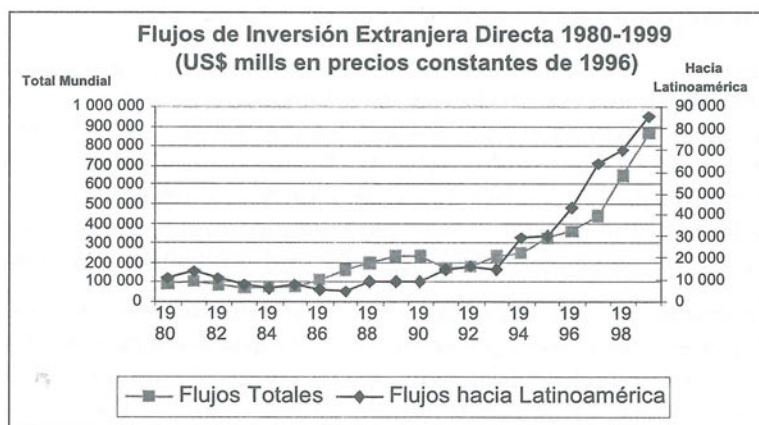
<sup>30</sup> VIAL, Joaquín. *Inversión Extranjera en los Países Andinos*. Massachusetts: Center for International Development at Harvard University, 2001, p. 10.

<sup>31</sup> WILLIAMSON, John. «Latin American Adjustment. How much has happened?». En: INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMICS. *1990: The Washington Consensus Revisited*. Washington: BID, 1996, p. 26.

del Estado; y de nivelación de los indicadores macroeconómicos (*shocks* de ajuste, con políticas monetaria y fiscal restrictivas). Al mismo tiempo, en el contexto internacional, se produjo una fuerte caída de las tasas de interés a corto plazo en Estados Unidos,<sup>32</sup> así como la recesión de diversos países industrializados (entre ellos Estados Unidos) y el deterioro de los términos de intercambio, que se reflejó en una disminución notable del precio del petróleo. En este contexto, empezó el *boom* de IED para Latinoamérica. Los flujos de IED entre 1993 y 1999 crecieron a una tasa de 30% anual; y, en la actualidad, los países latinoamericanos son receptores de alrededor del 10% de las entradas mundiales de IED. Asimismo, la IED representa alrededor del 97% de los flujos de capitales privados netos en Latinoamérica y ha presentado importantes tasas de crecimiento, mientras que otros flujos de capital han permanecido estancados.<sup>33</sup>

Este aumento de IED en los países de la región ha coincidido con un aumento de la IED en el mundo. Es a partir de los años noventa que se produce un gran dinamismo en cuanto a la IED.

Gráfico N.º 1



Fuente: STEIN 2001.

Según el *World Investment Report 2001*,<sup>34</sup> América Latina y el Caribe registraron, entre los años 1989 y 1994, una entrada promedio de IED de US\$ 17 500 millones, mientras que, en 1999, dicho monto fue de alrededor de US\$110 300 millones.

<sup>32</sup> Según Calvo *et al.*, las tasas de interés de corto plazo en Estados Unidos llegaron a niveles tan bajos como los registrados a principios de los sesenta.

<sup>33</sup> STEIN, Ernesto. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>34</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2001 Promoting Linkages*. New York: Naciones Unidas, 2001, p. 67.

millones, registrándose así una tendencia creciente entre los años 1994-1999.<sup>35</sup> Cabe mencionar que durante las crisis financieras de Asia y Rusia —entre los años 1997 y 1999— se produjo una menor afluencia de capitales. Sin embargo, el análisis del Banco Mundial<sup>36</sup> sostiene que es necesario distinguir entre dichos flujos, precisando que, en ese periodo, aunque se contrajeron los flujos del mercado de capitales, los flujos de IED se mantuvieron y pasaron a ser la forma de financiamiento predominante. Ello se vio impulsado, entre otras cosas, porque muchos de los países de la región emprendieron procesos privatizadores de varias de sus empresas estatales.

No obstante, en el 2000 se produjo una caída de 22% en las entradas de IED a Latinoamérica, registrándose, en ese año, un monto de US\$ 86 300 millones. Posteriormente, en el 2001, se registró nuevamente, según la CEPAL,<sup>37</sup> una caída de la IED, que disminuyó a US\$ 80 000 millones. Este hecho puede deberse a la desaceleración de la economía mundial en el 2001 y, en particular, a la recesión de Estados Unidos, así como, también, al descenso a nivel regional de la ola de privatizaciones producidas en los años noventa.

En relación con los principales lugares de destino de la IED, se tiene que del total de entradas de IED hacia América Latina y el Caribe, Sudamérica fue receptor de alrededor del 70% de las mismas (el MERCOSUR, en particular, captó alrededor del 50%). Asimismo, México fue, en el 2001, el principal país receptor de IED con el 35% de los influjos hacia Latinoamérica, seguido por Brasil (32%), Chile y Argentina.

En el caso de México, el gran incremento de las entradas de IED en el 2001 (superior al de Brasil)<sup>38</sup> se explica, fundamentalmente, por la adquisición por parte del Citigroup del grupo financiero Banacci. Esta operación se enmarca en una serie de procesos de adquisición de activos financieros que se iniciaron en el 2000, entre los cuales destaca la compra de BANCOMER por parte del Bilbao Vizcaya de España y de Serfín por parte del Santander Central Hispano, así como el aumento de la participación del Scotiabank en el Inverlat.<sup>39</sup>

Las inversiones en la industria manufacturera cayeron, y eso se debió, fundamentalmente, a la desaceleración económica en Estados Unidos. No obstante, se realizaron algunas inversiones en el sector automotriz y en la industria alimentaria.

---

<sup>35</sup> Para apreciar la influencia que el tamaño de las economías tiene sobre los flujos de inversión se presenta, en anexo, un cuadro de entradas y salidas de IED para algunos países de Sudamérica como porcentaje de su PBI.

<sup>36</sup> WORLD BANK. *Global Development Finance 1999*. Washington: World Bank, 2000, p. 31.

<sup>37</sup> CEPAL. *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe 2001*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2002, pp. 27-31.

<sup>38</sup> Brasil había sido, durante la mayor parte de la década de los noventa, el primer país receptor de IED.

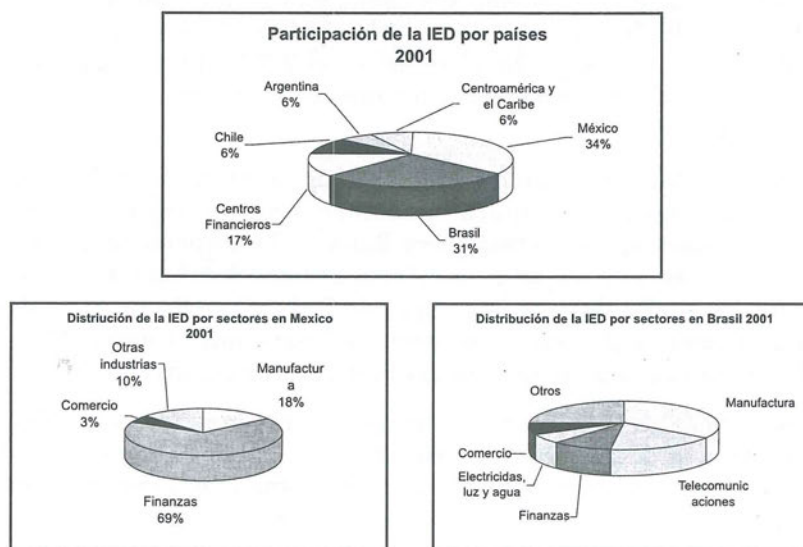
<sup>39</sup> CEPAL. *Op. cit.*, pp. 27-31.

Así, la distribución sectorial de IED muestra que, al 2001, alrededor del 70% se ha concentrado en el sistema financiero, seguido por la industria manufacturera (18%) y el comercio (3%).

Brasil, por su lado, mantiene el segundo lugar como país de destino dentro de Latinoamérica y ha registrado una caída de las entradas debido a la recesión mundial y a la incertidumbre generada por la situación argentina. Respecto a la distribución sectorial de IED en el 2001, este país muestra una estructura más diversificada, en la que sobresalen la industria manufacturera y los servicios de telecomunicaciones y financieros. En relación con el sector de telecomunicaciones se otorgó la concesión a Telecom Italia para operar en telefonía móvil dentro de varios estados de Brasil, hecho que supone inversiones por alrededor de US\$ 1300 millones. Por otro lado, Nextel y Telecom Portugal prevén invertir alrededor de US\$ 2000 millones y 200 millones, respectivamente.

En la industria manufacturera destacaron las inversiones en el sector automotriz, químico, alimentario, etc.

Gráfico N.º 2



Fuente: CEPAL. *La inversión Extranjera 2001*, p. 28

En suma, los flujos de IED en América Latina y el Caribe mostraron, de acuerdo al SELA,<sup>40</sup> tres características fundamentales. Como ya se ha menciona-

<sup>40</sup> SECRETARÍA PERMANENTE DEL SELA. *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*. <<http://lanic.utexas.edu/sela/AA2K/docs/spdil-2000.htm>>

do anteriormente, han evidenciado un gran crecimiento. Asimismo, han presentado poca flexibilidad ante la crisis financiera internacional en comparación con otros rubros de entrada de capitales. Finalmente, han mostrado concentración en pocos países (Brasil, México y Argentina).

Sin embargo, es importante mencionar que, a pesar de que los flujos de IED hacia América Latina se han incrementado, los países desarrollados continúan siendo el principal punto de destino de la IED. En efecto, ellos concentran alrededor del 75% del total de las entradas mundiales. Según cifras de la UNCTAD, cerca del 71% de las entradas de IED mundiales y el 81% de las salidas de la misma se concentraron, en el 2000, en Estados Unidos, Japón y la Unión Europea.

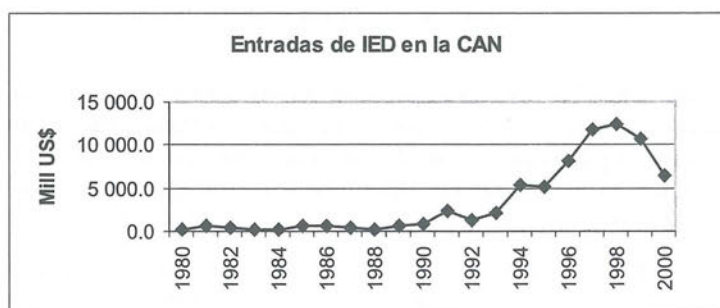
### 3.4. EVOLUCIÓN DE LA IED EN LA COMUNIDAD ANDINA

#### 3.4.1. Flujos de IED hacia la Comunidad Andina

Si se analiza los influjos de IED hacia la Comunidad Andina, se puede observar que, en la década de los ochenta, fue, en promedio, de US\$ 536,8 millones, mientras que, en la década del noventa, el promedio fue de US\$ 6 575 millones. En otras palabras, durante ese periodo se registró un crecimiento de 11 veces el flujo inicial. Este hecho se debe, entre otros factores, a los progresos en materia de fortalecimiento de los lazos regionales, así como a las políticas de apertura y liberalización de los regímenes de inversión y los programas de privatización emprendidos en la década de los noventa.

De acuerdo con el Informe Andino,<sup>41</sup> si se toma en cuenta el tamaño de las economías andinas, se observa que los flujos promedios de inversión a la CAN han estado por encima del promedio de los flujos de inversión hacia otros países de Latinoamérica, representando alrededor del 3% del PBI. Por ejemplo, en relación con los flujos de IED como porcentaje del PBI, Bolivia ha sido el país que más ha crecido, pasando de 1,4% del PBI en 1990 a alrededor del 11% en 1999.

Gráfico N.º 3



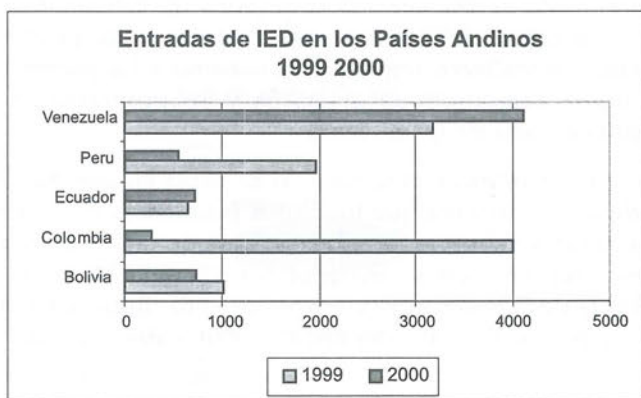
Fuente: IMF Statistics.

<sup>41</sup> INTAL. *Informe Andino 2001*. Washington: BID -INTAL, 2001.

Asimismo, si se evalúa lo sucedido con cada País Miembro de la Comunidad Andina, se encuentra que, en la década del ochenta, el país que recibió mayores entradas de IED fue Colombia con un influjo promedio de US\$ 243,9 millones, seguido por Venezuela con US\$ 140,3 millones y Ecuador, con US\$ 90,6 millones; mientras que, en la década del noventa, el país andino que fue receptor de los mayores flujos de IED fue Venezuela con unos ingresos promedio, por ese rubro, de US\$ 2422,6 millones, seguido por Colombia con US\$ 1618,1 millones y por Perú con US\$ 1533 millones.

Según la CEPAL,<sup>42</sup> entre las razones que incentivaron el incremento de la IED en Venezuela a partir de 1993 estuvo la apertura del sector petrolero. Así, en el 2000, Venezuela fue el país que recibió mayores entradas de IED (alrededor de US\$ 4110 millones) como producto del incremento en la inversión en petróleo, los servicios financieros e inmobiliarios, y otros rubros no especificados (superando a Colombia que, en 1999, había obtenido una cifra similar).

Gráfico N.º 4



Fuente: *World Investment Report, 2001*, p. 292.

De otro lado, entre los factores que han favorecido el incremento de los flujos de IED hacia los países andinos ha destacado el fortalecimiento del Acuerdo Andino, así como la profundización de las relaciones bilaterales, el acceso a un mercado ampliado, la mayor receptividad de los capitales extranjeros producto de las reformas planteadas, etc.

La decisión por los cinco países de procurar inversión multinacional llegó más bien tarde en la era moderna de integración económica con un firme compromiso marcado

<sup>42</sup> CEPAL. *La inversión extranjera en Latinoamérica y el Caribe 1997*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 1998.

por la adopción en 1991 de las Decisiones 291 y 292 del Pacto Andino.[...]. Los cambios reversaron años de políticas altamente restrictivas hacia inversionistas foráneos encontradas en la Decisión 24 del Pacto Andino llamada el Código de Inversión Andina, la cual fue puesta en efecto en 1971.<sup>43</sup>

Como es sabido, la Comunidad Andina ha establecido metas y plazos para la consolidación del arancel externo común (se debe adoptar el AEC antes de diciembre del 2002) y el establecimiento del Mercado Común Andino en el 2005. Al respecto, cabe mencionar que, recientemente, se ha logrado llegar a un acuerdo del AEC en alrededor del 62% de las partidas de los Países Miembros, hecho que representa un significativo avance que permitirá fortalecer, posteriormente, lazos con otros bloques regionales.

Aunque el tamaño de los países andinos presenta un rango muy amplio,<sup>44</sup> el tamaño de países como Brasil o Argentina representa una dificultad para la integración. Por ejemplo, en relación con el PBI per cápita se tiene que, dentro de las 150 economías miembros del OECD de bajos ingresos, todos las andinas están por encima de la media (con excepción de Bolivia), mientras que las economías argentina y brasilera están muy por encima de las posiciones andinas. No obstante, el tamaño del mercado andino en su conjunto es más significativo para los inversionistas que cada país individual, aunque se han producido relocalizaciones al interior de los países andinos por las diferentes políticas arancelarias. Así, por ejemplo, se fueron de Perú, que tenía un virtual arancel *flat*, hacia Colombia y Ecuador que implementaban un arancel externo escalonado con menor protección para insumos y bienes de capital, y mayor protección para los bienes finales.<sup>45</sup> Por ello, es necesario que se perfeccione el acuerdo regional andino, de modo tal que sirva para la captación de mayores flujos de inversión.

Sin embargo, debido a la geografía abrupta de esta región, la distancia geográfica entre los países de la Comunidad Andina puede ocasionar problemas de costo de transporte, hecho que desalienta la inversión. Por lo tanto, es fundamental el desarrollo de inversiones públicas en infraestructura con la finalidad de reducir los costos de transporte e incrementar, de esta manera, la integración física y económica de los países vecinos.

Siguiendo los resultados de una encuesta realizada a ejecutivos de las empresas inversionistas en los países andinos,<sup>46</sup> se concluyó que, entre los motivos que llevan a las empresas a invertir, el acceso al mercado local se ubicó en el primer lugar, seguido por el acceso a los mercados regionales y la distancia y costos de transporte.

---

<sup>43</sup> SHATZ, Howard. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>44</sup> Se tiene a Bolivia con un PBI de US\$ 8600 millones y a Colombia con un PBI de US\$ 102 000 millones.

<sup>45</sup> ABUGATTAS, Luis. «Estabilización Macroeconómica, Reforma Estructural y Comportamiento Industrial: la Experiencia Peruana». En: CEPAL. *Serie Reformas Económicas*, n.º 48, 1999, p. 38.

<sup>46</sup> VIAL, Joaquín. *Op. cit.*, p. 7.

### 3.4.2. Salidas de IED de la Comunidad Andina

En relación con las salidas de IED en la década del ochenta, de los países andinos, sólo Colombia y, posteriormente, Venezuela registraban salidas de IED. En la década del noventa, Perú y Ecuador empezaron a registrar pequeñas salidas de IED, pero en cantidades inferiores a las mostradas por Colombia y Venezuela. Estos países registraron, al 2000, una salida de US\$ 675 millones y US\$ 321 millones, respectivamente. En el primer caso, las inversiones se dirigieron principalmente hacia Venezuela y Ecuador, y en el segundo caso, hacia Bolivia y Ecuador.

### 3.5. COMPOSICIÓN DE LA IED EN LA COMUNIDAD ANDINA

#### 3.5.1. Según sector de destino

De acuerdo con Vial y Kuwayama,<sup>47</sup> la composición de IED en los países de la CAN muestra bastante heterogeneidad, pero es evidente la importancia que tiene el sector primario como destino de IED, especialmente en el caso de la agricultura, la minería y el petróleo. Asimismo, estos autores señalan la elevada inversión en servicios, hecho que se debe, fundamentalmente, a la privatización de empresas públicas en los sectores de energía y telecomunicaciones, así como a la adquisición de bancos andinos por inversionistas extranjeros.

**Cuadro N.º 3: Flujos de IED por sectores**

Países	Sectores			Total
	Primario	Manufacturero	Servicios	
Bolivia	1.8	0.4	0.5	2.8
Colombia	0.8	0.4	0.4	1.7
Ecuador	1.9	0.3	0.4	1.7
Perú	0.3	0.1	1.5	1.9
Venezuela	0.0	0.4	0.7	1.1

Fuente: Vial, *op. cit.*, p. 8

<sup>47</sup> KUWAYAMA, Mikiy y OTROS. «Trade and Investment promotion between Asia-Pacific and Latin America: present position and future prospects». En: CEPAL. *Serie Comercio Internacional*, n.º 9, septiembre del 2000, pp. 18- 21.



Gráfico N° 5



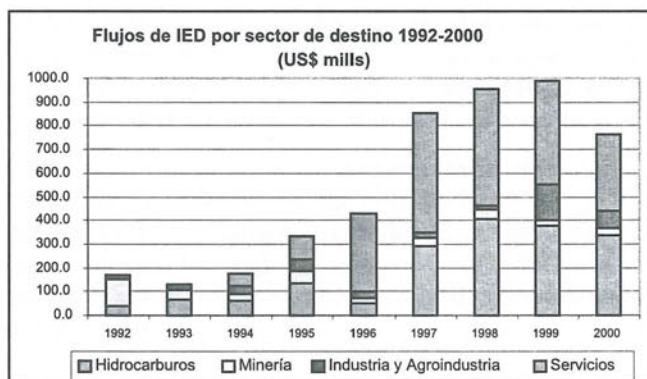
Fuente: Kuwuyama, p. 19

### 3.5.2. Según país de destino

#### 3.5.2.1. Bolivia

La IED en Bolivia alcanzó a significar, en 1999, el 91.5% del total de inversión privada y el 60.3% de la inversión total. Según el viceministerio de Inversión y Privatización de Bolivia,<sup>48</sup> entre 1991 y 2000, han predominado los sectores de servicios e hidrocarburos.

Gráfico N.º 6



Fuente: Ministerio de Inversión y Privatización

<sup>48</sup> <[http://www.mcei.gov.bo/web\\_mcei/Vinvest/publicaciones/InversionEnBolivia.html](http://www.mcei.gov.bo/web_mcei/Vinvest/publicaciones/InversionEnBolivia.html)>.

Sin embargo, a inicios de los noventa, la IED estaba dirigida esencialmente a la minería, que representaba el 66,2% (US\$ 112 millones) del total de la IED, seguida por la inversión en el sector de hidrocarburos con una participación de aproximadamente el 22,4% (US\$ 38 millones). Pero, entre 1993 y 1995, el sector de hidrocarburos ha sido el que mayor porcentaje de IED ha concentrado, alcanzando el 50,7% (US\$ 65 millones) en 1993.

Bolivia ha sido uno de los países de Sudamérica que ha mostrado las más altas tasas de crecimiento promedio en cuanto a las entradas de IED. Este hecho se ha debido, entre otras cosas, al programa de capitalización de empresas estatales emprendido en 1994. El gobierno buscaba incrementar la inversión en sectores específicos como energía eléctrica, telecomunicaciones, minería, etc. Dicho programa consistía en darle oportunidad al inversionista extranjero para la participación en la propiedad de empresas estatales, pero no por la vía de la venta de la participación del Estado sino por la vía de suscripción de aumentos de capital. Así, la inversión externa queda en la empresa capitalizada para contribuir a su modernización y expansión

De este modo, entre 1996 y 1999, el sector que más IED ha captado ha sido el de servicios, que ha registrado, en 1996, una concentración de 76% (US\$ 326 millones) debido a la capitalización de ENTEL.<sup>49</sup> La firma seleccionada fue la empresa italiana STET Internationale, que suscribió el 50% de las acciones de la empresa estatal por un monto de US\$ 610 millones.

En servicios, se han cuantificado las inversiones realizadas en la construcción de gasoductos y transporte de hidrocarburos, especialmente la construcción del gasoducto al Brasil.

La industria y la agroindustria no han sido sectores muy representativos desde 1995, año en que han registrado alrededor de 16% (US\$ 52 millones) del total de IED. Luego, este porcentaje fue cayendo hasta 1998 y, en 1999, retomó su tendencia creciente al ubicarse en niveles similares a los de 1995 (15,4%), gracias a los procesos de privatización que se dieron en el sector.

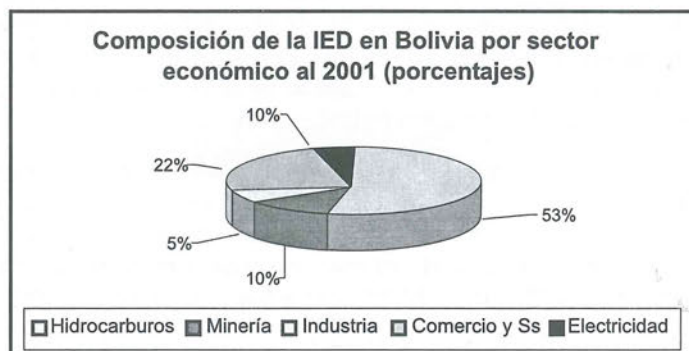
Finalmente, el sector hidrocarburos recobró, al 2001, el liderazgo al lograr captar alrededor del 53% del total de IED (US\$ 401 millones), mientras que la inversión en el sector minero ha declinado siendo, al 2000, de tan sólo 10% del total de ingresos por IED (US\$ 76 millones). Según Flexner,<sup>50</sup> este hecho se debe a varios factores tales como la caída en los precios internacionales de los minerales, los cambios en las leyes correspondientes al sector, el impuesto indirecto

<sup>49</sup> Ministerio de Comercio e Inversión de Bolivia. <<http://www.mcei.gov.bo/>>.

<sup>50</sup> FLEXNER, Nikolai. *Foreign Direct Investment and Economic Growth in Bolivia 1990 -1998*. Mimeo. La Paz: Banco Central de Bolivia, 1999, p. 12.

sobre las importaciones de bienes de capital destinadas a la exploración y producción de mineral, etc.

Gráfico N.º 7



Fuente: Ministerio de Inversión y Privatización

De acuerdo con Rojas y Nina,<sup>51</sup> las principales regiones que realizaban inversiones en Bolivia entre 1996 y 2000 eran Norteamérica y Europa, con participaciones similares de alrededor de 32%. Según el Banco Central de Bolivia,<sup>52</sup> los Estados Unidos pasaron a ser el país con mayor concentración de IED, con alrededor de 40,0% del total, es decir, alrededor de US\$210 millones. Estuvo seguido por las Islas Caimán con 16,9%, Argentina con 15%, Holanda con 6,7% y Brasil con 5,3%.

### 3.5.2.2. Colombia

De acuerdo con las estadísticas del Banco de la República y del Departamento Nacional de Planeación, los flujos de IED eran, en 1992, de US\$ 289 millones y, en 1999, llegaron a US\$ 3974 millones. En otras palabras, representaron alrededor de 13 veces el monto registrado en 1992.

Posteriormente, en el 2000, se registró una caída en el flujo neto de inversión. El mismo registró un ingreso neto de IED por US\$ 273 millones (monto incluso menor al de inicios de la década). Este hecho se dio, entre otras cosas, por la difícil situación económica y política que atraviesa Colombia, el deterioro de la estabilidad jurídica y el orden público, y la coyuntura internacional ya comentada.

<sup>51</sup> ROJAS, Fernando y Oswaldo NINA. *Atractivo de Bolivia a los inversionistas Extranjeros*. Massachusetts: CIPR, 2001, p. 7.

<sup>52</sup> BANCO CENTRAL DE BOLIVIA. *Memoria Anual 2001*. La Paz: Banco Central de Bolivia, 2001, p. 45.

De otro lado, en relación con el destino que tomaron estos flujos de inversión se tiene que la composición ha variado mucho, ya que, entre 1982 y 1991, el grueso de los flujos se dirigía a la explotación de yacimientos de petróleo (54%). Según Cubillos y Navas,<sup>53</sup> Colombia cuenta con características específicas que la hacen atractiva para cierto tipo de inversión. Por ejemplo, destaca en dotación de recursos naturales. Asimismo, el sector petrolero ha sido el sector que se constituyó como el principal receptor de IED hasta inicios de los noventa, hecho que se habría debido a las políticas implementadas en dicho sector.

Pero, de ahí en adelante y en particular en 1992, dichos flujos estuvieron dirigidos principalmente a establecimientos financieros (31.9%) y a la minería (26.1%), mientras que, a partir de 1993, el sector de industrias manufactureras fue, junto con el sector financiero, el que concentró mayores entradas de IED, captando, en promedio, 29,2% y 27,2% entre los años 1993 y 2000.

De acuerdo a Cubillos y Navas,<sup>54</sup> en la segunda mitad de la década de los noventa, la importancia que ha cobrado el sector financiero se ha debido, principalmente, a cambios en la legislación que permitieron facilitar la entrada y salida de las firmas, adoptar un esquema de banca casi universal, reducir los impuestos a la intermediación y reprivatizar instituciones financieras.

Asimismo, la industria manufacturera ha mantenido una gran participación en ese periodo. Ha destacado el sector de químicos, petroquímicos y plásticos, que ha desplazado la IED hacia sectores intensivos en capital. Según la CEPAL,<sup>55</sup> uno de los factores que más contribuyó a incrementar los ingresos de IED a Colombia fue la decisión que tomó ECOPEPETROL en 1996 de vender su participación en ocho empresas de gas y energía.

No obstante, la composición de la IED en Colombia al 2001 se orientó, mayormente, al sector de las comunicaciones, que fue receptor de alrededor del 35,7% (US\$ 817 millones). Estas inversiones estuvieron básicamente dirigidas a telefonía celular y empresas de televisión y proveedoras de servicios de internet. Los siguientes sectores en importancia fueron el sector financiero, que captó el 35,3% (US\$ 808 millones); y el sector minero, que concentró gran parte de la inversión en las minas de carbón.

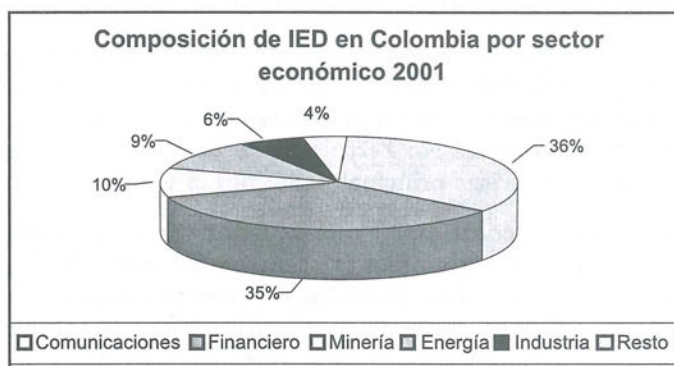
---

<sup>53</sup> CUBILLOS, Mircea y Verónica NAVAS. *Inversión Extranjera Directa en Colombia: Características y Tendencias*. Santafé de Bogotá: Unidad de Análisis Macroeconómico - DNP, 2000, p. 28.

<sup>54</sup> *Ib.*, p. 29.

<sup>55</sup> CEPAL. *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe 1997*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 1998, p. 43.

Gráfico N.º 8



Fuente: Banco de la República

Respecto al flujo de IED por origen, en el 2001 se tiene que las regiones de donde proviene la mayor parte de inversión extranjera son Europa, Norteamérica y el Caribe. Asimismo, dichas regiones son las que han presentado el mayor dinamismo, mostrando incrementos superiores al 200% en relación con las cifras para el 2000. Los flujos de IED desde Europa han significado alrededor del 41% del total de IED en el 2000. Destacan por su participación en ese porcentaje España, Holanda y Luxemburgo. Las inversiones procedentes de Norteamérica, en cambio, significaron alrededor del 28% del total de flujos de IED. Destacan las inversiones de Estados Unidos en los sectores de transporte y comunicaciones, principalmente; y las de Canadá, en minería.

En cuanto a las inversiones provenientes del Caribe, destacan las Islas Vírgenes Británicas, Bermudas, Panamá e Islas Caimán, que destinaron sus inversiones a los sectores de electricidad, gas y agua.

Las inversiones de España se han destinado, fundamentalmente, al sector eléctrico y a los mercados financieros. Las de Holanda se han dirigido al sector minero, en especial a las minas de carbón al igual que las de Luxemburgo.

### 3.5.2.3. Ecuador

De acuerdo con el Investment Policy Review of Ecuador,<sup>56</sup> las entradas de IED a Ecuador entre 1992 y 1994 se triplicaron y, entre 1996 y 1998, se duplicaron, llegando a representar un crecimiento de alrededor del 80% de las entradas de IED registradas en la primera mitad de la década. No obstante, Ecuador enfrentó, en 1998, la mayor crisis política, económica y social de su historia, y las en-

<sup>56</sup> UNCTAD. *Investment Policy Review*. New York: United Nations, 2001.

tradas de IED cayeron de US\$ 831 millones en 1998 a US\$ 636 millones en 1999 (aunque, a partir del 2001, mostró cierta recuperación).

La situación en la que se encuentra Ecuador es muy peculiar, debido a que es una economía que está dolarizada. Entonces, ante la imposibilidad de emisión de moneda, la generación de divisas es crucial. De acuerdo con el Plan Nacional de Promoción de Inversiones No Petroleras de Ecuador,<sup>57</sup> este país debe buscar incrementar el flujo de divisas principalmente por la vía de entradas de IED.

Un factor que puede contribuir a que Ecuador sea un país atractivo para los inversionistas es que posee abundantes recursos naturales, incluyendo recursos no renovables como el petróleo. Entre los sectores que captan tradicionalmente la mayor parte de la IED se encuentran el sector minero, la industria manufacturera, la construcción, el comercio, la agricultura, la silvicultura, la caza y la pesca, entre otras.

No obstante, cabe mencionar que, durante la década del noventa, el sector que ha concentrado alrededor del 75% de las entradas de IED ha sido el sector minero, en particular la industria del petróleo. Así, entre los años 1991 y 1995, el sector de explotación de minas y canteras concentró alrededor del 76% del ingreso de IED, seguido por la industria manufacturera con el 14% en ese periodo.

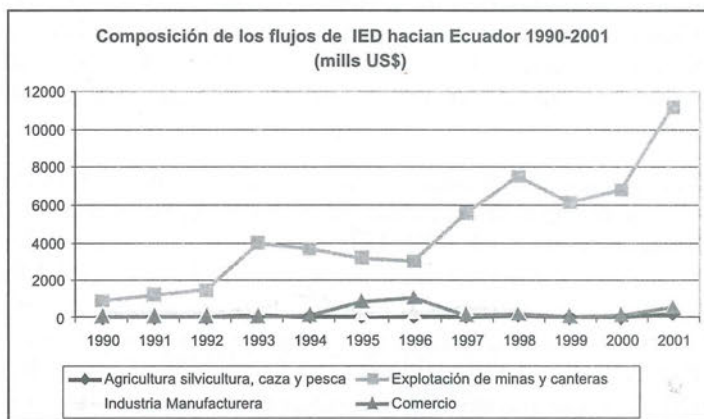
En la segunda mitad de la década, la concentración de la IED en el sector minero se incrementó, siendo de alrededor de 85% en 1997 y de 96% en el 2000. Este hecho resulta, en cierto modo, peligroso, ya que no hay diversificación de la IED y el petróleo es un recurso natural no renovable, por lo que resulta imprescindible que Ecuador continúe desarrollando la promoción de inversiones en otros sectores potenciales como el de servicios y el de la industria manufacturera.

En cuanto a los procesos de privatización, se tiene que, en el sector de energía e hidrocarburos, se ha visto favorecido con algunos procesos. Entre ellos destacó la privatización de Duragas (compañía que fue adquirida por Repsol - YPF en 1998). No obstante, cabe mencionar que, en comparación con el resto de países andinos, en Ecuador los procesos de privatización han sido escasos y, por ello, las inversiones en el sector de servicios han sido poco significativas y se han concentrado, como ya se ha mencionado, en la industria petrolera.

---

<sup>57</sup> CORPEI. *Plan Nacional de Promoción de Inversiones No Petroleras PNPI 2001-2010*. 2001.

Gráfico N.º 9



Fuente: SICA.

Dicha industria ha concentrado, entre 1996 y 1999, el 70% de los influjos de cuatro países en particular: Estados Unidos con alrededor del 47% de los ingresos, Canadá con el 15%, Reino Unido con el 5% e Italia con el 4%. Sin embargo, esta composición ha variado notablemente entre la primera y la segunda mitad de los noventa, ya que las entradas de IED procedentes de Latinoamérica crecieron tres veces entre 1995 y 1999, mientras que la inversión proveniente de Estados Unidos se incrementó en un 10%.

Estos países han dirigido sus inversiones, principalmente, a la industria petrolera. Es el caso de las compañías ARCO y ORYX de Estados Unidos; Braspetro de Brasil; C.G.C de Argentina; AGIP de Italia; y Shell del Reino Unido. En el caso de el sector financiero, han destacado las inversiones del Citibank (Estados Unidos), del Lloyd's Bank (Reino Unido) y el ABN AMRO (Holanda).

#### 3.5.2.4. Perú

Según lo señalan Araoz y Casas,<sup>58</sup> el monto de IED que el Perú recibió es bastante alto, dado el tamaño de la economía, y eso se ha debido, en gran parte, a las privatizaciones y concesiones que se han llevado a cabo en los noventa. Así, si se compara la situación a inicios de la década, se tiene que, de acuerdo con el *World Investment Report 2001*, el Perú fue receptor de US\$ 150 millones en 1992, mientras que, en 1999, logró captar alrededor de US\$ 1969 millones por concepto de IED. No obstante, este flujo cayó al año siguiente, registrando US\$ 555 millones y representado el 1% del PBI del 2000.

<sup>58</sup> ARAOZ, Mercedes y Carlos CASAS. *Atracción de la Inversión Extranjera Directa en el Perú*. Lima: CIUP, 2001, p. 44.

En particular, dichos flujos de IED se concentraron, a inicios de la década, en el sector minero, destacando la inversión realizada en 1992 por la Corporación Shougang (China) como parte de la privatización de Hierro Perú y la inversión de Cyprus Minerals (Estados Unidos) en la mina Cerro Verde.<sup>59</sup> Este hecho conllevó que la participación del sector minero se incrementara de 64% en 1991 a 83% en 1992.<sup>60</sup>

En los años siguientes, destacaron las entradas de IED hacia los sectores de comunicaciones y energía. En el primer caso, los mayores flujos de IED se debieron a la privatización de CPT y ENTEL, empresas adquiridas y fusionadas por Telefónica de España y que pasaron a denominarse Telefónica del Perú; mientras que, en el segundo caso, se debió al proceso de privatización de las redes de distribución eléctrica Generandes Perú (adquirida por la Compañía Eléctrica Cono Sur S.A de Panamá), EGENOR (adquirida por Dominion Energy de Estados Unidos) y EDELSUR (adquirida por Ontario-Quinta de Canadá). De otro lado, entre los años 1993 y 1996, los flujos hacia el sector industrial y el sector financiero se incrementaron alrededor de 14 veces.

En el periodo 1994-2001, el sector comunicaciones ha sido, según información de CONITE,<sup>61</sup> el sector con mayor captación de IED, hecho que ha revertido la tendencia de los años anteriores, en los que la inversión fue prácticamente nula. Así, por ejemplo, por concepto de privatización en telecomunicaciones, se ha obtenido alrededor de US\$ 3595 millones y quedan por concretarse alrededor de US\$ 1635 millones. A fines del 2001, este sector captó alrededor del 26% de las entradas de IED.

Por el contrario, el sector minero, que a inicios de la década era el más importante (consideremos las inversiones de la Newmont Minig Corporation, Noranda, Anglo American Doe Run, Cyprus Amax etc), ha disminuido su participación, captando, en el 2001, alrededor de 16% de los flujos de IED. De este modo, durante la década del noventa, se han recaudado, por concepto de privatización en minería e hidrocarburos, alrededor de US\$ 2300 millones, de los cuales aproximadamente el 19% estuvo concentrado en Antamina.

No obstante, la actividad minera cuenta con varios proyectos por privatizar, como el de Cobre de Michiquillay, el yacimiento de Fosfatos Bayóvar, Toromochó y las unidades mineras restantes de Minero Perú y Centromín.

---

<sup>59</sup> Ministerio de Energía y Minas del Perú. <<http://www.mem.gob.pe>>.

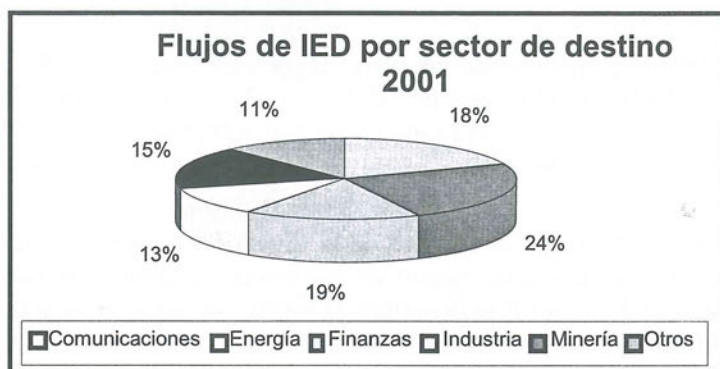
<sup>60</sup> ARAOZ, Mercedes y OTROS. *Factores Limitantes de la Inversión Extranjera en el Perú*. Lima: CIUP, 2001, p. 65.

<sup>61</sup> Cabe mencionar que CONITE calcula los flujos de IED con fines de formalización contractual de las inversiones, trámite obligatorio sólo en el caso de la celebración de Convenios de Estabilidad Jurídica entre el Estado y los inversionistas. Por lo tanto, alrededor del 50% de la IED no es registrado por CONITE.



En el sector financiero, se ha observado el ingreso de importantes flujos de IED, sobre todo de capitales españoles. Así, estas inversiones se han canalizado a través del Grupo Santander Central Hispano S.A., del Lima Sudameris Holdin S.A. y del Holding Continental S.A.

Gráfico N.º 10



Fuente: CONITE, Boletín Estadístico

En general y según país de origen, los países más importantes en términos de entradas de IED fueron, a inicio de la década de los noventa, los Estados Unidos (con una participación del 47%) y el Reino Unido (con una de 11%). Sin embargo, los Estados Unidos han disminuido, a fines de la década, su participación, dejando paso a que España se convierta en el principal inversionista extranjero (25%) seguido del Reino Unido (21%) y los Estados Unidos (19%).

En el caso de España, sus inversiones han estado dirigidas, fundamentalmente, al mercado de telecomunicaciones, energía y finanzas. En relación con las telecomunicaciones, es sabido que, en 1994, Telefónica de España adquirió el 35% de la participación accionaria de ENTEL y alrededor del 20% de las acciones de la Compañía Peruana de Teléfonos. Asimismo, han incursionado en el sistema financiero los bancos Santander Central Hispano y el Bilbao Vizcaya, que han realizado grandes inversiones en bancos locales.

Los Estados Unidos, por su parte, presentan una gran diversificación de sus inversiones. Así, alrededor del 32% se encuentra en el sector minero; el 30%, en energía (cabe mencionar que la estadounidense Dominion adquirió el 60% del accionariado de Egenor); y el resto, en industria, comercio y otros.

El Reino Unido, en cambio, ha dirigido sus inversiones en el Perú hacia la minería (37%), el sector financiero (27%) y el sector industrial (17%). En el sector financiero, por ejemplo, el Reino Unido mantiene 67% del accionariado de Stan-

dard Chartered del Perú. Asimismo, ha destinado parte de sus inversiones a las comunicaciones, como es el caso de Nextel y Bellsouth.

Como se puede observar, los principales inversionistas del país destinan los montos de inversión hacia sectores no primarios como telecomunicaciones, finanzas, energía e industria. En el caso de servicios públicos privatizados, tienen como destino el mercado interno, con mercados sumamente concentrados.

#### 3.5.2.5. Venezuela

En los ochenta y a principios de los noventa, la preponderancia de la IED en la industria manufacturera era notable y llegaba a representar cerca del 70% hacia 1993. Posteriormente, luego de la apertura, otros sectores —como el sector financiero, minero y de transportes y comunicaciones— comenzaron a cobrar importancia.

En este último caso, el incremento de la inversión se debió a los programas de privatización iniciados a principios de los noventa, como, por ejemplo, el de la privatización de la Compañía Nacional Teléfonos de Venezuela y la Compañía de Telefonía Celular, realizadas en 1991.

Entre 1996 y 1998, el programa de privatización dirigido por el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección bancaria (FOGADE) estuvo marcado, de manera importante, por las privatizaciones del Banco de Venezuela, adquirido por el Santander; el Banco Provincial, adquirido por el Banco Bilbao Vizcaya —en los dos casos mencionados, los adquirientes son grupos españoles—; y el Banco Consolidado, adquirido por el Grupo Infisa de Chile. De esta manera, la composición patrimonial del sistema financiero venezolano pasó de estar compuesta fundamentalmente por capitales nacionales a tener alrededor de dos tercios de capitales extranjeros.

Hacia fines de los noventa, se ha observado una nueva manera de participación de la IED: la Oferta Pública de Adquisición (OPA). Por esta modalidad, las empresas La Electricidad de Caracas y Corporación EDC, Caracas pasaron a manos de las empresas AES de Estados Unidos por un monto total de US\$ 1800 millones, cantidad que hacía, de esta operación, la transacción privada más grande que se haya hecho en Venezuela.

De este modo, los sectores que fueron receptores de los mayores flujos de inversión al 2000 fueron la industria manufacturera con alrededor de 54% del total vía IED, seguida por el sector financiero con alrededor del 25% de dichos flujos y servicios como el comercio y el transporte, entre otros.

Gráfico N.º 11



Fuente: CONAPRI

Otra característica que se presenta aquí, y es común a otros países andinos, es que el principal país que ha dirigido sus flujos de inversión extranjera directa ha sido Estados Unidos. Sin embargo, en el caso de Venezuela, hay otros países que vienen cobrando cada vez más importancia como es el caso de Holanda, Japón, Suiza, recientemente España y países de la región como Colombia y Chile.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

Durante la década del noventa, los flujos de IED hacia la Comunidad Andina se han incrementado notablemente (registrando crecimientos de hasta 13 veces el monto evidenciado a inicios de los noventa), siguiendo el comportamiento de la región. No obstante, las entradas de IED hacia la CAN aún representan un pequeño porcentaje dentro del flujo registrado hacia Latinoamérica.

Asimismo, los ingresos de IED hacia los países andinos se han concentrado fundamentalmente en los sectores de servicios y minería e hidrocarburos: en el primer caso, debido a los procesos de privatización experimentados por las empresas estatales de los países andinos en el área de comunicaciones y energía; y, en el segundo caso, debido principalmente a las inversiones nuevas o *greenfields*. No obstante, hay casos como el de Ecuador en el que se han realizado pocos procesos de privatización, por lo cual la concentración en el sector minero ha sido mayor.

Los países que mayor IED captaron son Colombia y Venezuela. Ambos son los que tuvieron vigente el arancel externo común, una zona de libre comercio, un programa automotriz, una franja andina de precios agropecuarios y los mandatos de los organismos de integración regional andino. Al mismo tiempo, si bien son países que también participaron de las políticas de liberalización y

apertura, lo hicieron con gradualismo a diferencia de otros (como Perú y Bolivia) que impulsaron medidas más radicales en profundidad y menores plazos. Sin subestimar factores como las políticas domésticas y de atracción de inversión extranjera, el proceso de integración parecen haber sido un factor importante, sobre todo para los andinos que estuvieron más involucrados en el mismo. Colombia, por ejemplo, muestra sostenibilidad de flujo de inversión, con una gran diversificación. A pesar de sus conflictos internos y los problemas institucionales conocidos.

Finalmente, consideramos que los países andinos deben continuar con el fortalecimiento de sus lazos y la profundización del proceso de integración. Este proceso supone invertir en el desarrollo de vías que permitan la disminución de los costos de transporte y los costos de transacción en la región andina. Sin embargo, la meta de mercado común andino y la articulación con MERCOSUR no deberían perderse de vista.

## ANEXO N.º 1

### MARCO LEGAL PARA LA INVERSIÓN EN LA CAN

En 1991, los Países Miembros de la Comunidad Andina acordaron establecer normas que armonizaran sus políticas económicas con el fin de generar mayor competitividad y eficiencia de sus economías. De este modo, se promulgaron normas respecto a la política de inversiones dentro de la CAN: las Decisiones 291 y 292. La primera contiene el régimen general sobre inversión extranjera y la segunda regula el caso de las empresas multinacionales andinas.

#### Decisión 291

La Decisión 291, denominada «Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías», establece, en su primer capítulo, definiciones de lo que se considera IED y clasifica a los inversionistas y a las empresas en nacionales, mixtas y extranjeras. Así considera:

Inversión Extranjera Directa: los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios. Igualmente se considera como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones que se efectúen de conformidad con el presente régimen.<sup>62</sup>

Cabe destacar que, en esta norma, se diferencia entre inversionista subregional e inversionista extranjero. Se considera como inversionista subregional al inversionista nacional de cualquier país andino distinto del país receptor e inversionista extranjero al propietario de una inversión extranjera directa.

Asimismo, esta norma establece que el trato a los inversionistas extranjeros debe ser el mismo que reciben los inversionistas nacionales o subregionales. Los inversionistas extranjeros tienen trato nacional y derecho a remitir en divisas, libremente convertibles, las utilidades.

Finalmente, esta norma comprende tratados acerca de la importación de tecnología e inversiones procedentes de la CAF y de entidades con opción a tratamiento de capital neutro para sus inversiones (BID, CFI, DEG, etc.).

---

<sup>62</sup> COMUNIDAD ANDINA. *Política de Inversiones: Decisión 291*. <<http://www.comunidad-andina.org/politicas/inversiones.htm>>.

### **Decisión 292**

La Decisión 292, denominada «Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas», establece que una empresa multinacional andina (EMA) es aquella que se constituye como sociedad anónima con domicilio principal en uno de los Países Miembros y que, además, cuenta con aportes de propiedad de inversionistas nacionales de dos o más Países Miembros que sean al menos el 60% del capital de la empresa.

Asimismo, cuando las empresas se constituyan con aportes de inversionistas de dos Países Miembros, los aportes de los inversionistas no podrán ser menores del 15% del capital de la empresa.

El tratamiento de las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán de un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales.

No obstante, a pesar de que existen diferentes reglamentos que norman la inversión extranjera en la CAN, cada País Miembro posee lineamientos particulares que debe cumplir el inversionista extranjero.

## ANEXO N.º 2

### ENTRADAS Y SALIDAS DE IED EN RELACIÓN CON EL PBI

<b>Sudamérica</b>	<b>1980</b>	<b>1985</b>	<b>1990</b>	<b>1995</b>	<b>1999</b>
<b>Argentina</b>					
Entradas	6.9	7.4	6.4	9.9	22.1
Salidas	8.0	6.9	4.3	3.8	6.8
<b>Brasil</b>					
Entradas	7.4	11.5	8.0	6.0	21.6
Salidas	0.3	0.6	0.5	0.8	1.6
<b>Paraguay</b>					
Entradas	4.9	6.5	7.5	9.8	20.6
Salidas	2.8	3.0	2.6	2.0	2.6
<b>Uruguay</b>					
Entradas	7.2	16.8	12	8.1	10.5
Salidas	0.2	0.7	0.5	0.1	0.3
<b>Bolivia</b>					
Entradas	8.4	11.6	21.1	23.3	56.9
Salidas	--	--	0.2	0.3	0.3
<b>Perú</b>					
Entradas	4.3	6.1	4.1	10.1	15.5
Salidas	--	0.2	0.2	1.0	0.9
<b>Colombia</b>					
Entradas	3.2	6.4	8.7	8.0	21.9
Salidas	0.4	0.9	1.0	1.3	3.6
<b>Ecuador</b>					
Entradas	6.1	8.1	15.2	19.1	32.5
Salidas	--	--	--	--	--
<b>Venezuela</b>					
Entradas	2.7	2.6	4.7	9	20.9
Salidas	--	0.3	2.5	4.4	5.5
<b>Chile</b>					
Entradas	3.2	14.1	33.2	26.2	55.2
Salidas	0.2	0.6	0.6	4.7	19.0

Fuente: UNCTAD. *World Investment Report 2001*.

### ANEXO N.º 3

#### ENTRADAS Y SALIDAS DE IED COMO PORCENTAJE DE LA FORMACIÓN DE CAPITAL BRUTO

Sudamérica	1990-1995	1996	1997	1998	1999	2000
<b>Argentina</b>						
Entradas	9,2	14,1	16,1	11,5	47,2	24,2
Salidas	1,7	3,3	6,4	3,9	2,4	2,0
<b>Brasil</b>						
Entradas	2,0	7,2	11,8	18,6	28,2	28,4
Salidas	0,7	-0,3	0,7	1,8	1,7	2,0
<b>Paraguay</b>						
Entradas	6,0	6,6	10,6	17,7	3,9	5,9
Salidas	0,4	0,2	0,3	0,3	0,3	0,4
<b>Uruguay</b>						
Entradas	3,9	4,8	4,0	4,8	7,9	10,8
Salidas	-	-	0,4	0,3	1,3	0,3
<b>Bolivia</b>						
Entradas	16,7	35,6	58,4	48,4	62,3	47,0
Salidas	0,2	0,2	0,1	0,1	0,2	0,9
<b>Perú</b>						
Entradas	10,4	25,9	12,1	13,8	20,2	6,3
Salidas	0,1	-0,1	0,6	0,5	1,1	0,9
<b>Colombia</b>						
Entradas	8,0	14,8	25,8	15,2	12,8	22,4
Salidas	0,8	1,6	3,8	4,3	1,0	2,4
<b>Ecuador</b>						
Entradas	11,6	14,8	19,2	21,0	31,9	32,7
Salidas	0,7	0,7	6,8	-2,0	0,9	-0,6
<b>Venezuela</b>						
Entradas	8,3	19,6	33,3	24,6	20,2	25,9
Salidas	3,4	4,6	3,0	1,3	3,1	0,6
<b>Chile</b>						
Entradas	13,6	23,2	23,2	22,4	59,9	23,1
Salidas	3,8	5,9	8,3	13,5	31,5	30,1

Fuente: UNCTAD. *World Investment Report 2001*.



# EL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES ANDINAS

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA\*

## 1. LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Desde sus orígenes, la Comunidad Andina (CAN) ha buscado la integración económica de la región andina. En la actualidad, ha perseguido, además de la integración comercial, alentar procesos sociales de integración y relaciones externas.

El objetivo más importante de la integración andina no sólo es la construcción de un bloque económico sólido, capaz de integrarse de manera igualitaria con otros bloques regionales en el mundo (Comunidad Europea, Asia, etc.), sino, además, la constitución de grupos de negociación como el del ALCA. En otras palabras, no solo se trata de lograr la acción hacia el exterior de la región, sino que, además, se persigue el objetivo fundamental de la construcción de una integración intraregional, basada en la conformación de un tejido industrial y empresarial entre los países de la propia Comunidad Andina. En síntesis, se trata de lograr una integración que sea la base del fortalecimiento de nuestros países como un solo bloque, tarea que supone tanto la vinculación entre nuestros Estados como la vinculación entre los privados para la construcción de una verdadera Comunidad Andina.

Es sobre este último punto que desarrollaremos el presente artículo, es decir, sobre la actividad empresarial intrarregional como una forma de fortalecimiento de las relaciones intraregionales en aras de lograr una mayor y mejor presencia de la integración andina.

En ese sentido, es necesario analizar, de manera general, algunos de los esfuerzos de la CAN en la construcción de un mercado interior andino en los últimos años. Entre ellos tenemos el impulso en la integración en sectores como:<sup>1</sup>

---

\* Profesor de Comercio Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> FAIRLIE, Alan. *Escenarios de Integración y Cooperación Económica*. Lima: Friedrich Ebert Stiftung, 1999, p. 18.

- las relaciones exteriores, en las que se ha profundizado, especialmente, la integración con otros bloques regionales y se ha buscado la participación comunitaria efectiva en foros y organizaciones políticas internacionales;
- la armonización social de las políticas económicas y sociales, con la que se ha buscado acercar las diversas normatividades nacionales en relación con las materias pertinentes;
- el programa de liberalización del comercio entre los países de la región, en aras de la creación de un mercado ampliado y regido, fundamentalmente, por la normatividad propia de la CAN a través de sus decisiones;
- el arancel externo común, que ya se materializó en un 65% de las partidas arancelarias y continúa su proceso de incluir a todos los países de la región;
- el desarrollo agropecuario y agroindustrial, que tiene como propósito desarrollar estos sectores dentro de los propios Países Miembros (p. ej.: sanidad agraria);
- el financiamiento de inversiones, a través de la canalización de recursos internos y externos a la subregión;
- la integración fronteriza, que significa plasmar en forma material y física la integración entre los países (menos barreras para el ingreso al territorio nacional, mejores vías de ingresos debidamente comunicadas, etc.); y
- desarrollo de programas de cooperación económica y social, sobre todo en ciencia y tecnología, turismo, desarrollo social, etc.

Todos estos espacios y mecanismos responden a una política que busca la interacción de los países tanto de manera intrarregional como con otros bloques regionales, como, por ejemplo, la Unión Europea, el MERCOSUR, el Mercado Común Centroamericano, el Mercado Común del Caribe, etc. Es, en este marco, que debemos analizar la Decisión 292 sobre el régimen uniforme de las empresas multilaterales andinas como forma de integración económica andina.

## 2. INVERSIÓN

Sin duda, la inversión representa la más importante actividad económica para los países en desarrollo; dependerá de ella, en gran medida, el desarrollo de la economía de un país. Por lo general, se entiende como inversión todo aporte en capital, bienes muebles e inmuebles, acciones o participaciones, derechos de propiedad intelectual y bienes intangibles, entre otros,<sup>2</sup> que realiza una persona

---

<sup>2</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte, artículo 1139°.

natural o jurídica en un determinado país y, generalmente, a través de la actividad empresarial.

Para efectos de la Comunidad Andina, la Decisión 291, de marzo de 1991, precisa una serie de características que se aplican a distintos tipos de inversionistas. En el caso de los inversionistas extranjeros precisa:

[...]

**Inversión Extranjera Directa:** los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios.

*Igualmente, se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones que se efectúen de conformidad con el presente Régimen.*

Los Países Miembros, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, podrán considerar como aporte de capital, las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones.<sup>3</sup>

Por otro lado, serán inversionistas nacionales, de acuerdo con la Decisión en cuestión, las personas tanto naturales como jurídicas que se entiendan como tales por las legislaciones de los Países Miembros. Incluso se extiende dicha calificación «a las personas naturales extranjeras con residencia ininterrumpida en el país receptor no inferior a un año, que renuncien ante el organismo nacional competente al derecho de reexportar el capital y a transferir utilidades al exterior. El organismo nacional competente del país receptor podrá exonerar a dichas personas del requisito de residencia ininterrumpida no inferior a un año».

Asimismo, y quizás lo más importante para nuestro análisis, la Decisión 291 establece que se considerarán como de inversionistas nacionales, las inversiones de propiedad de inversionistas subregionales, entendiéndose como tales «a aquellos inversionistas nacionales de cualquier País Miembro distinto del país receptor».

Instrumentos como la Decisión 291 no buscan sino atraer la inversión extranjera directa hacia nuestros países andinos y fomentar la inversión nacional y subregional, a través de una adecuada regulación comunitaria de sus actividades, no de manera exhaustiva y restringida, sino, por el contrario, con normas más bien generales y de promoción; más aún, se espera que se complemente esta decisión con leyes y reglamentos nacionales o acuerdos o convenios binacionales para pro-

<sup>3</sup> Decisión 291. Comisión del Acuerdo de Cartagena. Quincuagésimo Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión, Lima, 21-22 de marzo de 1999.

mover y proteger inversiones, incluidos acuerdos con Países Miembros y con terceros.<sup>4</sup> De hecho, esto ha sucedido así y se ha logrado, por un lado, una mayor inversión y, además, que se cumpla con el objetivo de la gradual armonización y uniformidad de la normatividad interna entre nuestros países.

Debemos reconocer que el contexto en el que nace la Decisión 291 condiciona, en gran medida, su contenido —así como lo hizo en el caso de la Decisión 24— y es que, desde finales de los 80, la concepción económica adoptada por los países de la región ha sido en gran medida similar, esto es, la apertura de los mercados y una menor intervención estatal en la economía, incentivando la actividad privada y fomentando el ingreso de inversión y capitales extranjeros para impulsar el crecimiento.

### 3. LA INVERSIÓN SUBREGIONAL

Es pues claro que la inversión como elemento de desarrollo económico juega, en este aspecto, un rol preponderante. Tanto es así que, en la década de los noventa, la inversión extranjera en la subregión se multiplicó 12 veces, pasando de mil doscientos millones de dólares en 1990 a más de quince mil millones hacia finales de los noventa, incluyendo las privatizaciones que representan hoy más de 20% de la inversión extranjera.<sup>5</sup> Más aún, la dirección que tiene esta inversión va más allá del sector primario extractivo —en el que sigue estando concentrada en la minería y los hidrocarburos— y se extiende hacia los sectores de servicios y manufactura, en especial servicios financieros y telecomunicaciones. Es importante destacar que, con la reciente aprobación y aceptación del APDA, se espera que el Perú se beneficie, en especial, en su sector textil, y que es muy necesaria, en este actual momento, la inversión nacional, subregional o extranjera para lograr aprovechar los beneficios que esta medida puede brindarnos.

Pero la inversión no sólo es elemento de desarrollo económico de un país, sino que, además, puede y debe ser un instrumento de integración para una región. El lograr tejer una red de inversiones a través de la Comunidad Andina fortalecería la presencia de la región dentro de otros ámbitos de negociación comercial, como el ALCA, o ante otros bloques regionales o comunitarios. A diferencia de la inversión extranjera, la inversión subregional o intraregional tiene, entre sus ventajas, el fomentar la actividad empresarial de nuestros países más allá del nivel interno y promover industrias fuertes, tal vez no al nivel de las transnacionales, pero sí más preparadas para la competencia que se origina a la luz de un proceso de apertura del comercio y de globalización.

---

<sup>4</sup> Según información de la Comunidad Andina, alrededor de 70 de estos convenios o acuerdos bilaterales con países terceros, entre otros.

<sup>5</sup> Según información de la Comunidad Andina.

Además, la inversión subregional o intraregional permite el desarrollo de los mercados financieros dentro de la Comunidad y, lo que quizás es más importante, que las divisas y utilidades se mantengan o reinviertan en nuestra región en beneficio de la gran nación andina. Por ello, la Comunidad Andina dio, en 1991, la Decisión 292, que aprobaba el régimen uniforme para empresas multinacionales andinas.

#### 4. LAS EMPRESAS MULTINACIONALES ANDINAS

En el marco de la Decisión 291, los presidentes andinos acordaron «[...] remover los obstáculos para la inversión extrajera e incentivar la libre circulación de capitales subregionales»; todo esto, dentro del marco de una «[...] convergencia creciente entre las políticas económicas, mediante la liberalización y búsqueda de una mayor eficiencia y competitividad de sus economías, [...] y la implantación de una racionalidad económica fundada en la iniciativa privada, en la disciplina fiscal y en un Estado redimensionado». En otras palabras, se reconocía el nuevo esquema económico y se buscaba hacerlo uniforme a toda la región, valorando, en especial, el papel de la inversión —privada antes que pública— en el desarrollo de la comunidad regional (conceptos que ya hemos desarrollado en puntos anteriores). Debemos rescatar, sin embargo, el interés de esta decisión en la libre circulación de capitales subregionales, es decir, la inversión subregional.

En contraposición, la inversión regional como tal debía tener una expresión más concreta que permita implementarla dentro de los Países Miembros y, si bien la Decisión 291 la consideraba e incluso la equiparaba con la inversión nacional, se desarrolla más tangiblemente, a nuestro criterio, en la Decisión 292, que establece el régimen uniforme para las empresas multilaterales andinas y que, no por coincidencia, se aprobó como instrumento siguiente a la Decisión 291.<sup>6</sup>

De hecho, el interés en la creación de empresas multinacionales andinas (EMAs) se manifestó en diversos ámbitos: las asociaciones y gremios empresariales de índole nacional, binacional y regional, así como las organizaciones del sector privado. Además, dicha medida fue discutida por los más altos representantes políticos de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Este interés responde entre otros fundamentos a:

- El redimensionamiento del mercado, que trae como consecuencia la integración de dos o más Países Miembros, obliga a las empresas existentes a buscar

---

<sup>6</sup> Ambas decisiones se adoptaron en el Quincuagésimo Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, llevado a cabo entre el 21 y 22 de marzo de 1991, en Lima, Perú.

los medios idóneos para desenvolverse en el mercado e incentiva las nuevas estructuras empresariales.

- La pertenencia regional, que involucra la asociación de empresas de los Países Miembros de un esquema de integración que posee objetivos comunes al integrar dos o más economías nacionales.<sup>7</sup>

Por ello, tal como la propia decisión lo señala, su objetivo es el estimular la ejecución de proyectos de alcance multinacional que sean compartidos por inversionistas nacionales en los Países Miembros.

#### 4.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES ANDINAS

Para constituir o acceder al régimen de las empresas multilaterales andinas se requiere de la empresa

Artículo 1º.- [...]

a) Su domicilio principal estará situado en el territorio de uno de los Países Miembros, o en el que tenga lugar la transformación o fusión de la empresa.

b) Deberá constituirse como sociedad anónima con sujeción al procedimiento previsto en la legislación nacional correspondiente y agregar a su denominación las palabras «Empresa Multinacional Andina» o las iniciales «EMA».

c) Su capital estará representado por acciones nominativas y de igual valor que conferirán a los accionistas iguales derechos e impondrán iguales obligaciones.

d) Tendrá aportes de propiedad de inversionistas nacionales de dos o más Países Miembros que en conjunto sean superiores al 60% del capital de la empresa.

e) Cuando esté constituida con aportes de inversionistas de sólo dos Países Miembros, la suma de los aportes de los inversionistas de cada País Miembro no podrá ser inferior al quince por ciento del capital de la empresa. Si existen inversionistas de más de dos Países Miembros, la suma de los aportes de los accionistas de por lo menos dos países, cumplirán, cada uno, con el porcentaje mencionado. En ambos casos, las inversiones del país del domicilio principal serán por lo menos igual al quince por ciento o más del capital de la empresa.

Deberá preverse por lo menos un Director por cada País Miembro cuyos nacionales tengan una participación no inferior al quince por ciento en el capital de la empresa.

f) La mayoría subregional del capital se refleje en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial de la empresa, a juicio del correspondiente organismo nacional competente.

g) En el Estatuto Social, deberán contemplarse plazos y previsiones que aseguren a los accionistas el ejercicio del derecho de preferencia. Asimismo, otros mecanismos que contemple la legislación respectiva o se hubieren contemplado en el Estatuto Social.

---

<sup>7</sup> CZAR DE ZALDUENDO, Susana. «Empresas Binacionales: el Estatuto Argentino-Brasileño». En: *Integración Latinoamericana*, Comunidad Andina, noviembre de 1992, p. 16.

No obstante, el inversionista podrá renunciar al ejercicio del derecho de preferencia, si así lo considerase conveniente.

Luego de revisar dichos requisitos, se pueden establecer algunas características que cumplen aquellas empresas, llamadas «multinacionales andinas». Estas serían las siguientes:

A) Tienen propiedad conjunta.

Esta característica es quizás uno de los puntos medulares de las EMA, porque justamente se busca promover la participación de inversionistas regionales, esto es, la participación de capitales binacionales o regionales y no sólo internos. De este modo, la exigencia de la propiedad compartida es un requisito habitual en los distintos regímenes de promoción de empresas multinacionales y se refleja en la exigencia de porcentajes preestablecidos de participación mínima para inversores de los Países Miembros, es decir, los aportes de propiedad de los inversionistas nacionales de dos o más Países Miembros deberá ser superior al 60% del capital de la empresa.

Debemos resaltar que debe, en cualquier caso, verificarse que estamos ante empresas de mayoría subregional. Con este objetivo, es necesario revisar los aportes de capital, la dirección de la empresa (comercial, administrativa, financiera, etc.) y contar con un organismo nacional encargado de dicha verificación.

B) Son sociedades anónimas.

Para que sea una empresa multinacional andina deberá constituirse como sociedad anónima con sujeción al procedimiento previsto en la legislación nacional correspondiente y deberán agregar, a su denominación, las palabras «Empresa Multinacional Andina» o las iniciales «EMA».

Es claro que la sociedad anónima es la forma societaria más extendida en la actualidad y encaja en la estructura de economía de libre mercado. Además, permite una transacción más libre de las acciones de dicha empresa en toda la región a través de las bolsas de valores de cada País Miembro. De hecho, el mercado bursátil —si bien bastante sensible y afectado últimamente en toda Latinoamérica— permite la realización de mayores operaciones de inversión, ya que mueve el capital en forma más ágil y dinámica.

C) Poseen acciones nominativas.

Por este motivo, su capital estará representado por acciones nominativas y de igual valor. Estas conferirán a sus accionistas iguales derechos y obligaciones. Deberá preverse, por lo menos, un director por cada País Miembro, cuyos nacionales tengan una participación no inferior al quince por ciento en el capital de la empresa.

El equilibrio es necesario para el funcionamiento de toda empresa, más aún en el caso de las EMAs y saltando al nivel macro. Se entiende que el marco es

una integración comunitaria equilibrada; de hecho, algunas economías podrán obtener, por sus propias características, mayores beneficios. Sin embargo, es propósito de la integración y de los beneficios a estas empresas el lograr un avance de toda la región y no de un país en especial.

Estas son quizás las principales características que podemos resumir de los requisitos planteados por la Decisión 292 en su artículo 1°.

#### 4.2. VENTAJAS ESTABLECIDAS POR LA DECISIÓN 292

La Decisión 292 establece como ventajas para las empresas multinacionales andinas beneficios de índole económico y otros de características no económicas. Así tenemos, entre los primeros,

##### 4.2.1. Ventajas económicas

###### 4.2.1.1. Trato nacional

Artículo 9°.- Las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán de un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencias, para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público.

Las empresas multinacionales tendrán, dentro del país de su actuación, el mismo tratamiento que se les da a las empresas de capital nacional en ese país. Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir un trato igualitario, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo se aplica a los servicios extranjeros y a los nacionales, y a las marcas de fábrica o de comercio, el derecho de autor y las patentes extranjeras y nacionales.

El trato nacional sólo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual ha entrado en el mercado. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión del trato nacional, aunque los productos fabricados en el país no sean sometidos a un impuesto equivalente.

El trato nacional es una forma de materializar el objetivo de integración intraregional, dado que se está equiparando las condiciones de las empresas nacionales con las multinacionales. Es también una forma de incentivar el crecimiento hacia la región de las empresas nacionales, es decir, un crecimiento fuera de las fronteras de cada país. Sin embargo, debe cuidarse que estas ventajas no sean aprovechadas por inversionistas o empresas que no cumplen realmente los requisitos planteados en esta decisión; por ello, los organismos nacionales competentes son los encargados de que los beneficios de este régimen sean alcanzados por los que realmente lo merecen. Por esta razón, es vital la normatividad interna en cada país.



#### 4.2.1.2. Beneficios tributarios

Artículo 11°.- Cuando los aportes subregionales al capital de una empresa multinacional consistan en bienes físicos o tangibles, el País Miembro de origen y el del domicilio principal, permitirán su exportación e importación, libre de gravámenes, restricciones u obstáculos, siempre que dichos bienes cumplan con las normas subregionales de origen.

Asimismo, en materia de impuestos nacionales internos, el artículo 18° de la Decisión 292 dispone que las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán del mismo tratamiento establecido o que se estableciere para las empresas nacionales en la actividad económica que desarrollen y, nuevamente, se exige que cumplan con los mismos requisitos exigidos para estas empresas por la legislación nacional correspondiente.

Además, se busca evitar la doble tributación —como parte de una política de promoción y apertura a los capitales y a la inversión—, por lo que el artículo 14° de la Decisión 292 señala:

Artículo 18°.- Las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán, en materia de impuestos nacionales internos, del mismo tratamiento establecido o que se estableciere para las empresas nacionales en la actividad económica que desarrollen, siempre que cumplan con los mismos requisitos exigidos para estas empresas por la legislación nacional correspondiente.

Este artículo debe ser concordado, a su vez, con las disposiciones de la Decisión 40, también expresadas en la misma Decisión 292:

- a) el País Miembro del domicilio principal no gravará con los impuestos a la renta y a las remesas la parte de los dividendos distribuidos por la empresa multinacional andina que correspondan a las utilidades obtenidas por sus sucursales instaladas en los demás Países Miembros;
- b) en el País Miembro del domicilio principal, no se gravará con el impuesto a la renta la redistribución que realice la empresa inversionista de la parte de los dividendos percibidos de la empresa multinacional andina que corresponda a las utilidades obtenidas por las sucursales de esta última instaladas en los demás Países Miembros; y,
- c) en los Países Miembros distintos al del domicilio principal, no se gravará con el impuesto a la renta la redistribución que realice la empresa inversionista de los dividendos percibidos de la empresa multinacional andina.

#### 4.2.1.3. Acceso a compras y contratos del sector público

Sin duda, el Estado es —y más aún en nuestro país— el mayor contratante dentro de la economía de un país, dado su alto nivel de necesidad de adquisición de bienes y servicios, así como los diferentes contratos de obra que por su actividad misma debe suscribir.

Asimismo, por la propia dimensión del Estado, dichos contratos de adquisiciones y prestaciones de servicios suelen significar que las empresas nacionales deban asociarse para poder satisfacer los requerimientos. Por ello, permitirles igual acceso a los concursos de compras y contratos del sector público debería significar para las EMAs el contar con ofertas de negocios que justifiquen el esfuerzo realizado.

#### 4.2.1.4. Remisión en divisas libremente convertibles de la totalidad de los dividendos que se distribuyan

Según el artículo 12° de la Decisión 292, las EMAs tendrán acceso a los mecanismos de fomento a las exportaciones en las mismas condiciones previstas para las empresas nacionales en la actividad económica que desarrollen, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por la legislación correspondiente. De igual forma, las EMAs podrán utilizar los sistemas especiales de importación-exportación, establecidos en la legislación nacional del País Miembro del domicilio principal y de la sucursal.

#### 4.2.2. Ventajas no económicas

##### 4.2.2.1. Establecimiento de sucursales en otros países miembros

La decisión señala, en su artículo 14°, que las sucursales de las empresas multinacionales andinas tendrán derecho a transferir al domicilio principal, en divisas libremente convertibles, la totalidad de sus utilidades netas comprobadas y provenientes de su inversión directa, previo pago de los impuestos correspondientes.

##### 4.2.2.2. Fortalecimiento de vínculos políticos

Las empresas de pequeños países pueden

- apreciar la mayor seguridad de acceso,
- mejorar su capacidad en las negociaciones comerciales multilaterales y
- promover industrias que no son viables sin un mercado regional protegido.

En virtud de todas estas características y ventajas es que podemos apreciar el objetivo de integración intraregional que persigue la implementación de este régimen de EMAs. La particularidad de la integración fomentada por este sistema es que, si bien intervienen los Estados a través de instrumentos multinacionales, ella se origina en función de la actividad privada y la de los inversionistas subregionales, de tal forma que a su vez produzcan beneficios al sector privado y a los países en que se desarrollen; y, en forma ulterior, se teja una red de inversiones en toda la Comunidad Andina, tal que esta pueda presentar una posición sólida frente a otras instancias de vinculación regional comercial y económica en el mundo.

## 5. CONCLUSIONES

- 1) La Comunidad Andina representa, para nuestra región, una instancia amplia —comercial, política, social y cultural— de interacción de los países que la conforman y busca lograr una integración regional, de tal forma que se presente frente a otros bloques regionales o continentales como una posición sólida que participe en las decisiones a nivel mundial.
- 2) El desarrollo económico de los países actualmente se logra, en gran medida, a partir de las inversiones que logren captar de otros países o desarrollar en su interior; para ello, se han desarrollado diversas políticas de promoción de inversiones y capitales a nivel internacional y regional.
- 3) Si bien la inversión extranjera es la más importante en cuanto a su magnitud, a nivel de nuestras naciones y dentro de la subregión andina se debe fomentar la inversión subregional o intraregional, en el entendido de que, siendo esfuerzos nacionales andinos, representan un desarrollo de las economías de nuestros países al lograr constituir empresas que van más allá de las fronteras nacionales.
- 4) Las empresas multinacionales andinas constituyen una forma tangible de inversión subregional, y eso significa, a su vez, una forma positiva de integración, más aún si parte de los propios sectores privados. Por este motivo, debe fomentarse su incremento y debe también cuidarse. Ese debe ser el esfuerzo de cada país: que sólo accedan a los beneficios de las EMAs aquellas que realmente cumplen con los requisitos establecidos.



# LA POLÍTICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA

BALDO KRESALJA ROSSELLÓ\*

A la memoria de Manuel Pachón Muñoz,

*primus inter pares.*

[...] granting property rights in intellectual property increases the incentive to create such property, but the downside is that those rights can interfere with the creation of subsequent intellectual property (because of the tracing problem and because the principal input into most intellectual property is previously created intellectual property). Property rights can limit the distribution of intellectual property and can draw excessive resources into the creation of intellectual property, and away from other socially valuable activities, by the phenomenon of rent seeking.

Striking the right balance, which is to say determining the optimal scope of intellectual property rights, requires a comparison of these benefits and costs – and really, it seems to me, nothing more. The problems are not conceptual; the concepts are straightforward. The problems are entirely empirical. They are problems of measurement.

In addition, we do not know how much intellectual property is in fact socially useful, and therefore we do not know how extensive a set of intellectual property rights we should create. For all we know, too many resources are being sucked into the creation of new biotechnology, computer software, films, pharmaceuticals, and business methods because the rights to these different forms of intellectual property have been too broadly defined.

Unfortunately, the empirical problems are acute – and little progress has been made as yet toward their solution. We urgently need more empirical evidence. The task is daunting, for it requires that we be able to estimate both the social gains from additional intellectual property of different types and the social costs of trying to induce the creation of the additional intellectual property by means of adjustments in the regime of intellectual «property rights».

Richard A. Posner

*The law and economics of intellectual property* (2002)

---

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, MBA y profesor principal de la misma casa de estudios. Asimismo, es socio de Duany & Kresalja, Abogados.

Es todavía muy fuerte en América Latina la propensión a importar ideologías, tan fuerte como la propensión de los centros a exportarlas [...] No es cuestión de cerrar el intelecto a lo que se piensa y se hace en otros países [...] Pero nada nos exime de la obligación intelectual de analizar nuestros propios fenómenos y encontrar nuestra propia imagen en el empeño de transformar el orden de cosas existente. Valgámonos inteligentemente de lo que se piensa afuera y de la experiencia que allí se tiene, pero sólo como elemento formativo del propio pensamiento [...]

La rápida asimilación de la tecnología exige y apareja nuevas formas de vida y nuevas actitudes. Sin embargo, nada hay en este vasto proceso que lleve a subordinar a sus exigencias los valores humanos. Por el contrario, la tecnología contemporánea abre infinitas posibilidades de variedad de vida y libre determinación individual que hasta hace poco tiempo, medidas con visión histórica, se circunscribían a una pequeña fracción de la humanidad.

Pero la técnica productiva contemporánea permite también una enorme concentración del poder económico en manos de pocos hombres. Y acaso más aún las técnicas de información y difusión masiva de ideas. Depende de cómo sepamos usarlas en ese desigmo de regir consciente y deliberadamente las fuerzas del desarrollo económico y social: para someter unos hombres al dominio de otros o para exaltar la personalidad humana.

Raúl Prebisch

*Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano, 1963*

## 1. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de Cartagena se celebró en aquellos días —que hoy ya parecen nublados y lejanos— en los que para la burguesía de los países andinos y su incipiente proletariado era todavía natural creer en la posibilidad de construir, en conjunto, un futuro promisor. Los países fundadores<sup>1</sup> —Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Chile— creyeron conveniente establecer un acuerdo de integración subregional como paso previo a la formación de un futuro mercado común latinoamericano y, entre otras medidas, armonizar políticas económicas y sociales mediante un variado conjunto de reglas, cuya máxima expresión jurídica han sido las llamadas «decisiones». En efecto, una de las principales herramientas para lograr este objetivo ha sido la creación paulatina de un derecho comunitario autónomo y prevaeciente sobre el derecho interno de cada país, y de aplicación directa y uniforme.<sup>2</sup>

La única rama del ordenamiento jurídico que ha dado lugar a cinco Decisiones desde la suscripción del Acuerdo en 1969 —hoy Comunidad Andina

<sup>1</sup> Sobre la aparición de Estados-nación de escala mediana en los Andes, véase ESPINOSA, C. «Entre la ciudad y el continente: opciones para la construcción de los Estados andinos en la época de independencia». *Revista Andina*, Cuzco, n.º 34, 2002, pp. 155 y ss.

<sup>2</sup> Ha sido Manuel Pachón quien mejor ha estudiado las relaciones entre el derecho comunitario andino y la propiedad industrial. Véase *Protección de los Derechos de la Propiedad Industrial*. Bogotá: Témis, 1986; y *Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino*. Bogotá: s.e., 1990.

(CAN)— ha sido la *propiedad industrial*. Este hecho merece una explicación o, en todo caso, una interpretación.

Los procesos de integración económica latinoamericana —la CAN se inserta dentro de ellos— se comenzaron a plantear, más o menos consistentemente, al inicio de la segunda parte del siglo XX y estuvieron acompañados de un creciente entusiasmo en sus primeros años. Sus resultados, 50 años después, han sido más bien pobres, pues las naciones no han podido superar la condición de pobreza y marginalidad que las acompaña desde hace muchas décadas. En distinta proporción y medida, los países andinos han tenido, y algunos aún sufren, muy graves desequilibrios económicos y políticos, que han desencadenado fenómenos de corrupción y violencia muy significativos, y han extendido un profundo desaliento y frustración en cuanto a su futuro y viabilidad en prácticamente todas las capas sociales.

En los últimos años, se han acentuado, en forma creciente, los impactos de la revolución tecnológica y la globalización de los mercados. Por otro lado, el rol del Estado como actor en el proceso de producción y planificación ha sido cuestionado y, como consecuencia de ello, se ha producido un amplio proceso de privatización y desregulación normativa. En este contexto, no muy acogedor para los procesos de integración de los países pobres, el proceso andino ha logrado sobrevivir, pero sus resultados han sido sólo modestos y no se ha conseguido despertar una adhesión significativa ni de las elites ni de las crecientes masas urbanas.

De otro lado, la hegemonía política y económica de los Estados Unidos se ha acentuado, y el proceso de cooperación económica que promueve —Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA)— ha tomado importancia creciente, sin dejar, por ello, de privilegiar la bilateralidad y, en consecuencia, agigantar la pequeñez del proceso de integración andino. Todo ello, a pesar de que los países andinos cuentan con un territorio nada despreciable de más de 4 500 000 km<sup>2</sup>, con importantes recursos naturales y con una población mayoritariamente urbana y alfabeta que supera los 100 millones y que comparte un idioma y vetas culturales comunes.

Si bien la globalización y el desarrollo tecnológico han significado durante los últimos lustros una creación neta de riqueza muy importante, los países de América Latina y de la CAN no han tenido participación significativa en ella, y se han mantenido —y, hasta quizás, aumentado— los desequilibrios tradicionales.<sup>3</sup> No han podido tampoco impulsar cambios en sus sistemas educativos que permitan, a las mayorías, gozar plenamente de los beneficios de la modernidad,

---

<sup>3</sup> El siguiente cuadro —gentileza de Macroconsult— es significativo en lo que a PBI e ingresos per capita se refiere. Para evitar distorsiones, el cálculo se ha hecho en las monedas nacionales.

así como tampoco consolidar sistemas estatales o privados orientados sostenidamente a la investigación y al desarrollo.<sup>4</sup>

Como tendremos ocasión de ver, las normas sobre propiedad industrial en el Acuerdo de Cartagena se concibieron unidas a las políticas económicas y comerciales, y al tratamiento del capital extranjero. Se incorporaron al proceso legislativo en un contexto político en el que se encontraba presente la convicción de que era posible un crecimiento acelerado y la concertación de acciones en el comercio internacional. Para comprender adecuadamente esta forma de ver las cosas debemos tener en cuenta *el espíritu de la época*, que se manifestó en el extendido optimismo sobre los efectos positivos de la industrialización; en la creencia ingenua en relación con la voluntad integracionista —confirmada solo esporádicamente— de los líderes políticos; en la generosidad de las masas, que diluyeron sus reclamos de corto plazo; en la equivocada certeza de que la integración física podía hacerse realidad en mediano plazo; y, finalmente, en el desconocimiento de las tendencias tecnológicas y comerciales que eran ya impulsadas por el mundo desarrollado.

¿Por qué los cambios en el articulado de las decisiones sobre la propiedad industrial, si los objetivos de los institutos que bajo ella tienen cabida no han tenido alteración esencial? ¿Esas modificaciones han surgido de un impulso al interior de los países —proveniente de sus grupos académicos y de sus sectores productivos— o como fruto de una concepción delineada por sus planificadores para lograr el desarrollo? ¿No es acaso probable que hayan nacido de la preocupación permanente de los gobernantes en relación con el desarrollo económico y su vinculación con las normas sobre propiedad industrial? ¿O son, quizás, el resultado de presiones externas provenientes de gobiernos poderosos y de empre-

**PBI**

	<b>Bolivia</b> (Millones de bolivianos de 1990)	<b>Colombia</b> (Millones de pesos de 1975)	<b>Ecuador</b> (Millones de sucres de 1975)	<b>Perú</b> (Millones de nuevos soles de 1994)	<b>Venezuela</b> (Millones de bolívares de 1984)
1970	9 827	307 468	62 910	62 022	298 417
1980	15 261	525 770	147 622	90 562	447 028
1990	15 443	735 260	181 500	81 983	478 320
2000	22 325	961 720	216 056	121 267	584 195
<b>PBI per capita</b>					
	<b>Bolivia</b> (Bolivianos de 1990)	<b>Colombia</b> (Pesos de 1975)	<b>Ecuador</b> (Sucres de 1975)	<b>Perú</b> (Nuevos soles de 1994)	<b>Venezuela</b> (Bolívares de 1984)
1970	2 146	14 977	10 556	4 701,2	29 029
1980	2 725	20 308	18 180	5 227,5	29 762
1990	2 351	21 025	17 690	3 800,9	24 529
2000	2 680	22 329	17 085	4 725,6	24 170

Fuente: FMI y Bancos Centrales de los países

<sup>4</sup> Véase LANDER, Edgardo. *La ciencia y la tecnología como asuntos políticos. Límites de la democracia en la sociedad tecnológica*. Caracas: Nueva Sociedad, 1994.



sas multinacionales? ¿No resultará más lógico pensar —dirán otros— que resultan inevitables porque tienen su origen en cambios legislativos de nivel internacional y de gran impacto local como los correspondientes a la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y a la puesta en vigencia del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)?

Las respuestas a estas interrogantes no son simples ni fáciles de encontrar; y es probable que las respuestas correctas, si las hubiere, sean consecuencia de un variadísimo conjunto de factores que, en cada ocasión y país, se combinan de manera poco precisa. Aquí sólo vamos a pergeñar algunas respuestas, visualizando un campo emblemático de la época en que vivimos y relacionado con el conocimiento y la actividad comercial, así como con el esfuerzo investigador y las técnicas agresivas del *marketing*: la propiedad industrial.

## 2. ESPÍRITU DE LA ÉPOCA (1950-2000)

### 2.1. EL DEBATE SOBRE EL DESARROLLO ECONÓMICO

#### 2.1.1. El rol de la CEPAL

2.1.1.1. El ideal de la unión latinoamericana es antiguo y comenzó quizás en el Congreso de Panamá de 1825. Muchos han sido los esfuerzos e iniciativas que, desde esa fecha y sobre todo en el ámbito político, han tenido lugar. Sin embargo, han sido prácticamente inocuos durante largo tiempo. Lo cierto es que, después de las guerras de la independencia, la región se vio aquejada con luchas fratricidas, tanto internas —en busca de instituciones políticas más modernas y representativas— como externas —con motivo de disputas limítrofes, sin dejar de contar las diversas intervenciones extranjeras—. Si a todo ello se suma la ausencia de comunicaciones efectivas y las fobias nacidas de graves problemas internos, no resulta extraño comprobar el naufragio de esos intentos e iniciativas.<sup>5</sup>

A partir de la Segunda Guerra Mundial se dio inicio a un nuevo tiempo en el que las teorías sobre el desarrollo económico comenzaron a tener una presencia cada vez mayor en foros de distinta naturaleza. Estas inquietudes llevaron a la creación, en 1948, de la Comisión Económica para la América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL), que realizó estudios económicos que tuvieron singular impacto y coadyuvaron a tener plena conciencia de las particularidades en esta parte del mundo. Fue así ganando terreno la idea de intensificar el comercio en la región y la ayuda mutua con miras a crear un mercado común. La situación internacional llevó a pensar que América Latina debía intensificar sus propios es-

---

<sup>5</sup> «Hacia la formación del mercado común latinoamericano». En: *La integración económica latinoamericana*. México: s.e., 1963, p. 7.

fuerzos de superación haciendo uso de la ciencia y la tecnología más modernas,<sup>6</sup> y teniendo como probable inspiración los logros que habían obtenido los Estados Unidos al aplicar, a fines pacíficos, los aportes provenientes de sus industrias de guerra (por ejemplo, la energía nuclear).

Hay que recordar, sin embargo, que la crisis mundial de 1929 fue un importante catalizador de los afanes modernizantes que tuvieron expresión en varios movimientos políticos nacionalistas —el APRA, entre los más señaladamente destacados—. Estos eran manifestación de una respuesta al desafío de superar la miseria y la vulnerabilidad de las economías latinoamericanas. La CEPAL representó, en la década del 50, la hegemonía de un nuevo paradigma, cuyo concepto clave era la industrialización y que tuvo como su principal mentor a un muy destacado economista, don Raúl Prebisch.<sup>7</sup> Este entendía que el principal elemento del diagnóstico de la realidad latinoamericana era su «condición periférica» y que la política del desarrollo debía consistir, en consecuencia, en un conjunto de acciones tendientes a salir de esa condición y que debían comprender, además, aspectos tales como la industrialización, el comercio exterior, la tecnología y la acumulación de capitales. Por lo tanto, en oposición a un sistema de crecimiento hacia fuera, que era el que había marcado preferentemente la evolución económica republicana en América Latina, Prebisch proponía como opción clave la industrialización, «que permitiría la incorporación de métodos productivos más eficientes, que aumentarían la productividad del trabajo y hacían posible la absorción productiva de mano de obra y, como consecuencia de ello, el progreso técnico se iría difundiendo».<sup>8</sup>

El cuerpo de lo que se podría llamar doctrina de la integración económica regional en América Latina significa la extensión, al ámbito multinacional, de la tesis según la cual el desarrollo económico es imposible sin la industrialización.<sup>9</sup> Comienza a formularse en la década del 50, cuando el proceso de sustitución de importaciones en el sector de manufacturas de consumo llegaba a su límite en

<sup>6</sup> «Bases de un mercado regional latinoamericano». En: *La integración económica latinoamericana*. México: s.e., 1963, p. 2.

<sup>7</sup> Por cierto, el pensamiento de la CEPAL ha sufrido una importante evolución. No es nuestra tarea hacer un balance del mismo sino poner de manifiesto su importancia para el propósito de este artículo. Los 50 años de la CEPAL dieron lugar a la publicación de un número extraordinario de su Revista (Santiago, 1988), en la que pueden encontrarse artículos de gran interés, en especial FURTADO, Celso. «El nuevo capitalismo»; BIELSCHOWSKY, R. «Evolución de las ideas de la CEPAL»; FITZGERALD, V. «La CEPAL y la teoría de la industrialización»; FERRER, Aldo. «América Latina y la globalización»; DA CONCEICAO T., M. y G. GÓMEZ. «La CEPAL y la integración económica de América Latina»; y SUNKEL, O. «Desarrollo e integración: ¿otra oportunidad para una promesa incumplida?».

<sup>8</sup> DEVÉS V., E. *Del Ariel de Rodó a la CEPAL*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 29.

<sup>9</sup> WIONCZEK, Miguel. «Introducción: condiciones de una integración viable». En: *Integración de la América Latina*. México: FCE, 1964, p. XVII.

los países más avanzados de la región,<sup>10</sup> en los cuales las importaciones dejaron de crecer al ritmo necesario para financiar el creciente costo de la industrialización, entre otras causas, por el rápido progreso tecnológico de los países avanzados, por la explosión demográfica y por las tensiones sociales propias de economías atrasadas. Estas últimas eran respuesta a una mala distribución del ingreso, agudizada por el efecto de demostración de los niveles de bienestar en los países más avanzados. Frente a este estancamiento era lógico que surgiera la idea de integración económica, pues ello significaba la creación de un mercado más amplio, con el que se podría aprovechar las economías de escala y hacer posible la liberación de las corrientes comerciales.<sup>11</sup>

Como se comprenderá, la posición de los países latinoamericanos era relativamente novedosa y contrastaba con el rol económico que, tradicionalmente, los países ricos les habían asignado según el clásico esquema de división internacional de trabajo —esto es, productor de alimentos y de materias primas— y que los términos reales del intercambio hacían cada año menos favorable. Cabe destacar que esta posición es la que, con ciertos matices diferenciales, siguen defendiendo, en estos días, los representantes del neoliberalismo.

Hay que advertir que la formulación de la CEPAL se encontraba conectada con la tradición latinoamericana; en efecto, los temas de la industrialización, la

---

<sup>10</sup> A este respecto, Raúl Prebisch dijo en 1959: «El proceso continuo de sustitución de importaciones en esos países más avanzados los ha reducido a bienes esenciales para el mantenimiento de la actividad económica y del nivel de ocupación, de tal suerte que si las exportaciones descienden, en una de sus fluctuaciones características, se corre el riesgo de contraer esa actividad y generar el desempleo. Más aun, en algunos casos es tal esa vulnerabilidad que se impone forzosamente acudir al capital extranjero. Ya no se trata de optar por las inversiones extranjeras para acelerar el ritmo de desarrollo en vez de crecer con un ritmo moderado, sino de recurrir a él, sin otra alternativa. Es cierto que en algunos casos este fenómeno de vulnerabilidad se ha acentuado por los efectos de una política errónea de exportaciones. Pero este es un hecho circunstancial y aun cuando se corrigiera, la sustitución de importaciones dentro de compartimientos cerrados no tardaría en llevar a los mismos extremos de vulnerabilidad. No veo otra solución fundamental de este grave problema y al del costo elevado del proceso sustitutivo, que romper ese molde anacrónico mediante la formación gradual y progresiva del mercado común y la consiguiente diversificación de importaciones y exportaciones» (PREBISCH, Raúl. «El mercado común latinoamericano». En: *La integración económica latinoamericana*. México: s.e., 1963, pp. 68-69).

<sup>11</sup> Alexander Hamilton dijo en 1791: «Estados Unidos no está en posición de comerciar con Europa sobre una base igualitaria, y la exigencia de reciprocidad lo conduciría a confinarse a sí mismo a la agricultura, y a abstenerse de las manufacturas. Una necesidad constante y creciente, por parte de los Estados Unidos, de las mercancías europeas, y solo una demanda parcial y ocasional de las suyas como respuesta, no podría sino exponerlo a un estado de depauperación comparado con la opulencia a que le permite aspirar sus ventajas políticas y naturales. Si Europa no adquiere nuestros productos, en condiciones adecuadas a nuestros intereses, el remedio natural es reducir, tan pronto como sea posible, nuestras compras a ella». Este texto, que proviene del libro de Sydney Dell *Trade blocs and common markets*. Nueva York: Alfred Knopf, 1963, es citado en WIONCZEK, Miguel. *Op. cit.*, p. XIX, quien señala que, con pequeños cambios, podría haberse originado en 1964 en América Latina.

relación centro-periferia, el deterioro de los términos de intercambio, el rol del Estado en la planificación y fomento de la actividad económica y el desarrollo hacia dentro, entre otros, ya habían tenido antes expresión. Ello no significa que la posición de la CEPAL no haya recibido críticas que han puesto de relieve su carácter incompleto.<sup>12</sup> Sin embargo, la originalidad de la CEPAL se reflejó en dos aspectos: su convicción de que era posible articular esos factores y darles una formulación y una solidez técnica que antes no tenían; y, así mismo, transformar una serie de reivindicaciones en un paradigma modernizador que acentuara la tarea económica sobre la política. En efecto, el concepto de desarrollo, tal como lo plantea la CEPAL, engloba «una propuesta de crecimiento y modernización económicos con conexiones en el ámbito sociocultural [que] va a tener vastas repercusiones en el pensamiento (y la práctica de época) y, luego, durante todo lo que resta del siglo».<sup>13</sup>

<sup>12</sup> SHEAHAN, J. *La economía peruana desde 1950. Buscando una sociedad mejor*. Lima: IEP, 2001, p. 28.

<sup>13</sup> DEVÉS V., E. *Op. cit.*, p. 304. Asimismo, este autor afirma que «el proyecto de la CEPAL no es sino la cristalización y estructuración o el afianzamiento de un conjunto de tópicos que hemos visto desenvolverse en el nacionalismo, en el aprismo, en el socialismo de diverso cuño. En otras palabras, el cepalismo selecciona dentro de la «oferta ideológica» existente un conjunto de propuestas y les otorga una articulación coherente como un proyecto de modernización que recoge una serie de elementos identitarios del período inmediatamente anterior». *Ib.*, p. 303.

En 1962, en su informe a los gobiernos latinoamericanos, Prebisch reconoció que la CEPAL nació bajo un signo herético, puesto que desafió la ortodoxia dominante en el pensamiento de los grandes centros industriales acerca del desarrollo económico de los países periféricos. Nos cuenta acerca de cómo llegó a su convicción y de lo fundamental que resulta la industrialización para poder retener parte o el fruto de su progreso técnico; del error que significa considerar al mundo como una unidad homogénea, pues resulta imposible estimar de igual a igual a los grandes centros desarrollados y a los países productores de artículos primarios; acerca de cómo la protección aduanera tenía en los grandes centros un efecto completamente distinto al que tenía en los países periféricos y cómo, en ese sentido, no podía aplicarse el concepto de reciprocidad en la política comercial; de cómo el fenómeno de la inflación debía considerar factores estructurales; de cómo no era posible reproducir el proceso histórico de la evolución capitalista, que exigía una política consciente y deliberada para actuar sobre las fuerzas del desarrollo; de cómo el libre juego de las fuerzas económicas no llevaba a la solución de los problemas de justicia social; etc. Todo esto ha sido —dice Prebisch— la heterodoxia de la CEPAL. Asimismo, insiste en que debe examinarse el proceso de desarrollo no solo como un fenómeno económico sino como uno de honda significación social y política, así como en la necesidad de buscar formas compatibles con el afianzamiento de los derechos humanos. Por lo tanto, debía actuarse racional y deliberadamente sobre la estructura social para hacer posible el progreso técnico y el desarrollo económico y social; debía promoverse la movilidad social, distribuir la riqueza con equidad, favorecer la acumulación de capital (exigida por la tecnología contemporánea) y detener el consumo suntuario de los estratos superiores; alentar las exportaciones no tradicionales; mejorar la tecnología agrícola para, en lo posible, modular la emigración del campo a la ciudad; en fin, actuar sobre las fuerzas del desarrollo y no subordinarse al juego espontáneo de las fuerzas de la economía (PREBISCH, Raúl. *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*. México: FCE, 1963, pp. IX y ss.).

20 años después, en 1982, Prebisch insistirá en que para conocer el índole de los problemas de América Latina es necesario reflexionar acerca de su pasado histórico e indicar que la actitud de los centros no se debe a un designio maligno de no favorecer a la periferia, sino que ello es consecuencia de la propia dinámica del capitalismo avanzado. Señala que, históricamente, el fruto del progreso técnico y el aumento continuo de productividad en los centros industriales no se

2.1.1.2. El incipiente desarrollo industrial había tropezado, en la década del 50, con diversos obstáculos; el principal, la falta de mercado.<sup>14</sup> Este hecho hizo surgir la tentadora idea de una dimensión adicional mediante una zona de libre intercambio. El antiguo sueño de la integración política había encontrado, en la posibilidad de un desarrollo económico conjunto, un eslabón del que antes carecía, a pesar de que el intercambio comercial entre los países latinoamericanos era muy reducido.<sup>15</sup> Muchas fueron las objeciones a este planteamiento,<sup>16</sup> pero habría que recordar —y ello tiene relación con el propósito de este trabajo— que la principal justificación para la integración de los mercados industriales latinoamericanos la ofrecía, decían sus defensores, las perspectivas de desenvolvimiento de actividades industriales que aún no se habían iniciado y cuya escala de pro-

---

ha trasladado mediante la baja de precios, sino que ha quedado en los mismos centros y ha estimulado la acumulación. Este hecho, a su vez, ha permitido realizar incesantes innovaciones tecnológicas, que aumentan cada vez más la productividad, pero que hacen que la periferia quede al margen de la industrialización, a una distancia creciente desde el punto de vista tecnológico y en medio de un fraccionamiento económico, pues cada país periférico converge hacia los centros en un intercambio desigual de productos primarios por manufacturas. Reitera su punto de vista sobre la dependencia intelectual de la periferia al aceptar ideas contrarias no a los excesos del proteccionismo sino a la idea misma. Insiste en que, si América Latina desea incorporarse al mundo desarrollado, el proteccionismo no puede ser un fenómeno transitorio, debido básicamente a la disparidad tecnológica, pues las incesantes diversificaciones productivas provenientes de las más avanzadas innovaciones tecnológicas tienen una enorme influencia a la composición de la demanda (*ib.*, p. 25). De este modo, el mencionado proteccionismo estaría destinado a impedir el desequilibrio exterior, que no es un fenómeno monetario sino estructural. Prebisch volverá a decir que el viejo esquema de la división internacional del trabajo respondía a los intereses de los centros, al igual que el empujar a las transnacionales a que participen en la industrialización latinoamericana con tecnología que ha dejado ya de ser innovadora; pues así, señala, contribuyen a la internacionalización no de la producción sino del consumo. Y aboga, finalmente, por fórmulas de entendimiento entre el centro y la periferia. («Un recodo histórico en la periferia latinoamericana». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983, pp. 21, 32 y 33).

También en 1983, Felipe Herrera, primer presidente del BID, después de hacer un breve recuento de lo que consideraba eran los desafíos planetarios y para América Latina, afirmaba que uno de los más importantes era el superar nuestro subdesarrollo económico, «profundamente ligado a nuestro trasfondo cultural y político». Asimismo, recuerda la labor de la CEPAL y su propuesta de acción integrada por todos los países latinoamericanos, y la forma en que fue combatida como una expresión más del «anti-imperialismo norteamericano». Herrera considera injusta la crítica al sistema de sustitución de importaciones; recuerda la creación del BID, los iniciales procesos de integración y la Reunión Interamericana de Jefes de Estado en 1967 en Punta del Este; y celebra, finalmente, la firma del Acuerdo de Cartagena en 1968, cuyos primeros pasos considera, «pese a conocidas dificultades políticas», como extraordinariamente positivo («La integración económica: prerequisite del desarrollo industrial». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983, pp. 35 y ss).

<sup>14</sup> URQUIDI, Víctor. *Viabilidad económica de América Latina*. México: FCE, 1962, p. 126.

<sup>15</sup> A inicios de la década del 60, el intercambio latinoamericano de manufacturas no llegaba al 4%.

<sup>16</sup> URQUIDI, Víctor. *Op. cit.*, p. 128.

ducción tendría por fuerza que ser mucho mayor a la que permitía el mercado nacional.<sup>17</sup>

La integración de las economías latinoamericanas se convertía así en un requisito de la política de desarrollo y adquiriría tanta importancia como cualquiera de los de naturaleza puramente interna. Se consideraba que ello daría mayor alcance a la posibilidad de introducir tecnologías novedosas, estimularía la inversión privada y serviría para hacer mejor uso de muchas inversiones públicas. Lo que se proponía no era una fórmula de mercado común, como en Europa, sino un proceso gradual de liberación al intercambio comercial que estaría sujeto a ampliaciones sucesivas mediante negociaciones anuales. A estas ideas respondió, como veremos, la constitución de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960 y la suscripción del Tratado de Montevideo, antecedente inmediato del Acuerdo de Cartagena.

En paralelo a la situación anterior, se extendía la idea de que el desarrollo latinoamericano requería de una mayor intervención del Estado y una cierta limitación a la libertad de acción de las empresas privadas; sin embargo, no se planteaba un Estado propietario de todo el sistema productivo. A diferencia de lo que había ocurrido en décadas anteriores, muchos creían que el capital privado extranjero debía participar en las tareas de desarrollo económico, ya no solo como fuente de financiamiento sino, también, como transmisor de tecnología industrial. Muchas empresas extranjeras establecidas vieron, en estas propuestas, una amenaza a su libertad de acción (razón por la que reivindicaron su condición de entidades dedicadas a un negocio legítimo) y las consideraron, además, como un peligro para la seguridad política y militar de sus países de origen.<sup>18</sup>

Frente a esa situación surgía la interrogante de si la industria privada latinoamericana podría tener acceso a la tecnología industrial moderna sin tener obligatoriamente que asociarse con el capital extranjero; de otro lado, era ya claro, en la década del 50, que se encontraba en marcha una revolución tecnológica de envergadura, pero era igualmente evidente que Latinoamérica sufría un colonialismo tecnológico, por lo que se consideraba que debía de producirse una auténtica revolución para hacer posible un cambio de actitud que llevara a promover la investigación en la región, tanto por parte de los gobiernos como de las empresas. Entonces, también surgieron inquietudes sobre de qué manera se podían aprovechar los frutos de la investigación científica y tecnológica extranjera; sobre

---

<sup>17</sup> *Ib.*, p. 129.

<sup>18</sup> *Ib.*, p. 103. Como dice Urquidí «la actitud de dichas empresas petroleras, mineras, etc., no puede ser sino de desconfianza hacia los panoramas de desarrollo económico y hacia la injerencia del Estado en éstos, lo cual les conduce inevitablemente a adoptar posturas hostiles y aun a intervenir en los asuntos internos del país».

cuál podía ser de libre acceso y cuál no; y sobre el papel que cumplía el sistema de patentes de invención.<sup>19</sup>

América Latina estaba ávida e ingenuamente esperanzada en que los países industrializados pondrían en práctica una política de cooperación tecnológica y un volumen de información importante a su disposición. Sin embargo, algunos estudios de la época ya advertían lo que después la realidad confirmaría: ello no les era conveniente. Al mismo tiempo, la publicidad transmitida por medios de comunicación cada vez más poderosos influía crecientemente en las preferencias para consumir productos resultantes de las nuevas técnicas desarrolladas en el exterior, identificados por marcas y signos de origen foráneo. Todo esto debilitó a los capitales nacionales vinculados a la naciente industria manufacturera, los mismos que se vieron en muchos casos en la necesidad de asociarse en forma poco equitativa con empresas extranjeras.<sup>20</sup>

Las propuestas sobre la necesidad de industrializarse tuvieron una amplísima acogida en Latinoamérica: las elites políticas se convencieron de los beneficios que podía acarrear una «mentalidad industrializante» y los gobiernos dictaron una abundante normativa que respondía a políticas de fomento. Al mismo tiempo, se prodigaron estudios sobre las características del subdesarrollo; las desigualdades y limitaciones existentes; las etapas del desarrollo industrial; la sustitución de importaciones; la inversión extranjera; el rol planificador del Estado; la creciente urbanización; las políticas crediticias; etc.<sup>21</sup> Otros estudios, también de amplia divulgación, enfocaron los problemas del desarrollo con mayor énfasis en

---

<sup>19</sup> Muchos son los estudios que se han realizado sobre las relaciones entre innovación, cambio técnico y desarrollo, así como también sobre las características de la importación de tecnología en América Latina. Entre otros véase VEGA-CENTENO, Máximo. *Crecimiento, industrialización y cambio técnico. Perú 1955-1980*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1989; CONTRERAS, Carlos. «La transferencia de tecnología en la perspectiva norte/sur»; y CORREA, Carlos. «La transferencia de tecnología en la perspectiva norte/sur», ambos en: SAIT. *Primer Seminario Andino de Información sobre Transferencia de Tecnología*. Lima: s.e., 1983, pp. 27 y ss.

<sup>20</sup> Víctor Urquidí, en la obra que ya fue citada y que constituyó prácticamente un manual de lectura obligatoria, ha señalado con claridad el pensamiento predominante de las elites latinoamericanas en esa época de la siguiente manera: «los gobiernos y la iniciativa privada nacionales deberían, a su vez, ocuparse urgentemente del problema de la transmisión de la tecnología industrial moderna al medio latinoamericano, independientemente de la inversión de los capitales extranjeros, y debería crearse además algún procedimiento de cooperación internacional o interamericana destinado específicamente a promover la difusión de la tecnología extranjera «libre», a procurar la liberación de la tecnología «restringida» o privada y a apoyar la intensificación y el mejoramiento de la investigación científica aplicada en los países de América Latina». URQUIDI, Víctor. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>21</sup> Un buen resumen puede encontrarse en libros de importante divulgación en esa época, tales como URQUIDI, Víctor. *Op. cit.*; DORFMAN, A. *La industrialización en la América Latina y las políticas de fomento*. México: FCE, 1967; y KERR, C. y OTROS. *El industrialismo y el hombre industrial*. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.

aspectos sociológicos, políticos y culturales.<sup>22</sup> Todos ellos, sin duda, contribuyeron a crear un ambiente inclinado a la renovación ideológica y presentaron diagnósticos desde perspectivas antes solo insinuadas y propuestas económicas y políticas que tenían como marco de fondo permanente la integración económica y las políticas de industrialización.<sup>23</sup>

## 2.1.2. Dos procesos de integración económica: ALALC y Acuerdo de Cartagena

### 2.1.2.1. El Tratado de Montevideo, celebrado en 1960, estableció la ALALC y sirvió de antecedente al Acuerdo de Cartagena. Su objetivo fue la creación de una área de libre comercio mediante una liberación gradual<sup>24</sup> y una integración esencialmente comercial; mas no la creación de un mercado común. Se consideraba que no estaban dadas las condiciones económicas y comerciales para este último, fundamentalmente porque el intercambio de productos entre los países era muy pequeño. Por esta razón, se buscó eliminar trabas y ofrecer un horizonte que sirviera para el futuro intercambio de productos que todavía no se producían en América Latina o cuya producción se hacía en pequeña escala y en forma antieconómica. Para ello había que romper algunas barreras y hacer que los países se conocieran comercialmente e intensificaran el intercambio. El Tratado de Montevideo permitía que los países pudieran otorgarse concesiones arancelarias entre sí y no extensivas a terceros países; y, a diferencia de lo que ocurre en una unión aduanera, no exigía que los países integrantes adopten un nivel arancelario común hacia el exterior.<sup>25</sup> La modestia e insignificancia de los resultados obtenidos por la ALALC llevaron a la búsqueda de un nuevo camino a través de la subregionalización. Fue así como se creó el llamado Grupo Andino, integrado por países de tamaño medio y cuyo objetivo era preparar, más intensa y consistentemente, la integración de Latinoamérica.

<sup>22</sup> HERRERA, Felipe. «La integración económica: prerequisite del desarrollo industrial». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983, pp. 35 y ss. Entre otros muchos pueden citarse: MATOS MAR, J. (comp.). *La dominación de América Latina*. Lima: Moncloa Editores, 1968; DOS SANTOS, T. y OTROS. *La crisis del desarrollismo y la nueva dependencia*. Buenos Aires: s.e., 1969; FURTADO, Celso. *Los Estados Unidos y el subdesarrollo de América Latina*. Lima: IEP, 1971; IANNI, O. y M. KAPLAN. *América Latina y Estados Unidos*. Lima: IEP, 1973; BAMBIRRA, V. *El capitalismo dependiente latinoamericano*. México: Siglo XXI, 1975; CARDOSO, F. *Ideología de la burguesía industrial en sociedades dependientes*. México: Siglo XXI, 1971; RIBEIRO, D. *El dilema de América Latina*. México: Siglo XXI, 1971; y GALEANO, E. *Las venas abiertas de América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1971.

<sup>23</sup> Los problemas de una industrialización inducida por la expansión de la exportación de productos primarios y las limitaciones intrínsecas de la misma ha sido explicada con solvencia por Celso FURTADO. *La economía latinoamericana*. México: Siglo XXI, 1976.

<sup>24</sup> Véase WIONCZEK, Miguel. «La historia del Tratado de Montevideo». En: *Integración de la América Latina*. México: FCE, 1964, pp. 53 y ss.; FURTADO, Celso. *La economía latinoamericana...*, pp. 274 y ss.; y GUERRERO, M. *10 años del Grupo Andino*. Bogotá: s.e., 1990.

<sup>25</sup> URQUIDI, Víctor. «Apreciación preliminar del proyecto de Montevideo». En: *La integración económica latinoamericana*. México: s.e., 1963, p. 150.



2.1.2.2. El Acuerdo de Cartagena tiene como finalidad principal promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países, acelerar su crecimiento mediante la integración, establecer las condiciones para lograr un mercado común, procurar un mejoramiento en el nivel de vida de sus habitantes y, al mismo tiempo, reducir las diferencias existentes entre los países (art.º 1). Los resultados de este proceso, así lo exige el Acuerdo, deben evaluarse en forma periódica a través de diversos factores (art.º 2).

Para lograr esos objetivos se debían armonizar las políticas económicas y sociales, aproximar las legislaciones nacionales, establecer una programación conjunta industrial, liberalizar el intercambio comercial y adoptar un arancel externo común (art.º 3). La Comisión, órgano máximo del Acuerdo, debía —entre otras acciones— promover la acción concertada frente a los problemas derivados del comercio internacional (art.º 8).

En virtud del capítulo referente a la armonización de las políticas económicas, los países andinos se obligaban a adoptar una estrategia, una de cuyas metas era la de «lograr un mejor aprovechamiento de los progresos científicos y tecnológicos y fomentar la investigación» (art.º 25, inc. f). Se comprometieron, además, a iniciar un proceso de coordinación de sus planes de desarrollo con el propósito de llegar a un régimen de planificación conjunta, utilizando mecanismos tales como la programación industrial, la armonización de políticas cambiarias, monetarias y fiscales, entre otras, y una política comercial común frente a terceros países (art.º 26).

Cabe indicar que la estrategia del Grupo Andino es distinta a la que inspiró la creación de la ALALC, pues ha buscado una liberalización automática, gradual e irreversible del comercio (particularmente en productos que no se producían en ningún país) y, simultáneamente, crear una unión aduanera. Además, ha creado la Corporación Andina de Fomento (CAF), que tiene por objeto impulsar el proceso de integración mediante la creación de empresas y que se ha constituido en el primer órgano financiero multinacional íntegramente latinoamericano.

La política del Grupo Andino estaba basada en un desarme tarifario automático y en un proyecto de unificación del arancel externo respecto a terceros países, objetivos estos que debían ser alcanzados —hecho que no ocurrió— a fines de la década del 70. Se basaba también en una programación industrial conjunta y en una política común frente a los capitales extranjeros. Esta última tuvo su concreción en la Decisión 24, que entró en vigor en julio de 1971 y a la que nos referiremos más adelante (*infra* 2.3.).

Uno de los rasgos más destacados del Acuerdo de Cartagena estuvo constituido por sus *programas sectoriales de desarrollo industrial*, que conferían al proceso de industrialización basado en la sustitución de importaciones un gran valor

como factor de desarrollo.<sup>26</sup> Con este objetivo se estableció la *programación industrial conjunta*, cuyo propósito era concertar una estrategia subregional de desarrollo industrial, dentro de la cual se debían incorporar las políticas nacionales correspondientes. En este sentido, se realizaron programas sectoriales en las industrias metalmeccánica, automotriz, petroquímica, siderúrgica, etc. Esta programación tuvo una íntima conexión con el propósito de lograr un sostenido desarrollo científico y tecnológico; y, consecuentemente, con los derechos de propiedad industrial.

2.1.2.3. Un balance de los primeros años del Grupo Andino nos muestra un avance moderado pero insuficiente para atender las expectativas y las crecientes demandas sociales.<sup>27</sup> Hay que precisar que, al momento de suscripción, el Grupo Andino no constituía un espacio económico homogéneo y contaba solo con algunos rasgos comunes, como, por ejemplo, la apreciable influencia del sector primario, su semitransformación y una dispersa y poco integrada sustitución de importaciones, principalmente en bienes de consumo. La producción industrial estaba impulsada básicamente por el sector privado y el papel del Estado se circunscribía a un desordenado abanico de políticas de fomento. Los países continuaban siendo altamente dependientes del sector externo y la deuda externa adquiría una magnitud creciente. En este contexto, la programación industrial conjunta fue considerada el mecanismo fundamental del Acuerdo de Cartagena para superar esa difícil situación. Se le consideró el elemento innovador por excelencia y, en este sentido, el carácter distintivo del Grupo Andino en relación con otros procesos de integración como la ALALC. Además, se le concibió como un mecanismo útil para concertar las «voluntades de los gobiernos para definir la ubicación de las principales producciones industriales y lograr la especialización de los países en todos aquellos sectores esencialmente dinámicos y en los que, por la estrechez de los mercados nacionales, ninguno había logrado avances sustantivos. Se entendió que su ámbito de acción sería muy amplio y en todo caso suficiente para contribuir al desarrollo equilibrado y armónico, y a la distribución equitativa de los beneficios entre los cinco países, objetivos que se alcanzarán plenamente mediante la aplicación conjunta y sincronizada de todos los mecanismos del Acuerdo de Cartagena».<sup>28</sup> Esos mecanismos eran la armonización de políticas económicas y sociales; el programa de liberación; y el arancel externo común.

El balance correspondiente a los intentos y esfuerzos destinados a lograr la programación industrial —hoy abandonada— puede considerarse negativo; estu-

---

<sup>26</sup> CARMONA, P. «El proceso de industrialización en el Grupo Andino». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983, pp. 461 y ss.

<sup>27</sup> Véase Anexo sobre los principales indicadores elaborado por la CAN. Desgraciadamente, no se indica el peso específico de Venezuela en su calidad de potencia petrolera.

<sup>28</sup> CARMONA, P. *Op. cit.*, p. 467.

vo mal concebida y olvidó elementos esenciales para su éxito.<sup>29</sup> Los países no le dieron la prioridad que le daba el Acuerdo y prefirieron sus propios diseños, vinculados fundamentalmente a sus burguesías o al desarrollo de empresas públicas nacionalizadas. En síntesis, constituyó un desperdicio de tiempo y esfuerzo. Además, no pudo vincularse efectivamente al desarrollo de una política de adaptación tecnológica ni tampoco a una vinculada a los derechos de la propiedad industrial. Olvidó los temas vinculados a esta última que interesaban a los países desarrollados y no se percató de los cambios que se producían con la revolución tecnológica en marcha (básicamente en las áreas de telecomunicaciones y microelectrónica). Sus logros concretos fueron pequeños, no tuvieron peso económico permanente y han pasado rápidamente al olvido.

### 2.1.3. Triunfo del liberalismo y Consenso de Washington

Después de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las democracias occidentales buscaron construir lo que se ha llamado el *estado de bienestar* y fueron creando un marco jurídico no solo para el disfrute de los derechos de la libertad sino, también, para los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Va consolidándose un Estado prestacional que busca, en forma creciente, la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y que se verá reflejado en aumentos sustanciales de los presupuestos y la burocracia estatales.<sup>30</sup> Esta concepción atribuye al Estado, y no al mercado, la responsabilidad de erradicar la pobreza. La extensión y amplitud que llegó a tener en Europa el estado de bienestar fue posible al haber podido gozar de una excepcional bonanza, vinculada a su reconstrucción, a los créditos de los Estados Unidos y a un intercambio comercial que los favoreció y que, en paralelo, empobreció a los países en desarrollo.

El intervencionismo normativo y productivo a través de empresas públicas o de capital mixto alcanzan su apogeo en la década del 60 y limitan la iniciativa privada. De este modo, el Estado termina asumiendo tareas y actividades económicas diversas. Sin embargo, cuando los países productores de petróleo (OPEP) deciden aumentar el precio de este producto en 1973, se alteran las bases económicas de esas democracias capitalistas, que se ven obligadas a frenar su expansión. Comienzan a aparecer diversas señales de crisis que obligan a reformular la actividad política y a replantear los fines del Estado. Algunos problemas vinculados a la gobernabilidad hacen que las ideas neoliberales adquieran gran importancia y que se planteen desregulaciones y privatizaciones. A partir de la década de los 80, los Estados se verán obligados a reducir sus prestaciones y a disminuir su intervención en los ámbitos económico y social.

---

<sup>29</sup> GERBOLINI, G.F. *Economía política e ideología*. Lima: s.e., 1990, p. 38.

<sup>30</sup> KRESALJA, Baldo. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». *Themis*, Lima, n.º 39, 1999, p. 54.

Los países latinoamericanos trataron también, a su manera, de crear un estado de bienestar, pero los magros ingresos fiscales; la falta de infraestructura física adecuada; las grandes desigualdades económicas y sociales; la ausencia de ahorro y de capacitación; y los términos de intercambio comercial cada vez menos beneficiosos, entre otros factores, hicieron que fracasaran en ese intento. Después, con más de diez años de retraso, llegaron las ideas neoliberales a la política y economía latinoamericanas, y dieron paso, en diversa proporción e intensidad, a desregulaciones y privatizaciones que ocasionaron un debilitamiento del liderazgo del Estado nacional, pero que, según esa tendencia, eran indispensables para lograr el desarrollo.

Respecto a este proceso, la voz autorizada de Joseph Stiglitz afirma: «La orientación keynesiana del FMI, que subrayaba los fallos del mercado y el papel del Estado en la creación de empleo, fue reemplazada por la sacralización del libre mercado en los 80, como parte del nuevo «Consenso de Washington» —entre el FMI, el Banco Mundial y el tesoro de EEUU sobre las políticas **correctas** para los países subdesarrollados— que marcó un enfoque completamente distinto del desarrollo económico y la estabilización». Y agrega: «Muchas de las ideas incorporadas al Consenso fueron desarrolladas como respuesta a los problemas de América Latina, donde los gobiernos habían perdido todo control presupuestario y las políticas monetarias conducido a inflaciones rampantes».<sup>31</sup>

Las políticas del Consenso de Washington, aconsejadas y aplicadas durante las décadas del 80 y 90, se fundaban en un modelo simplista de la economía de mercado, el modelo del equilibrio competitivo, en el cual el Estado parece no ser necesario, pues la mano invisible del mercado lo hace todo. Son características del mencionado consenso: la disciplina fiscal; las prioridades del gasto público en salud, educación e infraestructura; la liberación financiera y del comercio; la supresión de barreras que impidan la llegada de inversión extranjera; la privatización de las empresas estatales; y la desregulación. En pocas palabras, sus tres pilares son austeridad fiscal, privatización y liberalización de los mercados. Si bien algunas de las políticas recomendadas estuvieron bien diseñadas para responder a problemas reales de América Latina, solo lograron sus objetivos parcialmente y no sirvieron para disminuir las diferencias en ingreso ni tampoco para obtener ahorro. Fallaron, así mismo, en la creación de puestos de trabajo para la creciente población latinoamericana. De otro lado, parte importante de las grandes empresas públicas y privadas de capital nacional pasaron a manos de empresas transnacionales y aparecieron «capitales golondrinos» que no hicieron sino arrebatar a los países las plusvalías generadas y presionar sobre los desequilibrios macroeconómicos ante el primer síntoma de crisis financiera internacional, no generada necesariamente en la región. Las críticas más importantes al consenso han sido la de no reconocer que el desarrollo requiere de una transformación de la sociedad, así

<sup>31</sup> STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. Buenos Aires: Taurus, 2002, p. 44.

como no prestar atención a los aspectos distributivos.<sup>32</sup> En efecto, la política comentada no logró poner las bases para un desarrollo sostenido, y resulta ahora significativo y penoso para los latinoamericanos comprobar que numerosos casos de éxito internacional habían seguido estrategias distintas a las recomendadas.<sup>33</sup>

La extendida aplicación en América Latina de las políticas del Consenso de Washington han tenido como efecto hacer olvidar el rol determinante que siempre ha desempeñado el Estado en la construcción de una economía de mercado. De otro lado, el deterioro de los términos de intercambio y el intercambio desigual han continuado siendo crecientes.<sup>34</sup>

Ese proceso ha tenido también un importante impacto en la regulación de los derechos sobre propiedad industrial. Este se ha manifestado, como veremos, a través del ADPIC.

## 2.2. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

2.2.1. Si en este momento nos preguntásemos sobre el rol de los derechos de propiedad industrial en un proceso de integración, la respuesta unánime sería que «representan uno de los activos más valiosos del patrimonio de la empresa y uno de los medios más eficaces en la difícil lucha por el mercado, al mismo tiempo que suponen un mecanismo de protección de la propia empresa en el marco de la libre competencia».<sup>35</sup> La propiedad industrial se ha constituido entonces en un instrumento fundamental para que el empresario pueda proteger no solo el resultado de su actividad creadora sino, también, para introducir y diferenciar sus productos e informar a los consumidores.<sup>36</sup>

Esa afirmación pacífica que acabamos de realizar ha ido adquiriendo una mayor importancia durante los últimos lustros, pues, anteriormente, la protección de los derechos de propiedad industrial, más allá del territorio nacional, venía condicionada por la existencia o no de una política exportadora, tanto de las empresas como de los países. Sin embargo, el desarrollo de las comunicaciones, el creciente intercambio comercial y los procesos de integración económica hicieron necesario y hasta imperativo que esos derechos se protegieran también en

---

<sup>32</sup> *Ib.*, p. 116. Véase, también, desde una posición relativamente favorable, SHEAHAN, J. *Op. cit.*, pp. 202 y ss.; y 242 y ss. Desde una posición muy crítica, MONTES, P. *El desorden neoliberal*. Madrid: Trotta, 1996.

<sup>33</sup> STIGLITZ, Joseph. *Op. Cit.*, p. 131.

<sup>34</sup> HUMALA, U. «Globalizando al Perú». En: *Perú Hoy*. Lima, 2002, p. 159.

<sup>35</sup> CONSEJO SUPERIOR DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA. *La Propiedad Industrial y el mercado único*. Madrid: Gráficas Poligraf, 1991, p. 9.

<sup>36</sup> Con un enfoque dirigido a la realidad europea, Véase BERCOVITZ, Alberto. «Las marcas y los derechos de propiedad industrial en el mercado único». *Revista colombiana de la Propiedad Industrial*. Número en homenaje a Manuel Pachón M, Bogotá, n.º 4, 1995, pp. 49 y ss.

otros países. De allí, resulta lógico que aquellos países con empresas más poderosas y con claras políticas exportadoras hayan promovido la elaboración y celebración de tratados internacionales en la materia, con el objeto de consolidar la protección jurídica, evitar conflictos y obtener réditos cada vez mayores.

Para comprender cabalmente de qué manera se concibió la propiedad industrial dentro del proceso de integración andino es preciso tener presente, entonces, que los derechos de propiedad industrial pueden actuar como auténticas barreras nacionales, que tabican mercados y los reservan a favor de sus titulares. Y si estos obtienen los mismos derechos en varios países, lo que han logrado es descomponer «su derecho» en una pluralidad de derechos nacionales, independientes entre sí, por lo que la nulidad en uno de los países no afecta necesariamente a la vigencia del derecho en los demás.

Ahora bien, como la concesión de los derechos de propiedad industrial tiene un alcance solo nacional, se ha intentado, en varias ocasiones y por diversos medios, superar esa situación. Por ello, un tratado tan importante como el Convenio de la Unión de París, cuya versión inicial se suscribió en 1883, tiene dos características básicas que buscan, parcialmente, superar esa limitación, aunque no lo consigue por completo: trato nacional a todos los solicitantes y plazo de prioridad para obtener el reconocimiento de derechos en terceros países. Por estas consideraciones, los países que forman parte de un proceso de integración han intentado armonizar disposiciones e instituciones comunes con alcance para todo el territorio comprendido en ese proceso.<sup>37</sup> Este hecho ha sucedido de manera significativa en la Unión Europea durante los últimos quince años, y esta, a la fecha, cuenta con normas comunitarias referentes a patentes y marcas, cuyo objeto es facilitar la protección de los derechos en la propia Europa y coadyuvar a la penetración de sus empresas en otros mercados (todo ello, dentro del marco de una política comercial que busca sobre todo ser pragmática y eficaz). Así, pues, los titulares de estos derechos exclusivos de propiedad industrial no pueden infringir el principio de libre circulación de mercancías y de libre competencia.

2.2.2. La propiedad industrial salta bruscamente de su aislamiento jurídico y comienza a ser considerada como herramienta importante en los procesos de inte-

---

<sup>37</sup> Como dice Agustín Prat «la integración económica y la integración industrial son medios instrumentales para lograr el desarrollo de un espacio ampliado y mejorar con ello el nivel de vida de sus habitantes. El dilema no es entre integración y patentes, sino entre aquella y los sistemas nacionales de Propiedad Industrial, pues lo que puede crear distorsiones que anulen en la práctica los resultados de la eliminación de las barreras aduaneras para la circulación de mercaderías y otras libertades básicas del proceso de integración económica, no son los derechos de Propiedad Industrial en cuanto tales sino la diversidad legislativa existente respecto de ellos y, sobre todo, la diversa titularidad de los mismos entre los diferentes países que tratan de integrarse». PRAT, Agustín. «La legislación de patentes y las nuevas tecnologías en la América Latina y el Caribe». En: SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO - SELA. *Nuevas Políticas de Propiedad Intelectual*. Caracas: SELA, 1995, p. 29.

gración de América Latina en la década del 70, no por las razones anotadas más arriba —que, por cierto, se daban por sabidas, aunque no con la intensidad que hoy tienen como consecuencia de la globalización económica— sino a la luz de los debates sobre desarrollo económico; es en esa época cuando el tema comienza a «politizarse». Los objetivos que persigue el contenido de sus normas ingresan a una controversia, en cierta medida similar a la que 100 años antes había ocurrido en Europa y en los Estados Unidos sobre su conexión con el desarrollo económico.<sup>38</sup> Hasta antes de ello, la legislación latinoamericana respondía a las premisas clásicas del sistema internacional, que descansaba «en dos grandes simplificaciones de la realidad a las que se aplican los derechos de Propiedad Industrial, según los cuales, todos los sujetos a los que dichos derechos se aplican, y todos los países en los que dichos derechos se ejercen, son iguales».<sup>39</sup> Estos supuestos hicieron crisis al tratarse los problemas del subdesarrollo y del intercambio comercial desigual, y eso dio lugar a que se advirtiera que no podían resolverse en el plano tradicional de las relaciones entre el individuo y el Estado, sino que era necesario comprenderlos y estudiarlos como parte del funcionamiento del sistema económico internacional y de las políticas diseñadas para el desarrollo económico, así como políticas de Estado de largo aliento.

Dentro del debate al que hemos hecho mención son las consideraciones sobre el sistema de patentes las que adquirieron una mayor importancia por su vinculación a las estrategias de industrialización y por la emergencia de un nacionalismo económico vinculado fundamentalmente al sector manufacturero. En el contexto latinoamericano, se suma, a ello, la búsqueda de nuevas formas de integración económica. A inicios de la década del 70, se reconoció explícitamente el papel que debía asignarse a la tecnología como variable estratégica, y eso dio lugar a la creación de políticas e instituciones vinculadas a la ciencia y a la tecnología, y a la necesidad de cooperación regional para impulsar el avance tecnológico.<sup>40</sup>

De otro lado, algunos estudios sobre los sistemas de propiedad industrial al inicio de la década del 70<sup>41</sup> comprobaron que buena parte de los problemas detectados en el campo de las inversiones extranjeras, tales como el desplazamiento

<sup>38</sup> Véase PENROSE, E. *The economics of the international patent system*. Baltimore: John Hopkins Press, 1951.

<sup>39</sup> WHITE, Eduardo. *La cuestión de la Propiedad Industrial en América y su papel en el proceso de desarrollo e integración económica*. Buenos Aires: BID - INTAL, 1976, pp. 3-4. Por ejemplo, muchas de las legislaciones latinoamericanas, vigentes después de la segunda guerra mundial, se habían inspirado en la ley francesa de 1844.

<sup>40</sup> *Ib.*, p. 6.

<sup>41</sup> Entre los principales se encuentran los realizados por CORFO. *La Propiedad Industrial en Chile y su impacto en el desarrollo industrial*. Santiago: s.e., 1970; CHUDNOSKY, D. y J. KATZ. *Patentes de actividad inventiva individual*. Buenos Aires: s.e., 1970; VAITOS, C. *La función del sistema de patentes en los países en vía de desarrollo*. México: s.e., 1972; y UNCTAD. *La función del sistema de patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo*. Ginebra: s.e., 1975.

to de empresas nacionales, dependencia tecnológica y pago de regalías, entre otros, tenían vinculación con algunos efectos del sistema de patentes, por lo que se comenzó a apreciar su normativa como uno de los instrumentos utilizados para la penetración de las inversiones extranjeras y el reforzamiento de sus ventajas tecnológicas mediante su apoyo en monopolios legales. Esta circunstancia, hartamente conocida en el ámbito internacional, no había sido clara hasta esa fecha para la generalidad de los gobiernos latinoamericanos, que la comenzaron a apreciar como una incidencia negativa del sistema legal imperante. Este valoración negativa llevó, en abril de 1971, al Comité Jurídico Interamericano a presentar a la Asamblea General de la OEA un informe en el que «constataba» verdades universalmente conocidas y las calificaba como una confabulación contra el desarrollo económico latinoamericano, a saber: que se habían otorgado mayor número de patentes a extranjeros que a nacionales; que el monopolio de la patente se transformaba en ocasiones en un monopolio exclusivamente comercial y contrario al interés público; y que el régimen de privilegios propios del sistema de patentes, dentro de la desigualdad económica existente, no podría resultar beneficioso para economías en desarrollo como las latinoamericanas.<sup>42</sup>

Si bien es verdad que «la constatación de esas injusticias» revelaban un desconocimiento ingenuo de los efectos del sistema internacional de patentes, también ponía de manifiesto problemas —algunos de ellos legítimos y preocupantes— en un contexto en el que se impulsaban los procesos de integración económica. Se «descubría», por ejemplo, que los titulares de patentes y marcas podían oponerse a la importación de los bienes que caían bajo su control, aunque ellos mismos se los hubieran vendido a terceros en el exterior (que es el problema actual de las importaciones paralelas, como veremos, *infra* 7). Todo esto se convirtió de pronto en una serie de dificultades que debían ser encaradas por los países que formaban parte de los procesos de integración y deseaban eliminar los obstáculos al intercambio comercial. Esto ocurría, además, en un momento en que se deseaba impulsar las exportaciones e implantar mecanismos de programación industrial conjunta, que suponían la intervención activa de los gobiernos en la promoción y el control de los procesos de integración económica.

La territorialidad sobre la que se asentaban los derechos de propiedad industrial, la segmentación de los mercados nacionales como consecuencia de ello, el contenido de los contratos de licencia, la aplicación de las normas de propiedad industrial sin distinción entre nacionales y extranjeros, así como el bajísimo número de patentes de origen latinoamericano, habían dado lugar a un enjuiciamiento crítico del sistema internacional de propiedad industrial por parte de diversos gobiernos y organismos de integración<sup>43</sup> como no había ocurrido nunca

<sup>42</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Informe relativo a la revisión, actualización y evaluación de las Convenciones Interamericanas sobre la Propiedad Industrial*. Washington: s.e., 1971.

<sup>43</sup> ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO (ALALC). *El régimen de la Propiedad Industrial y la integración económica en la ALALC*, 1969, citado por WHITE, Eduardo. *Op. cit.*, p. 42.



antes. Se constataba, en otras palabras, que los sistemas normativos de propiedad industrial no se habían inscrito en una política de desarrollo y que, por tal motivo, no constituían una herramienta para reforzar la capacidad inventiva nacional y promover la innovación en las empresas y centros de investigación. En este contexto, el Grupo Andino adquiere un papel pionero con la puesta en vigencia de las Decisiones 24, 84 y 85, reflejo de lo que, en esa época, se pensaba sobre la conexión entre el tratamiento al capital extranjero, la transferencia de tecnología y las instituciones de la propiedad industrial, en particular de las patentes respecto a los objetivos del desarrollo y la integración económica.

### 2.3. SIGNIFICADO DE LA DECISIÓN 24

En el Acuerdo de Cartagena, se habían planteado plazos y exigencias perentorias para el cumplimiento de diversos acuerdos (art.ºs 28, 29 y 30). En su mayor parte, estos requisitos —hay que advertirlo— no pudieron cumplirse. Ninguno de ellos, sin embargo, fue tan específico como el consignado en el art.º 27, que transcribimos a continuación:

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.

Los Países Miembros se comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen dentro de los seis meses siguientes a su aprobación por la Comisión.

En 1971, se puso en vigencia la Decisión 24, llamada también «Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías». Esta tuvo una importancia emblemática por su singular regulación de la inversión extranjera y por sus originales e internacionalmente inéditas disposiciones sobre contratos de transferencia de tecnología y de licencia, que debían, por primera vez, estar sujetos a aprobación estatal tanto en su contenido como en el monto de regalías a repatriar por el uso de patentes, marcas, etc.<sup>44</sup> La importancia de ello se encontraba en el rol que se le asignaba a la transferencia tecnológica y al uso de marcas de origen foráneo para el desarrollo de la industria manufacturera, en buena medida en manos de capitales nacionales, a dife-

---

<sup>44</sup> Sobre los estudios preliminares y elaboración de la Decisión 24 véase GUERRERO, M. *Op. cit.*, pp. 84 y ss. En cuanto al aspecto específico de los contratos, cabe decir que el origen de esta propuesta estuvo en el estudio que se había hecho en Colombia, que reveló que algunos de ellos contenían estipulaciones abusivas o inconvenientes, impuestos por los titulares de la tecnología o de las marcas. Y cuando, a raíz de la puesta en vigencia de la Decisión 24, se exigió la presentación de esos contratos en todos los países para su aprobación, se pudo constatar que eran ciertos y coincidentes los abusos que ya se habían detectado en el estudio colombiano. Véase VIDALES, A. *Aspectos jurídicos de la importación de tecnología*. Lima: SAIT, 1983, p. 231.

rencia de las ubicadas en las áreas de la minería y el petróleo, muchas de ellas de origen extranjero, aunque con distinta intensidad en cada país.

El régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros constituyó un complemento a la programación industrial y buscó que los países andinos no compitieran entre ellos para atraerla, así como ampliar la participación del capital nacional. El recuerdo de algunos artículos de la Decisión 24 nos ayudará a entender su significado y motivación. Así, entre otras cosas, este instrumento legal obligó al registro de la inversión extranjera, que debía ser evaluada por la Comisión (art.ºs 2 y 5); y limitó su campo de acción, así como también la adquisición de derechos y acciones de propiedad de inversionistas nacionales (art.º 3) y las remesas al exterior (art.ºs 7 y ss). Asimismo, prohibió a los gobiernos garantizar en cualquier forma operaciones de crédito externo celebradas por empresas extranjeras en las que no participara el Estado (art.º 15); precisó que únicamente los productos elaborados por empresas nacionales y mixtas gozarían de las ventajas del programa de liberación, salvo que se transformaran en nacionales o mixtas (art.º 28); prohibió a los países otorgar mayores beneficios a las empresas extranjeras o mixtas en determinadas materias (art.º 33); prohibió la inversión extranjera en el sector de los servicios públicos (art.º 41), en la banca y seguros (art.º 42), en transporte interno, publicidad, radio, TV, periódicos, etc. (art.º 43). La Comisión podía, además, determinar sectores que los países debían reservar para las empresas nacionales o mixtas (art.º 38). Por otro lado, se exigió que el capital de las sociedades por acciones debía estar representado por acciones nominativas (art.º 45). Adicionalmente a ese régimen de control, y en cierta medida de expulsión al capital extranjero, la Decisión 24 se distinguió por contener, como hemos dicho, normas expresas sobre los contratos de licencia de patentes y marcas, y los de importación de tecnología (*infra* 5.6.) .

El desarrollo económico en América Latina se había concebido, hasta ese momento, como una tarea que debían compartir el Estado y la empresa privada, con mayor énfasis en esta última. Sin embargo, hay que recordar que, en todos los países y de una u otra forma, el éxito de las empresas privadas se debía con cierta frecuencia a las medidas de promoción y protección adoptadas por el Estado. Por otro lado, las inversiones extranjeras que en proporción creciente se habían realizado en América Latina en la industria manufacturera, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, no buscaban finalidades lucrativas de gran envergadura, debido a lo reducido de los mercados sino, más bien, adelantarse a competidores de otros países ricos y a los propios empresarios nacionales. Principalmente, sus móviles eran —y lo vuelven a ser ahora— el dominio y control del mercado, ya que pugnaban por tener un tratamiento liberal y, en ocasiones, desplazar a las empresas nacionales. Finalmente, la tecnología que utilizaban no era de avanzada, hacían uso importante del financiamiento local y sus marcas iban adquiriendo paulatinamente notoriedad. Ese estado de cosas, ampliamente extendido en América Latina, chocaba con un creciente nacionalismo, que buscaba vías de protección en el Estado, así como superar el colonialis-

mo tecnológico. Esquemáticamente expuesto, la Decisión 24 fue entonces una respuesta representativa de este modo de pensar.

Es difícil imaginar hoy el extendido impacto que tuvieron las disposiciones de la Decisión 24 no sólo en los países andinos sino, también, en la comunidad internacional. Este hecho dio lugar a numerosos estudios y discusiones tanto en el ámbito gubernamental como en el académico y en el mundo de los negocios.<sup>45</sup> Su aplicación, sin embargo, no fue en absoluto uniforme, pues sólo Colombia y Perú lo hicieron parcialmente, y pronto devino más en un manifiesto político que en norma obligatoria y compulsiva. *Sin embargo, señaló un norte y una tendencia dentro de la que hay que ubicar a la Decisión 85, la primera en el ámbito de la propiedad industrial.* Como todo manifiesto, la Decisión 24 despertó pasiones y, por tanto, se ha hecho difícil conocer el impacto exacto de sus provisiones.<sup>46</sup> En contraste, poca duda cabe que el tiempo y la evolución política y económica en la escena internacional demostrarían su ineficacia, principalmente porque los gobiernos y las corrientes políticas de los países andinos no estuvieron en esta materia, como tampoco lo están en muchas otras, consolidadas en un proyecto de largo aliento que sobrepasara lo coyuntural y porque se percataron, quizás con razón, que era más un freno que una herramienta para el desarrollo.

La falta de coherencia en su aplicación y otras circunstancias<sup>47</sup> hicieron necesaria su modificación. En efecto, dio lugar, primero, a la puesta en vigencia de la Decisión 220 en 1987 y, después, de la vigente 291 en 1991. Esta última, con el mismo título, trataba de casi las mismas materias, pero a diferencia de la 24 carece, en su mayor parte, de disposiciones de carácter obligatorio, hecho que la convertía en una guía de buena voluntad.<sup>48</sup> Estos cambios vinieron impulsados por modificaciones sustantivas de las legislaciones nacionales como consecuencia de lo que ocurría en el ámbito internacional con el triunfo de las ideas neoliberales y la derrota de los sistemas comunistas en Europa. Específicamente, ello se tradujo en darle a los inversionistas extranjeros prácticamente los mismos derechos que

<sup>45</sup> Diversos autores pusieron de relieve su «originalidad» y «carácter pionero». Véase, por ejemplo, FURTADO, Celso. *Op. cit.*, p. 81; KATZ, J. *Importación de tecnología, aprendizaje e industrialización dependiente*. México: FCE, 1986, pp. 208 y ss.; y VIDALES, A. *Op. cit.*

<sup>46</sup> AHO, M. y J. NÚÑEZ DEL ARCO. «Inversión directa de Estados Unidos en América Latina. 1966-1976: análisis empírico de la Decisión 24». *Integración Económica*, Revista del BID-INTAL, Buenos Aires, n.º 38, 1979.

<sup>47</sup> Entre ellas pueden mencionarse el descenso en el flujo de inversiones, el problema de la deuda y la presión de los acreedores, los organismos multilaterales de crédito y la banca internacional. No hay que olvidar que surgieron mercados tanto o más atractivos que los de América Latina, no solo por su dimensión —sin duda el aspecto más importante— sino, también, por la estabilidad política e institucional.

<sup>48</sup> Como bien ha señalado Susana CZAR, con la Decisión 291, el intento de armonización de legislaciones económicas en los países andinos quedó, en la práctica, abandonado. («El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología: capítulo final» *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n.º 37, 1991).

a los nacionales y, en los contratos de licencias, tecnología y asistencia técnica, instaurar plenamente, como era antes, el principio de la autonomía de la voluntad sin importar la igualdad real de las partes contratantes en un contexto en el que las contrapartes nacionales desaparecían o se debilitaban del escenario con la aplicación de políticas económicas inspiradas en el Consenso de Washington. De esta forma, la Decisión 291 resume el peor de los negocios que puede hacerse en materia jurídica: es declarativa y aplicable a capricho; es la caricatura de un manifiesto, el fruto de un momento que se imaginó revolucionario.

#### 2.4. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL ACUERDO DE CARTAGENA

En un período muy corto —20 años—, han estado en vigencia cinco decisiones sobre propiedad industrial. La Decisión 24, que entró en vigencia en 1971, dispuso, en su Disposición Transitoria G), que antes de seis meses debía entrar en vigencia el régimen jurídico sobre la propiedad industrial, hecho que significaba que se le consideraba parte integrante de una política de desarrollo económico y del tratamiento al capital extranjero.<sup>49</sup> Ese plazo se incumplió, y la Decisión 85, la primera, estuvo en vigencia de 1979 a 1990. Además, fue algo esquemática en sus planteamientos y representó una posición no totalmente concordante con el sistema internacional imperante, especialmente en lo que se refiere al tratamiento de las patentes de invención. Para su comprensión, como hemos dicho, debe examinársela en compañía de las otras herramientas económicas que utilizó, en esa época, el Acuerdo de Cartagena.

Después de la Decisión 85, entraron sucesivamente en vigencia la Decisión 311 (por un cortísimo período que va del 12 de diciembre de 1991 al 14 de febrero de 1992), la Decisión 313 (1992-1993) y la Decisión 344 (1993-1999). Estas últimas representan un período de transición, es decir, las modificaciones que introducían estaban dirigidas a que las decisiones andinas sigan cada vez más puntualmente las reglas del sistema internacional. Por cierto, estos cambios dieron lugar, en más de una ocasión, a la confrontación de puntos de vista y no fue siempre fácil unificar en un texto las distintas ópticas que tenían los países.

La Decisión 486, vigente desde el 1° de diciembre del 2000, fue un intento, prácticamente final, para asimilar las disposiciones sobre propiedad industrial del Acuerdo de Cartagena al paradigma representado por el ADPIC, del cual trataremos a continuación. La evolución de los institutos de la propiedad industrial al interior de las decisiones lo veremos en el punto cuatro de este artículo.

<sup>49</sup> Este mandato creó singular expectativa en círculos especializados. Véase, CARRILLO, J., y F. MORALES. *La Propiedad Industrial*. Bogotá: s.e., 1973, p. 100. Si bien por razones fundamentalmente de carácter jurídico, Manuel Pachón criticó esta opción por considerar que los problemas de la propiedad industrial no se iban a solucionar mediante el procedimiento de unificación legislativa; así lo señaló en *La Propiedad Industrial en el Acuerdo de Cartagena*. Bogotá: s.e., 1975, p. 2. Este pensamiento iría evolucionando con el tiempo, apoyado en la intervención creciente del Tribunal Andino de Justicia, como lo pondría de relieve en sus obras posteriores.

Ahora bien, lo que es importante poner de relieve es que para los promotores del Acuerdo de Cartagena estuvo claro desde el inicio que la propiedad industrial se encontraba vinculada a las políticas económicas y comerciales. Esta acertada convicción inicial ha sido corroborada por posteriores desarrollos en el ámbito internacional. *Por tanto, los temas vinculados a la propiedad industrial trascienden las formas legislativas, pues son un instrumento o herramienta dentro del complejo de políticas vinculadas al desarrollo económico, científico y tecnológico;* y, por cierto, como lo saben bien los países desarrollados, una arma poderosa en el terreno de las negociaciones internacionales. La protección de la propiedad industrial no constituye pues un fin en sí; es un medio para «fomentar la actividad creativa, la industrialización, las inversiones y las actividades comerciales. Todo ello, para contribuir a aportar más seguridad y bienestar, menos pobreza y más belleza a la vida de los hombres». <sup>50</sup> Sin embargo, elevar o disminuir el nivel de protección tiene costos y beneficios que hay que saber evaluar con inteligencia pero, también, con prudencia, pues muchos son los intereses envueltos que pueden beneficiarse o afectarse negativamente.

## 2.5. EL ADPIC Y LA OMC

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) fue el órgano encargado de administrar un tratado multilateral en el ámbito comercial y sus principios inspiradores fueron el de no discriminación/nación más favorecida, el de tratamiento nacional y, obviamente, el de libertad de comercio. Su objetivo era eliminar barreras arancelarias y resolver los conflictos que se presentaran. Su importancia se ha acrecentado con el paso del tiempo desde su fundación en 1947 y, recientemente, ha sido sustituido por la Organización Mundial de Comercio (OMC). Desde su creación, el GATT celebró, periódicamente, «rondas» de negociación que buscaban adecuarlo a la cambiante realidad económica. Estas rondas se circunscribieron, principalmente, a discusiones sobre los niveles arancelarios, tradicionalmente el principal instrumento de protección comercial.

La Ronda de Tokio (1973-1979) logró algunos importantes avances en determinados problemas, tales como el *dumping* y las subvenciones, pero sus resultados fueron considerados insuficientes. Así, con el propósito de abordar el tema de *neoproteccionismo* en 1986, se inició la denominada *Ronda Uruguay*. Esta fue la octava; y, en ella, los Estados Unidos, la Unión Europea y el Japón tuvieron un papel central y gran influencia para introducir los denominados *temas nuevos*; entre ellos, los derechos de la propiedad intelectual, esto es, tanto la propiedad industrial como los derechos de autor.

Cabe advertir, para apreciar la importancia de lo que más adelante diremos, que los acuerdos que se adoptan en una ronda deben ser aceptados como un

---

<sup>50</sup> PRAT, Agustín. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

todo, esto es, los países no pueden hacer «reservas» sobre determinadas materias. La principal atención se centró en la creación de un *acuerdo marco* que englobe a otros y de la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como en acuerdos sectoriales que establecieran reglas básicas en los sectores objeto de la negociación; entre ellos, el ADPIC. El texto final de la Ronda Uruguay, que concluye en 1994 con su firma en Marrakech, somete muchos ámbitos de la actividad humana al control o supervisión de la OMC.<sup>51</sup> No puede dejarse de recordar que, así como el GATT fue creado por las Naciones Unidas (ONU), la OMC, nacida de una reestructuración del GATT, es totalmente independiente de la ONU, y eso significa que no se encuentra vinculada a la Carta de creación de ese organismo, ni a la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. La mención a los «derechos humanos» está ausente en todos sus textos.<sup>52</sup>

No es este el lugar para hacer la historia de la Ronda Uruguay, ni para explicar sus extraordinarias implicancias económicas y culturales, así como tampoco el papel de la OMC.<sup>53</sup> Debemos circunscribirnos al tema de los *derechos de propiedad intelectual*, cuya adopción significó un triunfo incuestionable del mundo desarrollado sobre las posiciones de los países en desarrollo, cuya voz más poderosa —pero muy débil finalmente— provino de América Latina. El informe que sobre esta materia preparara la propia Junta del Acuerdo de Cartagena —hasta donde sabemos— no fue tomado en cuenta.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Por cierto, hay críticas muy fuertes en relación con la forma en que se ha creado la OMC, así como respecto a las facultades que se le han atribuido. Algunos consideran que el triunfo del comercio, representado por la OMC, amenaza los valores humanos y tendría como resultado debilitar los servicios públicos, arruinar a pequeños agricultores, homogeneizar la cultura, devastar el medio ambiente, reducir la capacidad de los gobiernos para proteger a sus ciudadanos, etc. Consideran que se trata de un armazón jurídico sui generis que privilegia y beneficia a las empresas transnacionales, entre otras razones, porque las principales 200 son responsables de una cuarta parte del total de la actividad económica mundial. Por ejemplo, según datos del Departamento de Comercio, en 1998, el 42% de las exportaciones de EE.UU. fueron destinadas a «compañías de la misma familia». GEORGE, Susan. *Pongamos a la OMC en su sitio*. Barcelona: Icaria, 2002, p. 12.

<sup>52</sup> *Ib.*, pp. 38-39.

<sup>53</sup> Pueden verse CASADO, A. y CERRO, B. *GATT y Propiedad Industrial*. Madrid: Tecnos, 1994; GOMEZ SEGADE, J.A. «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial e Intelectual». *Actas de Derecho Industrial*, t. XVI, 1994-1995; KRESALJA, Baldo. «El GATT y la Propiedad Intelectual». *Análisis Internacional*, Lima, n.º 6-7, 1994; KRESALJA, Baldo. «Los objetivos del Derecho de Patentes: notas sobre su evolución». *Themis*, Lima, n.º 36, 1977; y KRESALJA, Baldo. «El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia». *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, n.º 5, 2001. Asimismo, PACION, Ana María. «Implicancias de TRIPs en el Derecho de Marcas». *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, n.º 3, 1999, pp. 177 y ss.; y AA.VV. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, n.º 1, 1977.

<sup>54</sup> JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. *Posición conjunta sobre Propiedad Intelectual*. Lima: s.e., 1991.

¿Cuál era el problema de fondo que se planteaba en la Ronda Uruguay en relación con los derechos intelectuales en general y la propiedad industrial en particular? Los países europeos y Estados Unidos, en particular, estaban preocupados con el rápido desarrollo que habían alcanzado algunos países —marcadamente el Japón y los del sudeste asiático— al hacer un uso poco convencional de los derechos intelectuales. Por este motivo, creyeron conveniente fortalecerlos para de esa forma potenciar sus propias fuerzas innovadoras, que tenían algún rezago momentáneo en áreas específicas.<sup>55</sup>

Los países desarrollados consideraban que, al no ofrecer protección adecuada los Convenios de París y de Berna, era necesario introducir los temas de los derechos intelectuales en la Ronda Uruguay, ya que el GATT, después la OMC, podía adoptar sanciones efectivas contra los países infractores, hecho que no ocurría en los mencionados convenios, en los que las controversias debían, generalmente, plantearse frente a los tribunales del país donde se había producido la infracción y las sanciones circunscribirse a la persona física o jurídica, correspondiente.

Ahora bien, más allá de la justicia, equidad o conveniencia de sus disposiciones, no puede haber duda en considerar al ADPIC como la piedra angular del futuro régimen de derechos intelectuales, ya que representa el intento más ambicioso para regularlos y protegerlos.<sup>56</sup> Cabe poner de relieve que, en términos generales, ha elevado el nivel de protección de los convenios clásicos antes

<sup>55</sup> Dentro de la inmensa literatura producida sobre estos temas son documentos básicos los siguientes: *Congress of the United States, Office of Technology Assessment*. Washington D.C., 1986; *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property rights*. Washington D.C., 1987; COMISIÓN DE COMUNIDADES EUROPEAS. *Objetivos y líneas de actuación propuestas por la Comunidad Europea para las negociaciones comerciales relacionadas con aspectos significativos de los derechos de la Propiedad Intelectual*. Madrid, 1989; COMUNIDAD DE NEGOCIOS DE ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y JAPÓN. *Marco básico de las provisiones del GATT sobre Propiedad Intelectual*. Madrid, 1989; SELA. *Implicancias del Acuerdo TRIPS's en los países de América Latina y el Caribe*. Caracas, 1994; y REICHMAN, J.H. *Implications of the Draft TRIP's Agreement for Developing Countries as Competitions in an Integrated Market*. UNCTAD, 1993.

<sup>56</sup> Dice Telasco PULGAR: «el cambio tecnológico, particularmente desde la década de los 80, ha afectado profundamente el funcionamiento global de la economía mundial y las relaciones económicas internacionales, exigiendo nuevas normas de conducta multilaterales. Estas tienden a concentrarse en tres grandes áreas: nuevas formas de propiedad y control de los medios y actores de la producción, la cual depende cada vez más de la intensidad de los recursos empleados en investigación y desarrollo; nuevas formas y contenido de los flujos de bienes, servicios y conocimientos a través de las fronteras nacionales; y, nuevas formas de propiedad y control sobre la información y el conocimiento, en cuyo centro resalta la revisión del actual sistema de la Propiedad Intelectual a escala mundial, tanto en lo que respecta a la Propiedad Industrial como a los Derechos de Autor. Dicha revisión está dirigida a crear una nueva estructura institucional mundial para garantizar la aplicación de las nuevas normas de conducta». («Propiedad Intelectual, ¿Arma de negociación o instrumento de desarrollo?». En: SISTEMA ECONÓMICO LATINO-AMERICANO – SELA. *Nuevas Políticas de Propiedad Intelectual*. Caracas: SELA, 1995, p. 139).

citados y que son muchos los países que se han obligado a ello. Entre estos últimos se cuentan países latinoamericanos y andinos.

Las normas del ADPIC —que abarcan materias tales como patentes, marcas, diseños industriales, circuitos integrados, *copyrights*, secretos empresariales y denominaciones de origen, entre otros más— se sobreponen a cualquier normativa regional o local y significan la universalización de los estándares exigidos por los intereses del primer mundo, así como la derrota de las últimas resistencias de los defensores de adecuar los derechos intelectuales a las condiciones económicas y tecnológicas locales.<sup>57</sup> Así mismo, produjo un efecto señuelo en los países en vías de desarrollo, que con la esperanza de conseguir ventajas comerciales o bajo la amenaza de perderlas se han comprometido a elevar los estándares de protección a creaciones y derechos cuyos titulares tienen origen mayoritario en el mundo desarrollado.<sup>58</sup>

La Decisión 486, la última y actualmente vigente sobre propiedad industrial, es una respuesta clara al ADPIC y constituye un esfuerzo para *ponerse al día*, para no transgredirlo ni desconocerlo. Los países desarrollados, encabezados por los Estados Unidos, intentan ahora superar los estándares del ADPIC (*infra* 7), en un primer momento por la vía bilateral y después, quizás, a través del ALCA. Nos parece claro que cualquier posición divergente que deseen presentar los países andinos o latinoamericanos en esta materia deba ser mediatizada por la vía multilateral, ya que las apreciaciones de países individualmente considerados sobre lo que es justo y acciones unilaterales para corregir la *falta de reciprocidad* son prácticas inconsistentes con el funcionamiento real del sistema de comercio internacional.<sup>59</sup> En materia de derechos intelectuales, el foro natural en las futuras negociaciones será la OMC más que la OMPI. Hay que aceptar, con realismo, la situación: hoy por hoy, hay falta de cohesión, de poderío y de liderazgo en los países latinoamericanos, cuyos nacionalismos históricos pierden cada día consis-

<sup>57</sup> Tanto el Convenio de París como los de Berna y Roma en materia de Derechos de Autor partían de la existencia de mercados nacionales con diferente nivel de desarrollo. Por esta razón, podía existir un distinto nivel de protección jurídica. Así se explica el principio de trato nacional para los ciudadanos de los Estados miembros, así como, también, el establecimiento de un nivel mínimo de protección.

<sup>58</sup> Por presión de los países desarrollados, el tema agrícola no fue incluido. Como se sabe, este un aspecto vital para que los países pobres puedan mejorar los términos de su intercambio comercial, dadas las subvenciones y el proteccionismo agrícola que realizan los países ricos y que, en 1999, alcanzaron, en la Unión Europea y los EE.UU., la astronómica suma de US\$ 326 mil millones. GEORGE, Susan. *Op. cit.*, p. 87.

La posición negociadora de los países pobres ha quedado gravemente afectada. Todo ello nos hace apreciar el realismo y la importancia que tuvieron algunas ideas de la CEPAL hace más de tres décadas, especialmente sobre la importancia de los procesos de integración económica para enfrentar los retos que planteaba un inequitativo comercio internacional.

<sup>59</sup> MEESEN, K. «Intellectual Property Rights in International Trade». *Journal of World Trade Law*, vol. 21, n.º 1, 1987, pp. 69-70.



AÑOS	DECISIÓN	TRATADOS SUSCRITOS POR LOS PAÍSES ANDINOS EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL				
		BOLIVIA	COLOMBIA	ECUADOR	PERÚ	VENEZUELA
1979 a 1990	DECISIÓN 85		- Convención que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI (04.05.1980)	- Convención que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI (22.05.1988)	- Convención que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI (04.09.1980)	Convención que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI (23.11.1984)
1991	DECISIÓN 311					
1992	DECISIÓN 313					
1993 a 1999	DECISIÓN 344	- Convención que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI (06.07.1993)  - Convenio París para la Protección de la Propiedad Industrial (04.11.1993)  - Organización Mundial del Comercio OMC / Acuerdo de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC (12.09.1995)	- Convenio París para la Protección de la Propiedad Industrial (03.09.1996)  - Organización Mundial del Comercio OMC / Acuerdo de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC (30.04.1995)	- Convenio París para la Protección de la Propiedad Industrial (22.06.1999)  - Organización Mundial del Comercio OMC / Acuerdo de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC (21.01.1996)	- Convenio París para la Protección de la Propiedad Industrial (11.04.1995)  - Organización Mundial del Comercio OMC / Acuerdo de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC (01.01.1995)	- Convenio París para la Protección de la Propiedad Industrial (12.09.1995)  - Organización Mundial del Comercio OMC / Acuerdo de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC (01.01.1995)
2000 a la fecha	DECISIÓN 486		- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes - PCT (28.02.2001)	- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes - PCT (07.05.2001)		

tencia y son, en buena cuenta, inútiles para enfrentar y superar los retos del nuevo siglo. Uno de ellos es el referente a los alcances que debe tener la protección jurídica a los derechos intelectuales, esto es, la propiedad industrial y los derechos de autor.

### **3. LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS DECISIONES Y SU CORRESPONDENCIA CON LA ADHESIÓN DE LOS PAÍSES MIEMBROS A DETERMINADOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL**

Para los efectos del presente análisis se han considerado los principales tratados internacionales en materia de propiedad industrial: el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes y, finalmente, el ADPIC. En el siguiente cuadro se indican los momentos en los cuales los países andinos los suscribieron en relación con el período de vigencia de las diferentes decisiones que enmarcaron la mencionada suscripción.

Cuando en 1979 entró en vigencia la Decisión 85, que tenía como título «Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial», ninguno de los Países Miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) eran parte del Convenio de la Unión de París, el más importante de todos los tratados sobre propiedad industrial hasta la entrada en vigencia del ADPIC y del que, a esa fecha, formaban parte casi todos los países importantes del planeta. En este momento, todos los países andinos son no solo ya parte del citado Convenio sino, también, del ADPIC y, algunos, del PCT. ¿Por qué lo que hace más de veinte años era considerado un inconveniente o una traba para el desarrollo tecnológico industrial y para la formulación de una política propia en propiedad industrial es hoy día fruto de una aceptación generalizada y, es más, ni siquiera motivo de debates académicos?

Cabe recordar, en primer término, que la Decisión 85, en su artículo 83º, introdujo la prohibición expresa de suscribir unilateralmente convenios internacionales o tratados en materia de propiedad industrial que contravinieran sus disposiciones. ¿Tenía la Decisión 85 disposiciones contrarias al Convenio de París? Sin duda era así con algunas de ellas pero no con todas, pues tenía algunas similares a las presentes en la legislación comúnmente aceptada y otras cuyo antecedente se encontraba en la ley-tipo para invenciones de la OMPI. En cuanto a patentes, por ejemplo, no había incluido uno de los requisitos de patentabilidad (altura inventiva), prohibía otorgar títulos a inventos que pudieran considerarse contrarios al desarrollo del país, las sujetaba a condiciones especiales de explotación, el plazo de protección era muy corto, varió el concepto de explotación y fue muy radical en cuanto a licencias obligatorias; además, recortó a los titulares de patentes y de marcas su derecho relativo a la facultad de importar con exclusividad. Tam-

bién incorporó la cancelación del registro de marcas por usos indebidos, considerando como tales los relativos a la calidad o precio del producto.

Hay que señalar, con imparcialidad, que las disposiciones sobre patentes de invención contenidas en la Decisión 85, más que recortar el derecho de los titulares, buscaban debilitar y hasta desdibujar seriamente el propio sistema de patentes, tal como estaba establecido, ya que este se consideraba contrario al desarrollo de los países andinos.<sup>60</sup> Así, pues, éste podría ser el más importante argumento que explicase por qué, durante el período comprendido entre la puesta en vigencia de la Decisión 24 en 1971 y la puesta en vigencia de la Decisión 344 en 1993, ningún país andino se adhirió al Convenio de París.

Si bien era cierto que los países desarrollados, en más de una ocasión, habían introducido en su legislación interna normas también contrarias a la letra y el espíritu del Convenio de París en defensa de lo que, en cada ocasión específica, consideraban sus intereses, lo habían hecho desde una posición de poder, en su calidad de intérpretes *fielles* e, incluso, únicos de lo que era políticamente aceptable. Si ello daba lugar a protestas, estas se resolvían entre los países poderosos. Y aquí se encuentra, quizás, una de las razones que explican por qué su reacción frente a la Decisión 85 fue de singular agresividad. Era la primera vez que un conjunto de países pobres, ajenos a la órbita socialista de entonces, ubicados en la zona de influencia del país más poderoso y rico, adoptaba una posición distinta, *sui generis*. Y lo hacían países con una débil capacidad negociadora individual, países que además renunciaban parcialmente a su soberanía al aceptar no formar parte, unilateralmente, del Convenio símbolo más importante, el de París, cuyo contenido no coincidía en todo con la Decisión 85. De otro lado, ello se daba en un contexto en el que estaba vigente la Decisión 24 que, como ya hemos visto (*supra* 2.3.), contenía disposiciones especiales en lo que se refiere a los contratos de licencia y que, sin duda, eran contrarias a los intereses de las compañías transnacionales.

De otro lado, dada la escasa importancia de sus economías, los países andinos no habían tenido necesidad de ser parte del Convenio de París, y su le-

---

<sup>60</sup> En la década del 70, muchos países latinoamericanos introdujeron modificaciones en sus legislaciones sobre propiedad industrial, fundamentalmente en lo que a patentes de invención se refiere; todo ello, en un contexto caracterizado por una sustitución de importaciones más o menos intensa y un relativamente lento desplazamiento de la frontera tecnológica internacional. Buscaron limitar el uso de las patentes como simples monopolios de importación y favorecer la transferencia de tecnología bajo condiciones contractuales equitativas. Esta posición consideraba que el sistema internacional consagraba, a nivel formal, las relaciones de dependencia estructural que se encontraban en la base causal del subdesarrollo. En la década del 90, este escenario cambió radicalmente. Véase CORREA, Carlos. «Nuevas tendencias sobre patentes de invención en América Latina». *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n.º 39, 1991, p. 417 y ss.; y SAENZ, Enrique. «Las patentes: ¿instrumento de desarrollo o dependencia?». *Capítulos: La Protección de la Propiedad Intelectual*, Revista del Sistema Económico Latinoamericano - SELA, Caracas, n.º 21, 1988.

gislación era, en la mayoría de los casos, bastante anticuada. Cuando para lograr el desarrollo económico escogen como principal alternativa a la programación industrial (*supra* 2.1.), entonces comprueban su estrecha vinculación con las normas sobre propiedad industrial. Y al estudiar las disposiciones de esta y su impacto real, fundamentalmente en el ámbito de las patentes de invención, comprueban que han favorecido no a los países andinos sino a las empresas transnacionales con asiento en los países desarrollados. Dado que el Convenio de París era el emblema de estos países, lo comenzaron a cuestionar.<sup>61</sup>

La realidad mostraría que la inmensa mayoría de patentes pertenecían a empresas transnacionales, que no explotaban las invenciones en el territorio del país les que concedía la patente, sino que las utilizaban para constituir monopolios de importación y no para desarrollar industrias localmente.<sup>62</sup> Se comprueba, así mismo, al estudiar los contratos de licencia, un importante número de cláusulas que impedían la exportación de los productos fabricados con la tecnología concedida, con lo cual el comercio regional quedaba fuertemente detenido, a lo que se sumaba, entre otras obligaciones, la de comprar maquinarias e insumos de determinada fuente (*infra* 5.6.).

Así, pues, la Decisión 85 se concibió como un instrumento estrechamente vinculado al desarrollo industrial y tecnológico, concepción que la hacía contraria a los que pensaban que el Convenio de París debía responder, en primer término, no ya protegiendo los derechos del inventor individualmente considerado sino salvaguardando a los titulares de las patentes, usualmente grandes compañías domiciliadas en los países más avanzados, y dejando, en segundo plano, las consideraciones sobre la transferencia tecnológica. En la década del 70, frente al intento de algunos países en desarrollo de crear un nuevo sistema de propiedad industrial, la OMPI —organismo administrador del Convenio de París— comienza a realizar reuniones y conferencias para estudiar su modificación, y eso da lugar a serios enfrentamientos entre los países desarrollados y los sub-desarrollados, pues estos últimos no querían que el Convenio sea utilizado para consolidar una injusta división internacional del trabajo y buscaban darle a los derechos de propiedad industrial una vinculación más estrecha con el desarrollo y la equidad. Lo cierto es que, por un variado conjunto de razones, entre ellas la creciente concentración industrial y el proteccionismo tecnológico que empezaba ya a mostrarse en la década del 70 y más aún en la del 80 en los países desarrollados, el Convenio de París quedó intacto. A ello también contribuyeron los problemas

<sup>61</sup> REMICHE, B. *Le rôle du système des brevets dans le développement. Le cas des pays andins*. París: s.e., 1982, p. 94.

<sup>62</sup> UNCTAD. *La función del sistema de patentes en la transmisión de tecnología a los países en vías de desarrollo*. Nueva York: s.e., 1974, pp. 38 y ss.; REMICHE, B. *Op. cit.*, pp. 110 y ss.; ALVAREZ, S. J. «El Convenio de París y el rol de los organismos internacionales». En: SAIT. *Propiedad Industrial*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1984, pp. 35 y ss.

generados por la creciente deuda externa, en especial de los latinoamericanos que habían, en cierta medida, liderado la posición de cambio.

Como bien ha puesto de relieve Carlos Correa,<sup>63</sup> el escenario de la década del 90 se caracteriza por un proceso de apertura y liberalización de las economías latinoamericanas, que se han trasladado del eje del crecimiento al de la competitividad; en segundo lugar, por el deterioro de la capacidad de negociación individual y regional frente a EE.UU. y el mundo desarrollado, dada la pérdida de dinamismo económico y el derrumbe de los países socialistas; en tercer lugar, por el encarecimiento de la investigación y el desarrollo (I y D), dada la exacerbación de la competencia y la globalización de los mercados que hacen que las empresas líderes en tecnología presionen para modificar la normativa y lograr mejorar su apropiación de rentas tecnológicas; y, en cuarto lugar, por una intervención indisimulada del gobierno de EE.UU. para obtener modificaciones legislativas de acuerdo con sus intereses —o utilizando acuerdos bilaterales «marco» que establezcan «principios y procedimientos de consulta» en materia de «relaciones de comercio e inversiones»— y dentro de las cuales se incluyen los derechos de propiedad industrial y los derechos de autor, así como los medios efectivos para su goce.<sup>64</sup>

Recordemos, por otro lado, que el proceso de revisión de la Decisión 85 avanzó lentamente y, finalmente, se concretó con la aprobación de la Decisión 311 de 1991, calificada por el gobierno norteamericano como «inaceptable»,<sup>65</sup> debido, principalmente, a las disposiciones que establecían la imposibilidad de otorgar patentes farmacéuticas y al mantenimiento de la prohibición para los Países Miembros —pero ya solo a título de obligación individual— de celebrar convenios o tratados internacionales que contravinieran el contenido de la decisión. No hay que olvidar que se trataba de un momento en el que ya el neoliberalismo se había impuesto en el mundo desarrollado. Las presiones provenientes del exterior, especialmente del gobierno norteamericano, no se hicieron esperar, dando como resultado la introducción de una serie de modificaciones en la normativa andina, las mismas que fueron finalmente plasmadas en la Decisión 313. Estas incluyeron, entre otras, la posibilidad de que los Estados miembros, mediante convenios o tratados internacionales, «fortalecieran o ampliaran los derechos de Propiedad Industrial», eliminándose así la prohibición existente en la Decisión 85 a la que hemos hecho ya mención. Sin embargo, el gobierno norteamericano no tardó demasia-

<sup>63</sup> «Nuevas tendencias sobre patentes de invención en América Latina». *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n.º 39, 1991, pp. 417-418.

<sup>64</sup> EE.UU. hizo uso de su *Trade Act* de 1988 para estos efectos. BIKOFF, J. y D. WILSON. «Intellectual Property Provisions of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988», *ASIFI*, Buenos Aires, 1988, p. 719.

<sup>65</sup> KRESALJA, Baldo. «La Decisión 313». *Themis*, n.º 23, 1992, p. 91.

do en expresar también su disconformidad con la Decisión 313, debido a que no habían sido introducidas todas las modificaciones solicitadas.<sup>66</sup>

Así, las presiones externas provocaron, nuevamente, la promulgación de una nueva norma andina, dando lugar a la Decisión 344.<sup>67</sup> Su entrada en vigencia en 1994 hizo posible, entonces, que los países andinos retomaran la libertad para decidir formar parte de diversos instrumentos internacionales, entre los que se destacan el Convenio de París y el ADPIC. Actualmente, se encuentra en vigencia la Decisión 486, que, como más adelante se verá (*infra* 4.3.), ha introducido una serie de modificaciones a la normativa anterior como respuesta a lo dispuesto en el ADPIC. Y no existe normativa comunitaria que impida a los países ser parte en otros tratados sobre propiedad industrial. Este es el caso de Colombia y Ecuador que son ya parte del Tratado de Cooperación en materia de Patentes.

Como puede apreciarse del cuadro correspondiente y del análisis puntual de las modificaciones introducidas en la legislación andina, que tendremos ocasión de ver enseguida (*infra* 4), creemos que éstas se deben, fundamentalmente, a la presión para homogeneizar las decisiones a lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales en materia de propiedad industrial.<sup>68</sup> Si los cambios legislativos han respondido también a las necesidades de los Países Miembros, y no íntegramente a los intereses de numerosos actores externos que debido a su poderío influenciaron para que ello sea así, es materia de debate. No lo es, sin embargo, afirmar que se hicieron sin un cuidadoso estudio del impacto real en los países, tanto en lo tecnológico como en lo comercial, sobre todo en lo que tiene de distinto frente a la normativa internacional generalmente aceptada. Podemos entonces preguntarnos: ¿qué nuevos intereses son los que podrían provocar en el futuro variaciones en la normativa sobre propiedad industrial de los países andinos? La formulación de una respuesta, siempre parcial, nos obliga a conocer cuáles son las materias más controvertidas en el ámbito de la ciencia, la tecnología y el comercio, cuestión que tratamos más adelante (*infra* 7). Antes, creemos necesario apreciar, en forma sintética, los principales cambios ocurridos al interior de los diversos institutos de la propiedad industrial.

---

<sup>66</sup> *Ib.*

<sup>67</sup> KRESALJA, Baldo. «Modificaciones al régimen común sobre Propiedad Industrial». *Themis*, n.º 27-28, 1994, pp. 7 y ss.

<sup>68</sup> Así también lo reconoce para las Decisiones 311, 313 y 344, Manuel Pachón M. en su libro póstumo, de autoría compartida con Zoraida Sánchez, *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1995, pp. 24 y ss.

#### 4. LA EVOLUCIÓN DE LOS INSTITUTOS AL INTERIOR DE LAS DECISIONES ANDINAS

Si alguna persona, con sólo conocimientos generales en el ámbito de la propiedad industrial, leyera con cierto detenimiento el contenido de la Decisión 486, podría afirmar que, a ojo de buen cubero, cumple con los estándares internacionales que el ADPIC busca imponer en todo el globo. Por cierto, una lectura más detenida y especializada descubrirá un texto técnicamente modesto, extensísimo y poco feliz en su redacción. Pero para emitir un juicio es necesario examinar los antecedentes, esto es, estudiar el contenido y la evolución de las decisiones sobre propiedad industrial. Y para hacerlo convendría convencionalmente hablar de tres etapas o momentos: la primera conformada por la Decisión 85; la segunda por las Decisiones 311, 313 y 344; y la tercera por la actualmente vigente 486.

##### 4.1. PRIMERA ETAPA: LA DECISIÓN 85

La Decisión 85, que estuvo en vigencia por más de 10 años (1979-1991), no fue aprobada inmediatamente después de que la Junta terminara su proyecto, que se comenzó a trabajar casi inmediatamente después de la aprobación de la Decisión 24 en 1971, sino que tuvo que esperar algunos años para que los países decidieran su aprobación individualmente, pues, a esa fecha, las decisiones no entraban en vigencia después de su publicación en la Gaceta Oficial, como ocurre ahora.<sup>69</sup> Y aun así, únicamente entró en vigencia en Colombia, Perú y Ecuador, pues Bolivia no la aplicó y Venezuela nunca la puso en vigor. Es hecho conocido, pero poco divulgado, que la demora en su aprobación se debió a la presión de las empresas transnacionales farmacéuticas.<sup>70</sup>

La Decisión 85 fue controvertida desde su puesta en vigencia,<sup>71</sup> acusó imprecisión en el tratamiento de algunas instituciones y desdibujó el sistema de patentes de invención. Sin embargo, no se atrevió a plantear un sistema alternativo al tradicional para la protección de la inventiva local, sea mediante la creación de nuevos títulos de protección o la modificación de tradicionales, como ocurrió

<sup>69</sup> En virtud del art.º 3 del Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia, de mayo de 1979, las decisiones se incorporan al derecho interno de cada país a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial.

<sup>70</sup> A este respecto no debe olvidarse que bastaba «convencer» a las autoridades de un sólo país, con argumentos quizás respetables pero no siempre vinculados al interés general, para que las decisiones no entraran en vigencia.

<sup>71</sup> Para sus antecedentes véase GUERRERO, M. *Op. cit.*, pp. 153 y ss. También PACHÓN, Manuel. *Manual de Propiedad Industrial*. Bogotá: Temis, 1984; PACHÓN, Manuel. *Propiedad Industrial y...*; y PACHÓN, Manuel. «Signos de Dominio en el Derecho Marcario». *Revista de Derecho Mercantil*, Bogotá, n.º 7, 1986, pp. 19 y ss.

en algunos países con los modelos de utilidad.<sup>72</sup> Su espíritu, y también el ambiente en que se formuló, tuvo en mente más el control que la promoción, con lo cual arrastró la vieja desconfianza latinoamericana en la iniciativa individual y en el poder de la creación científica.

Si bien incorporó a casi todos los institutos clásicos de la propiedad industrial, en el ámbito de las patentes no incluyó a la altura inventiva como requisito positivo de patentabilidad, no reconoció protección a los inventos constituidos por productos farmacéuticos<sup>73</sup> y otorgó un plazo de concesión muy corto (10 años), con la exigencia —prácticamente imposible de cumplir— de explotar el invento casi inmediatamente después del otorgamiento del título, entre otras. En el ámbito de las marcas, si bien su articulado parecería poco elaborado si lo comparamos con las leyes vigentes, no tuvo grandes deméritos, pero dio lugar a polémica la exigencia de uso para obtener la renovación del derecho; la solución adoptada para marcas iguales de distintos titulares dentro de la subregión andina; el pobre trato a las marcas notorias, colectivas y a las denominaciones de origen; así como también a las acciones destinadas a proteger los derechos de exclusiva.<sup>74</sup>

La Decisión 85, con todos los defectos que se le pueden achacar y que son bastantes, se convirtió en un hito no solo en el ámbito andinos sino en el ámbito internacional:<sup>75</sup> trazó una ruta que en el futuro había que desbrozar o rectificar, pero que era imposible ignorar si se continuaba con el proceso de integración. En

<sup>72</sup> UNCTAD. «Estudios monográficos sobre la transferencia de tecnología: la política del Japón en materia de transferencia y desarrollo de tecnología antes de la guerra (1868-1937)», Documento TD/B/C.6/26.

<sup>73</sup> WHITE, Eduardo. «El patentamiento farmacéutico y la Decisión 85». En: SAIT. *Propiedad Industrial*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1984, pp. 89 y ss.

<sup>74</sup> VILLAVICENCIO, V. *Protección a las marcas notoriamente conocidas en el Perú*. Lima: Tarea, Asociación Gráfica Educativa, 1991; y CORNEJO, C. *Derecho de Marcas*. Lima: Cultural Cuzco, 1992.

<sup>75</sup> A modo de ejemplo, las declaraciones, en 1984, del Director General del Registro de la Propiedad Industrial de España Julio Delicado M-R: «este régimen (la Decisión N.º 85) ha constituido la respuesta más eficaz a la problemática que presentan las patentes en los países en vías de desarrollo». En: SAIT. *Propiedad Industrial*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1984, p. 56.

En la misma fecha, el Director General Adjunto de la OMP, Marino Porzio, dijo: «[...] fue otro gran paso a nivel internacional puesto que los países andinos establecen por una parte un régimen común en materia de Propiedad Industrial y, por la otra, ligan la Propiedad Industrial al desarrollo tecnológico. El primer resultado que puede atribuirse a la Decisión 85 fue su impacto a nivel internacional, a nivel regional y a nivel local de cada uno de los países, puesto que determinó un enfoque diferente de los problemas, con reglas nuevas...» (*ib.*, p. 64).

Eduardo White: «La Decisión 85 es una de las más importantes reformas en la legislación económica internacional de los países en desarrollo [...] ha tenido repercusiones positivas e impactos significativos no solamente en la subregión sino en el resto del mundo en desarrollo, sirviendo como un estímulo para el proceso de reforma de la legislación internacional de patentes, que se negocia actualmente a través de la revisión del Convenio de París» (*ib.*, p. 69).

Finalmente, Alfonso Vidales, funcionario de la Junta y vinculado estrechamente a la formulación de las Decisiones sobre Propiedad Industrial, pondera el hecho de haber sido el Grupo Andino el primer proceso de integración que legisla sobre propiedad industrial, entre otros aspectos (*ib.*, pp. 83 y ss.).



este sentido, incorporó la prioridad o preferencia para solicitar el registro dentro del área andina para los titulares de los derechos —ningún país era aún miembro del Convenio de París y, por tanto, no podían acogerse a sus disposiciones sobre prioridad—, unificó los procedimientos de concesión de derechos, adoptó clasificaciones internacionales, incorporó la exigencia de calidad en los contratos de licencia y, de gran significado por su derogación posterior, obligó a los países, según su art.º 83, a no celebrar unilateralmente convenios en materia de propiedad industrial que contradijeran sus disposiciones.

Esta obligación constituía un claro recorte de la soberanía de cada país, cuyo reconocimiento constituye un elemento esencial para hacer exitoso a un proceso de integración. No obstante, era la manifestación implícita de la necesidad de presentar a los países desarrollados una posición única y efectuar una negociación común en el ámbito de derechos exclusivos vinculados a la tecnología y el comercio. Esta posición era, al mismo tiempo, un valiente reconocimiento a la debilidad de los países, individualmente considerados, para emprender exitosamente esa tarea y se constituía en un rechazo fáctico al bilateralismo que siempre quieren imponer los poderosos. En otras palabras, al igual que la Decisión 24 y compartiendo con ella serias limitaciones técnicas y políticas, representó un voto de optimismo, una frustrada apuesta al futuro.

#### 4.2. SEGUNDA ETAPA: LAS DECISIONES 311, 313 Y 344

La aprobación de la Decisión 85 no significó la desaparición en el área andina del debate sobre la propiedad industrial. En 1986, poco después de su aprobación, la Junta y los países inician conversaciones para modernizarla, tanto por propio interés como, también, por presión de la OMPI y, sobre todo, de los Estados Unidos y de las empresas transnacionales farmacéuticas. Como hemos ya recordado, en ese momento se habían asentado, en los países líderes, las políticas neoliberales y se había dado inicio, en el marco de la GATT, a la Ronda Uruguay, en la que los países industrializados impondrían el tema de los derechos intelectuales, por primera vez, como punto inesquivable de la agenda (*supra* 2.5.). Fue el momento, además, en que los países pobres comenzaron a sentir el peso de una deuda externa impagable.

El 12 de diciembre de 1991, entró en vigencia la Decisión 311, destinada a sustituir a la 85. Su corta vida, por razones que explicaremos de inmediato, hará que no nos refiramos a ella sino a la Decisión 313, igual en todo a la 311 salvo en unos pocos artículos, algunos de ellos sobre temas de importancia. La Decisión 311 sólo estuvo en vigencia 63 días, esto es, hasta el 14 de febrero de 1992. ¿Cuál fue la causa de que ello ocurriera?

No había sido fácil la aprobación de la Decisión 311, que, al igual que su sucesora (la Decisión 313), acusa la influencia de las leyes españolas de patentes de marzo de 1986 y de marcas de mayo de 1989. Sin embargo, las disposiciones que impedían el patentamiento de productos farmacéuticos y otros similares no

fueron del agrado del gobierno de los Estados Unidos, que así lo manifestó a través de presiones bilaterales que llegaron a su máximo punto de expresión cuando la funcionaria estadounidense en materia de comercio Carla Hills envió una carta a cada uno de los presidentes de los países andinos en la que pedía la modificación de la Decisión 311. Los presidentes andinos,<sup>76</sup> que se encontraban en Cartagena de Indias en esos días, respondieron sumisamente a la solicitud mediante la llamada Acta de Barahona y pidieron a la Comisión, en forma explícita—cosa que hasta donde sabemos no se había hecho antes con esa intensidad—que modificara la Decisión 311. Por este motivo, la Decisión 313 modificó algunos artículos, no más de veinte. Sin embargo, cuando se puso en vigencia esta última, su contenido tampoco satisfizo al gobierno de los Estados Unidos, porque, en su opinión, no se habían introducido todas las correcciones demandadas.<sup>77</sup> Comenzaba entonces otro periodo de presiones destinadas a modificar la Decisión 313. Esta se vio concretamente modificada un poco más tarde con la puesta en vigencia de la Decisión 344 en 1994.

Debemos indicar, brevemente, cuáles fueron los cambios más significativos que, en relación con la Decisión 85, introdujo la Decisión 313.<sup>78</sup> En materia de patentes, reconoció el requisito de altura inventiva; amplió el concepto de aplicación industrial, incluyendo a los servicios; extendió el plazo de protección; aceptó la importación por el titular como una forma de explotación;<sup>79</sup> y flexibilizó el régimen de otorgamiento de licencias obligatorias, todo lo cual sin duda calzaba mejor con la legislación comparada. En lo que se refiere a las exclusiones, introdujo las relativas a las materias que componen el cuerpo humano y la identidad genética; a materiales nucleares; y a las especies y razas animales, entre otros. Asimismo, eliminó las disposiciones más controvertidas de la Decisión 85, tales como las referidas a las patentes que pudieran afectar al desarrollo de los países o cuya patentabilidad fuera excluida por acto administrativo interno; realizó variaciones menores en el ámbito de los diseños industriales y su cambio más significativo fue la introducción de los modelos industriales, pues ello estaba dirigido esencialmente a la inventiva generada en los propios países andinos y ya había dado resultados positivos en otros países como medio de protección de resultados propios de nuestro nivel de desarrollo tecnológico.

<sup>76</sup> Jaime Paz Zamora de Bolivia, César Gaviria de Colombia, Rodrigo Borja del Ecuador, Alberto Fujimori del Perú y Carlos Andrés Pérez de Venezuela.

<sup>77</sup> Esta penosa circunstancia tuvo eco incluso en distinguidos comentaristas de fuera de la región, que mencionaron amenazas de represalias comerciales por parte de EE.UU. si no se cambiaban las normas sobre patentamiento. CZAR DE ZALDUENDO, Susana. *Patentes en el...*, p. 461.

<sup>78</sup> KRESALJA, Baldo. *La Decisión 313...*

<sup>79</sup> Sobre la obligación de explotar la patente por parte de su titular y la polémica sobre la forma de hacerlo puede verse G. CABANELLAS (H). «Consecuencias de los requisitos de explotación más estrictos para los titulares de patentes de acuerdo con la Convención de París». *ASIPI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 4, 1989, p. 81.

En el área de las marcas, se realizaron algunas mejoras importantes, como, por ejemplo, en la determinación de aquello que no puede ser registrado por causas intrínsecas o por lesionar derechos de terceros, la extensión del plazo de protección a diez años, así como también la aclaración del tema de la obligatoriedad del registro para acceder a la protección, que continuaba con lo que era la tradición legislativa de los países. Fue muy importante la delimitación que hizo a los derechos del titular, el reforzamiento a la protección de las marcas notorias y la equitativa solución al conflictivo tema de las importaciones paralelas. Asimismo, eliminó la obligatoriedad de uso para la renovación, pero introdujo la cancelación del registro a pedido de un tercero y, justamente, por falta de uso, aunque no definió a este último; introdujo la protección a los lemas comerciales, medida que era lógica dado su extendido uso e importancia publicitaria, y le dio un carácter accesorio, pues para su protección se debía indicar con cuál marca sería usado y su plazo de protección estaba vinculado a la misma. En el terreno de los signos distintivos, incorporó la protección al nombre comercial, pero no desarrolló el tema con la amplitud que era de esperarse. Asimismo, eliminó injustificadamente la obligación, consignada en la Decisión 85, sobre la calidad de los productos o servicios a que debía comprometerse el titular de los derechos en los contratos de licencia.

En enero de 1994, entró en vigencia la Decisión 344 y, con ella, se continuó adecuando la legislación andina a la prevaleciente de los países desarrollados, cada vez más inspiradas en las ideas neoliberales imperantes. Los cambios fueron, sin embargo, de envergadura menor y, en más de una ocasión, se hace notar la influencia de la ley peruana vigente en ese momento<sup>80</sup> —el Decreto Ley N.º 26017, de noviembre de 1992—. Entre los más significativos se encuentran la ampliación de lo que podía estar sujeto a protección, hecho que hacía posible que cubriese todos los campos de la tecnología y se extendiese con claridad el plazo de protección de la patente a 20 años;<sup>81</sup> en el terreno marcario, precisó los criterios para determinar cuándo una marca debía considerarse notoria y propuso una solución al antiguo problema de marcas iguales o similares, al exigir un acuerdo entre los titulares para hacer posible el intercambio comercial. Por primera vez reconoció —reconocimiento que ya se daba en algunas legislaciones internas— que la protección al nombre comercial no estaba supeditada a su registro sino a su uso.

---

<sup>80</sup> KRESALJA, Baldo. «Panorámica de la Propiedad Industrial en el Grupo Andino». *Actas de Derecho Industrial*. Madrid: s.e., 1994; y *Modificaciones al régimen...*; PACHÓN, Manuel y Zoraida SÁNCHEZ. *El régimen andino...*; y METKE, R. «Las principales innovaciones de la Decisión 344 en materia de marcas». *Revista Colombiana de la Propiedad Industrial*. Número en homenaje a Manuel Pachón M, Bogotá, n.º 4, 1995, p. 63.

<sup>81</sup> VENERO, B. «La actual legislación peruana en materia de patentes de invención y el rol del Indecopi». *ASIPI Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 7, 1996, p. 30.

La Decisión 344 incorporó a la legislación andina, por primera vez, la protección de los secretos industriales y de las denominaciones de origen. Lo dispuesto sobre estas últimas se encuadró dentro de las tendencias internacionales prevaletentes y fue bien recibido. Discutible, más bien, fue lo primero, tradicionalmente protegido por las normas sobre represión a la competencia desleal y motivo de ardorosos debates. En efecto, dentro de los aspectos polémicos podemos identificar dos: la inclusión como protegible de los secretos comerciales, caracteres —los de producción y los comerciales— que debían constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, microfilms, etc.; y de la información entregada a las autoridades para lograr la autorización de comercializar productos farmoquímicos o agroquímicos.

A la distancia puede apreciarse las Decisiones 311, 313 y 344 como parte de un periodo de gradual adaptación a las normas vigentes en el mundo desarrollado, que paulatinamente se alejan de la posición algo rupturista de la Decisión 85. En ellas, se incorporan nuevas instituciones con evidentes mejoras formales y procesales, y una más clara protección a los derechos de los titulares. Son también un preámbulo a la Decisión 486, casi en su totalidad aceptable a los intereses de los países ricos y las empresas transnacionales, y sin ningún instituto diseñado específicamente para la protección del desarrollo tecnológico y el comercio de y para la región.

#### 4.3. TERCERA ETAPA: LA DECISIÓN 486

Como hemos señalado, la promulgación de la Decisión 486 obedece a intereses que —como ha sido la constante en nuestra normativa andina— no necesariamente corresponden a aquéllos propios de la subregión. La Decisión 486, en cuanto a redacción e incluso sistemática, guarda una evidente distancia respecto a su grupo normativo precedente, esto es, aquél conformado por las Decisiones 311, 313 y 344, muy probablemente por pretender coincidir casi íntegramente con los preceptos de cuerpos normativos bastante ajenos a nuestra realidad, como es el caso del ADPIC. Por ejemplo, a diferencia de las anteriores decisiones, que pasaban directamente a regular lo concerniente a las patentes de invención, la Decisión 486 se inicia con una sección titulada «Disposiciones Generales», en la que se contemplan los supuestos de trato nacional y de trato de la nación más favorecida de forma similar a lo dispuesto en el ADPIC.

Por otro lado, la Decisión 486 ha incluido nuevos institutos de propiedad industrial, algunos de los cuales guardan poca correspondencia con la realidad industrial de los Países Miembros. Este es el caso concreto de los esquemas de trazado de circuitos integrados.

Entre sus disposiciones de mayor interés recordamos que las exclusiones a la patentabilidad han seguido lo dispuesto en el ADPIC, esto es, se han excluido las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales (que no sean procedimientos no biológicos o

microbiológicos), así como también los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal.<sup>82</sup> En relación con las marcas, ha continuado y acentuado las tendencias ya expresadas en la etapa anterior.<sup>83</sup> Si la leyera un inventor nacional o un pequeño comerciante, la sentiría tan lejana a su realidad como lo es el Convenio de París. Sin embargo, algunos dirán, quizás con realismo, que está hecha para que la lean abogados especializados y ejecutivos de grandes empresas.

## 5. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO

### 5.1. ¿QUIÉNES HAN SIDO LOS LEGISLADORES?

Debemos preguntarnos quiénes o cuáles han sido las personas y las instituciones que han participado en las formulaciones y las modificaciones de las decisiones con verdadera influencia. Si descontamos, como es natural, a los propios funcionarios de la Junta y a los consultores provenientes de la Subregión o de fuera de ella, nos daremos con la sorpresa de que los más importantes impulsos para las modificaciones legislativas no han provenido de las fuerzas productivas,<sup>84</sup> del mundo vinculado a la investigación científica o la actividad académica. Y no necesariamente porque hayan sido consciente y sostenidamente aislados para evitar su participación; sino, más bien, por dejadez, por sentirse impotentes para hacer sentir su influencia, por desconocimiento del propósito que se perseguía o del impacto económico que tienen los institutos que forman parte de la propiedad industrial.

Los procesos de formulación y de aprobación de las decisiones han demorado, en ocasiones, varios años. Durante esos periodos, los funcionarios de la Junta, a veces con gran paciencia, han formulado propuesta tras propuesta y han asistido a los foros y eventos internacionales más importantes, es decir, han estado informados de las tendencias mundiales en la materia. Han tenido cuidado, también, en ser equitativos con los intereses expresados por los países. Sin em-

<sup>82</sup> Véase OTERO LASTRES, J. «Los requisitos de patentabilidad en la Decisión 486» y «La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486». En: *Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina de Naciones*. Medellín: Comunidad Andina, 2001, pp. 93 y 39, respectivamente.

<sup>83</sup> CORNEJO, C. *Las transformaciones del Derecho de Marcas y sus relaciones con el derecho de propiedad*. Lima: Cultural Cuzco, 2000.

<sup>84</sup> En contra de lo que usualmente se cree, los informes de la CEPAL dieron siempre un rol central a la iniciativa privada; es más, decían que la creación del mercado regional «dependerá en algo grado de la iniciativa privada». Raúl Prebisch afirmaba que serían los gobiernos los que trazarán el marco adecuado del mercado común, pero «es la iniciativa privada la que tendrá fundamentalmente que llevarlo a la práctica». (*El mercado común latinoamericano...*, p. 115). Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que esa participación no fue importante en la creación y evolución del Grupo Andino, por lo que no debe de extrañar lo sucedido en relación con las decisiones sobre propiedad industrial.

bargo, no se han podido librar, no han tenido la fuerza política, cualquiera sea la causa, para vincular los procesos legislativos a las tendencias democráticas más representativas de los intereses permanentes de los países. Y es probable que, ante esta imputación, aleguen que esa tarea estaba más allá de sus obligaciones, que ello correspondía a los representantes políticos de los países. Pero tendrán, si así lo hacen, solo parcialmente la razón, pues los beneficios de los cargos han primado a veces sobre las convicciones.

Aquellos que han estado vigilantes del proceso, que han aportado sugerencias y ejercido presiones, y han estado en ocasiones interesados en participar y hacer oír su voz, han sido organismos como la OMPI; entre los gobiernos extranjeros, claramente el de los Estados Unidos;<sup>85</sup> y los representantes de las transnacionales vinculadas principalmente a la industria farmacéutica, así como los abogados que laboran en los pocos estudios que concentran el trabajo en esta área, proveniente en forma mayoritaria de esas mismas empresas. Los otros importantes participantes provienen de las canteras burocráticas, de las oficinas de propiedad industrial o de los institutos estatales a ellas vinculados. Como resulta obvio, éstos no suelen tener un mandato específico que los legitime; por tanto, no acostumbran a responder o enfrentar las consecuencias de haber opinado en uno u otro sentido, de haber votado a favor o en contra de una propuesta concreta. Generalmente han interpretado, cada cual a su manera, los intereses de sus pueblos. Por cierto, ello no significa que siempre hayan errado, pero tampoco lo contrario; simplemente, sin mandato claro han asumido la tarea, siendo, en este sentido, viva expresión del empirismo estatal andino.

Por ello, creemos que las decisiones sobre la propiedad industrial «conquistan su legitimidad» por su correspondencia, más o menos literal, con la de algunos convenios internacionales de importancia y porque sirven de entremés o tarjeta de presentación con los más poderosos en el terreno de las negociaciones comerciales. Son representativos de una actitud sumisa frente a intereses que no controlamos y, a veces, ni siquiera comprendemos. En otras palabras, un pasaporte de sobrevivencia de caducidad previsible.

---

<sup>85</sup> Refiriéndose a las modificaciones legislativas introducidas en Latinoamérica en la década del 90, dice Carlos CORREA: «las presiones unilaterales de los Estados Unidos y, en menor medida, las negociaciones multilaterales en el ámbito del GATT han sido determinantes en la nueva ola reformista de la propiedad intelectual en América Latina. Sin estos factores, y a falta en la mayoría de los países de una clara definición de nuevas estrategias de desarrollo industrial y tecnológico, hubiera sido muy improbable que los países de la región se inscribieran en el actual proceso de reforma. Ilustrativo de ello es la falta de análisis legales y económicos en las esferas de gobierno y parlamentarias que justifiquen la nueva política en la materia, en claro contraste con la experiencia de los propios países industrializados, acostumbrados a examinar técnicamente y a debatir en profundidad los cambios legislativos que proponen». (*Nuevas tendencias sobre patentes...*, p. 419).

## 5.2. TÉCNICA LEGISLATIVA

A diferencia de lo ocurrido en otro proceso de integración, como el que da lugar a la Unión Europea, las decisiones andinas sobre propiedad industrial han incluido un conjunto de institutos que la mejor técnica legislativa aconsejaría tener separados. En efecto, y a modo de ejemplo, en todas ellas las patentes de invención, los diseños industriales y las marcas han estado presentes. Ello pudo quizá, en su fase inicial, responder a la necesidad de una propuesta unificada y manejable, tanto por su corta extensión como por su carácter esquemático, como es el caso de la Decisión 85. Sin embargo, en todas las decisiones posteriores hasta llegar a la actual Decisión 486, el articulado ha ido creciendo en forma significativa y ha convertido a este instrumento normativo en un documento de no fácil manejo.

Ello trae como consecuencia que, en cada ocasión en la cual se desee modificar un capítulo o un título específico de una decisión, surja, por una u otra razón, el interés de proponer modificaciones en otros institutos, hecho que no se corresponde a la necesaria especialización ni a la metodología más adecuada. Y de tanto en tanto, como ocurre con las últimas decisiones en propiedad industrial, se incorporan nuevos institutos como los correspondientes a las denominaciones de origen, los circuitos integrados y la competencia desleal, asuntos que deberían merecer trato independiente.

## 5.3. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL ANDINO

El Tribunal de la Comunidad Andina (TJCA), órgano jurisdiccional de la CAN, fue creado por un tratado específico en 1979. Tiene como propósito unificar la interpretación del Derecho Comunitario, pues, como sabemos, no basta tener una misma norma común, sino que esta debe ser interpretada de igual manera por los tribunales de los Países Miembros y, en segundo lugar, dar solución a los casos controvertidos cuando alguno de los justiciables, que pueden ser gobiernos, invocan a su favor, en un proceso judicial, una norma del derecho comunitario andino. Este tribunal efectúa interpretaciones prejudiciales<sup>86</sup> en forma semejante a como lo hace el Tribunal de la Unión Europea. Hasta la fecha, su actividad se encuentra abrumadoramente concentrada en el ámbito de las decisiones referentes a la propiedad industrial, aunque, por cierto, no es esta la única área de regulación

---

<sup>86</sup> Véase PACHÓN, Manuel. *Protección de los Derechos...*, p. 22; y «La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino». *Themis*, Lima, n.º 23, 1992, pp. 75 y ss; BUENO, Patricio. «La interpretación prejudicial comunitaria del Régimen Común de Propiedad Intelectual del Pacto Andino». *ASIFI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 7, p. 101; y «La Propiedad Industrial en el desarrollo de la empresa». *Revista Colombiana de la Propiedad Industrial*, Bogotá, n.º 4, 1995, p. 149; así como GÁLVEZ, K. «Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina». *Themis*, Lima, n.º 42, 2001, pp. 131 y ss.

comunitaria que puede dar lugar a controversias.<sup>87</sup>

Cabe notar que la tarea que cumple el TJCA ha sido establecida en el propio artículo 40° del Acuerdo de Cartagena, concordado con el art. 2° de la Decisión 184 o Estatuto del TJCA, esto es, «asegurar el respeto al derecho en aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del acuerdo» (art. 40°). Como bien lo ha señalado Manuel Pachón «la unificación del régimen legal mediante el establecimiento de una norma general aplicable en todos los países miembros, era pues, una solución a medias, mientras no existiera un órgano que interpretara y explicara en forma uniforme el régimen común».<sup>88</sup> Si bien el Acuerdo no previó originalmente un mecanismo que asegurara una interpretación común, con la creación del TJCA resolvió adecuadamente este vacío.<sup>89</sup>

De esa forma nace una colaboración entre el TJCA y los jueces nacionales que tiene como fase inicial el discernimiento que hace el juez nacional sobre el problema del derecho comunitario y que da lugar a la formulación de una cuestión prejudicial. La fase siguiente es la comunitaria propiamente dicha, en la cual el TJCA examina la cuestión que le ha sido planteada por el juez nacional. Finalmente, el proceso termina cuando el juez nacional resuelve el litigio a la luz de la interpretación que le ha sido alcanzada por el TJCA. Los jueces nacionales son los únicos titulares de esta acción, pues no existen acciones públicas de consulta que permitan a los particulares acudir directamente para solicitar interpretaciones, hecho que no debe llevar a confusión con la facultad que tienen las partes para solicitar al juez nacional la interpretación prejudicial. De otro lado, cuando un juez no solicita una interpretación prejudicial en los casos en que es obligatoria, esto es, cuando actúa como última instancia, ello puede dar lugar a la acción de incumplimiento.<sup>90</sup> Esta puede ser interpuesta por la propia Junta o por cualquier País Miembro, pero no por las partes que intervienen en el proceso.<sup>91</sup>

Obviamente, el mecanismo de la interpretación prejudicial sólo puede funcionar adecuadamente si las jurisdicciones nacionales de los Países Miembros están

<sup>87</sup> Ello también ocurre en las correspondientes a las prácticas *dumping* (Decisión 456), subvenciones en importaciones (Decisión 457), acceso a los recursos genéticos (Decisión 391), integración y desarrollo fronterizo (Decisión 459), entre otros.

<sup>88</sup> PACHÓN, Manuel. «La Acción de Interpretación...», p. 76.

<sup>89</sup> Por este motivo, en el Preámbulo del Tratado los Estados contratantes dicen: «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».

<sup>90</sup> Artículos 23° a 27° del Tratado que crea el TJCA. Un caso de especial interés fue el que interpuso Venezuela contra Ecuador por el «caso Belmont». Al respecto puede verse AA.VV. *La coexistencia marcaría en el Derecho Andino*. Caracas: s.e., 1997.

<sup>91</sup> PACHÓN, Manuel. «La Acción de Interpretación...», p. 87.



dispuestas a colaborar, hecho que no ha ocurrido con frecuencia. De otro lado, resulta fundamental que los miembros del TJCA respeten las facultades y poderes de los jueces nacionales, pues no pueden pronunciarse sobre hechos ni interpretar el derecho nacional. Cabe señalar que la legislación comunitaria no contempla ni establece la aplicabilidad del principio de la precedencia interpretativa para aplicarse en casos futuros, por lo que la interpretación rige únicamente para el caso objeto de consulta y no exime al juez nacional de la obligación de formular la consulta en casos similares.<sup>92</sup>

Como hemos ya señalado, las interpretaciones prejudiciales de las decisiones sobre propiedad industrial constituyen los casos más numerosos sobre los que el Tribunal ha emitido pronunciamiento. ¿Cuáles son específicamente las áreas en las que ha habido mayor actividad? Sin duda alguna, los casos referentes a las disposiciones sobre marcas y, en mucho menor medida, patentes de invención y modelos de utilidad. Específicamente, el TJCA ha resuelto muchísimos casos de supuestos de registrabilidad y confundibilidad de signos.<sup>93</sup>

Si tuviéramos que enjuiciar las interpretaciones prejudiciales del TJCA en materia de propiedad industrial no podríamos poner de relieve su profundidad ni su originalidad, pero sí señalar positivamente que, con el transcurso del tiempo, el Tribunal ha ido afinando su trabajo y mejorando la fundamentación de sus resoluciones. También es cierto —y así hay que ponerlo de relieve— que las controversias en el ámbito marcario no son especialmente adecuadas para que las interpretaciones prejudiciales alcancen gran relevancia jurídica. Son, eso sí, guías que no pueden dejarse de lado en la actividad profesional especializada, ni tampoco por los titulares de los derechos de propiedad industrial.

#### 5.4. LA OFICINA ANDINA NONATA

Si nos remontamos al momento en el cual se decidió poner en vigencia un régimen común en propiedad industrial, apreciaremos que este estuvo estrechamente unido a la necesidad de contar con una oficina subregional.<sup>94</sup> Su creación fue

<sup>92</sup> En este punto, es probable que, en el futuro, se establezca alguna forma de aplicación de los precedentes interpretativos como existe en cierta medida en la Unión Europea con el denominado «acto claro» y «acto aclarado».

<sup>93</sup> En lo referido al importante tema de las marcas notorias, puede verse el artículo del miembro del tribunal BUENO, Patricio. «La marca notoria y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina». *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, n.º 5, 2001.

<sup>94</sup> Fue lo que posteriormente —por ejemplo— hiciera la Unión Europea con su oficina de patentes con sede en Munich y creada en 1978, y su oficina de marcas con sede en Alicante y creada en 1994. Una información básica sobre la primera puede encontrarse en GÓMEZ SEGADÉ, J.A. *Tecnología y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 557 y ss.; y, sobre la segunda, en FERNÁNDEZ NOVOA, C. *El sistema comunitario de marcas*. Madrid: Montecorvo, 1995, pp. 54 y ss.

propuesta por el art. 54° de la Decisión 24, reiterada más tarde por la Decisión 220 en 1987 y omitida en la Decisión 291 en 1991; todas ellas, sobre tratamiento al capital extranjero y contratos de transferencia de tecnología y de licencia.

En efecto, el mencionado art. 54° determinó que la oficina tendría como funciones básicas las de servir de órgano de enlace entre las oficinas nacionales; recopilar y difundir información; preparar contratos de licencia; asesorar a las oficinas nacionales en la aplicación de las normas comunes; y, finalmente, adelantar estudios y presentar recomendaciones sobre patentes de invención. Como podemos apreciar, se trataba de objetivos ambiciosos y de largo plazo. Por tanto, se daba por supuesto que la oficina subregional se convertiría en una herramienta fundamental para llevar adelante —de arriba hacia abajo— una política subregional sobre propiedad industrial, sólida y uniforme, y que además serviría de usina para la elaboración de políticas comunes de indudable importancia en las estrategias comerciales. Debía, por tanto, ser un complemento de las políticas tecnológicas a que nos referiremos en el punto siguiente.<sup>95</sup>

La creación de la oficina no fue posible. La propuesta contó con oposiciones muy variadas y, sin duda, contundentes. Muchos eran los intereses que estaban en contra: posiciones nacionalistas que invocaban soberanía; ausencia de convicción sobre los objetivos comunes que era conveniente priorizar; falta de apoyo de los funcionarios —tanto en el ámbito público como privado— involucrados en estos asuntos en cada país; y, finalmente, los intereses de los Estados Unidos y de las empresas transnacionales que creían —acertadamente para sus intereses— no conveniente enfrentarse a una subregión con una política bien definida en esta materia y, en alguna medida, contraria a sus intereses, sino, más bien, debilitar esta posición por la vía bilateral. Como tendremos ocasión de ver (*infra* 7), el establecimiento futuro de una oficina subregional quizás se concrete bajo el auspicio de los que ayer se opusieron. En el momento inicial de la propuesta faltó, como ha ocurrido tantas veces antes, desprendimiento y defensa firme de los intereses legítimos de largo plazo. No se estaba preparado para ello; la propuesta fue, por tanto, irrealizable.

---

<sup>95</sup> Esta es una función esencial de las oficinas de propiedad industrial; es más, su correcto cumplimiento es uno de los fundamentos de la existencia del derecho de patentes. Como bien ha señalado Alberto BERCOVITZ, uno de los principios esenciales que informan este derecho es la conservación y publicidad de los conocimientos técnicos que los interesados en obtener una patente depositan en las respectivas oficinas. Dice: «para que pueda darse el progreso técnico-industrial no basta con promover la actividad inventiva de los individuos, ni siquiera basta con crear alicientes para que se comuniquen a la sociedad las innovaciones que se vayan realizando. Es preciso que todos los conocimientos transmitidos a la sociedad sean conservados por ésta y divulgados de tal manera, que otros miembros de la comunidad puedan realizar su trabajo teniendo en cuenta los resultados ya conseguidos anteriormente» («Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de Patentes». *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n.º 105-106, 1967, p. 123).

## 5.5. PROSPECCIÓN Y ADAPTACIÓN TECNOLÓGICA

Si la oficina subregional debía, en lo que concierne a su función, no sólo otorgar o reconocer derechos sino, también, servir de depósito y agente diseminador de la documentación tecnológica, vinculada especialmente a los inventos y diseños, ello suponía el establecimiento por parte de los países andinos de una política tecnológica encaminada a identificar los conocimientos necesarios para el desarrollo básicamente industrial y fomentar tanto su producción como su adaptación.<sup>96</sup> Los países creyeron que ésta era una área esencial para encontrar las mejores vías a un desarrollo armónico y acelerado, más aún cuando —como ya se ha dicho— se encontraba en marcha una planificada programación industrial.

En efecto, el art. 55° de la Decisión 24 estableció que la Comisión debía establecer un sistema subregional para el fomento, desarrollo, producción y adaptación de tecnología; centralizar la información; y difundirla entre los países miembros. El art. 24° de la misma decisión mandaba (decía «emprenderán») a las autoridades nacionales a embarcarse en una continua y sistemática identificación de tecnologías disponibles en el mercado mundial (art. 22°). Para ello, debía aprobarse un programa encaminado a promover y proteger la producción tecnológica (art. 23°) y a preferir las adquisiciones de productos que incorporen tecnologías subregionales (art. 24°).

En ese contexto, el art. 26° de la Decisión 24 autorizó a la Comisión a señalar procesos de producción, productos o grupos de productos respecto a los cuales no se podía otorgar patentes; es más, la autorizaba incluso a decidir sobre el tratamiento de privilegios ya concedidos. Sin duda, se trataba de una autorización extraordinaria y explicable quizás sólo en un ambiente de guerra. Y se decía, en la época, «se trata efectivamente de una guerra, de una guerra que hay que librar contra el subdesarrollo».<sup>97</sup> Consecuencia natural de esa concepción fue que el inciso e) del artículo 5° de la Decisión 85 indicara que no se otorgarán patentes a las invenciones que afecten el desarrollo o a los procesos, productos o grupos de productos cuya patentabilidad excluyan los gobiernos, dispositivo este que, como vimos (*supra* 4), no se repitió en las decisiones posteriores.

<sup>96</sup> Por cierto, una política de este tipo abarcaba asuntos que iban mucho más allá que los vinculados a la propiedad industrial. Al respecto, hay una muy abundante bibliografía; puede verse, entre otros, KATZ, J. «Tecnología e industrialización». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983; KATZ, J. *Importación de tecnología, aprendizaje e industrialización dependiente*. México: FCE, 1986; y KATZ, J. *Reformas estructurales, productividad y conducta tecnológica en América Latina*. Santiago de Chile: FCE, 2000. Asimismo, VAITSOS, C. *Comercialización de tecnología en el Pacto Andino*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1973; ROSENBERG, N. (ed.). *Economía del cambio tecnológico*. México: FCE, 1979; y SALOMÓN, J.J. y OTROS (comps.). *Una búsqueda incierta. Ciencia, tecnología y desarrollo*. México: FCE, 1996.

<sup>97</sup> Lo que sabemos hoy es que esa guerra no se llegó a librar, más allá de algunas escaramuzas comerciales, esto es, ni siquiera se pudo conquistar la primera trinchera opuesta, por lo que todo induce a pensar que no había ejército disponible o, si lo había, que las armas y el terreno escogidos no fueron los adecuados.

En virtud de la Decisión 84 de mayo de 1974, de la misma fecha y solo un número menor que la 85, primera en propiedad industrial, los países andinos estuvieron de acuerdo en adoptar una política subregional de desarrollo tecnológico. En su Declaración de Principios, la Decisión 84 señaló que «es indispensable para coadyuvar al logro de los objetivos del proceso de integración y la satisfacción de las necesidades del desarrollo económico y social», política que debía —indicaba— tener objetivos definidos y contar con instrumentos concretos y un orden de prioridad en sus tareas.<sup>98</sup> Esa misma declaración perfiló las etapas a seguir, las áreas principales de actuación (importación, asimilación, rescate, adaptación y creación de tecnología, así como la creación de un sistema de información); y calificó al mercado tecnológico como uno de gran concentración e imperfecciones, con la consiguiente desventaja para los compradores; y de pasiva, la actitud de los países en desarrollo ante esa realidad. Prescribía, por lo tanto, que se llevarían a cabo un conjunto de acciones encaminadas a promover la tecnología propia, para lo cual se requería el establecimiento de un sistema subregional de información.

Solo seis años después, en 1980, cuando todavía continuaba vigente la Decisión 85, nació el Sistema Andino de Información Tecnológica (SAIT), en virtud de la Decisión 154. Su objetivo era servir de mecanismo permanente de cooperación subregional en el campo de la información tecnológica. De esta manera, se buscaba disponer de la información requerida para llevar a cabo una política subregional de desarrollo tecnológico y llevar a la práctica lo dispuesto en la ya varias veces mencionada Decisión 24. Entre las tareas que debían emprenderse se encontraba la de fortalecer la capacidad de negociación de los países y las empresas, generar flujos de información, promover la comercialización de tecnologías propias, etc. Se calificó a la propiedad industrial como una red especializada que debía estar integrada por las unidades operativas de los países andinos (art. 4°).

Debe recordarse que la creación del SAIT generó entusiasmo en la subregión, pues llenaba un vacío desde que se puso en vigencia la Decisión 24. Este sistema debía de servir para reforzar la capacidad tecnológica individual y conjunta de la subregión, hecho que había sido requerido prácticamente desde el inicio del Acuerdo de Cartagena como herramienta fundamental para lograr el ansiado desarrollo económico. Respondía, también, a la ausencia en los países andinos de infraestructura e instituciones para el manejo de información tecnológica. Tal como hemos dicho, uno de sus campos de acción fue el relativo a la propiedad industrial, con énfasis en el sistema de patentes.

---

<sup>98</sup> Una propuesta complementaria fue la creación del Fondo Andino de Desarrollo Científico y Tecnológico propuesto por SAGASTI, Francisco. *Conocimiento y desarrollo: Ensayos sobre ciencia y tecnología*. Lima: GRADE, 1988, pp. 91 y ss.

Al momento de su creación, expertos de los países andinos consideraban, si bien no de forma unánime, que la legislación en propiedad industrial solo había servido para beneficiar a las empresas extranjeras, mayoritariamente titulares de los derechos. Se decía que la normativa de la propiedad industrial había servido para que se establecieran relaciones de dependencia con un importante número de empresas domiciliadas en la subregión, hecho que se manifestaba en el suministro de insumos, equipo y otros condicionamientos. Cabe anotar que el personal del SAIT fue conciente desde fecha temprana de las dificultades que debía afrontar, tales como la falta de recursos humanos, materiales y financieros, así como el carácter «defensivo» de las decisiones, incluidas la de propiedad industrial. En otras palabras, las decisiones carecían de agresividad para, haciendo uso de la información tecnológica, detectar posibles inversionistas, ofrecer alternativas tecnológicas y ampliar el número y tipo de usuarios de la información, entre otros.<sup>99</sup>

Una de las tareas que inició el SAIT estuvo dirigida a recuperar y difundir la información tecnológica contenida en las memorias descriptivas y reivindicaciones de las patentes registradas en la subregión. Esta tarea, muy recomendada en el ámbito internacional, persigue la utilización de las patentes como fuentes de información tecnológica y responde al hecho de que la innovación es, en nuestros días, una actitud y una actividad prácticamente obligatoria para las grandes empresas; y que, en el origen de la innovación, se encuentra la información tecnológica, hoy extraordinariamente abundante y, en buena proporción, ubicada en las patentes de invención. Había consenso, además, sobre la fuerte correlación entre el nivel de desarrollo tecnológico de los países y la capacidad de sus estructuras productivas para acceder a la información y utilizarla libremente. Ahora bien, las patentes de invención contienen mayor información tecnológica de lo que generalmente se reconoce y tienen una estructura y presentación uniforme que obedece a un sistema único de clasificación, buena parte de la cual se encuentra en el dominio público, es decir, es de acceso gratuito, por lo que puede ser de gran utilidad para los países en vía de desarrollo. De otro lado, el buen manejo de la información contenida en las patentes puede evitar la duplicación en proyectos de investigación y desarrollo de productos y procesos.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Véase FLIT, I. y OSORIO, J. «El sistema andino de información tecnológica y sus perspectivas». En: SAIT. *Las patentes y las marcas en la producción y el comercio*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1987, pp. 115 y ss.; VEGA-CENTENO, Máximo. «Cambio técnico y empleo en la industria manufacturera peruana». En: *Población, empleo y tecnología*. Lima: s.e., 1986, pp. 33 y ss

<sup>100</sup> A este respecto existe una muy abundante bibliografía. Puede verse, entre otros, COARACY, G. R. «La documentación de patentes como fuente de información tecnológica». En: SAIT. *Propiedad Industrial*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1984, pp. 141 y ss; REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA. *Las patentes como fuente de información tecnológica*. Madrid: s.e., 1987; DO NASCIMENTO, M. *El uso de la información de patentes en la industria*; NOZAL, J. *Los documentos de patentes como vehículo de información tecnológica*; y ZEPEDA, J. «Las patentes como herramienta del progreso industrial». En: SAIT. *Las patentes y las*

No cabe duda que el SAIT creyó conveniente asumir esa tarea porque las oficinas nacionales de propiedad industrial no actuaron —ni actúan hoy— como correas de transmisión entre las políticas tecnológicas y el depósito de solicitudes de patentes de invención. Varias son las razones que pueden explicar lo así ocurrido: la pobre preparación de su personal, sus limitadísimos recursos, su condición de ente burocrático sin importancia para los partidos gobernantes y otras más. Sin embargo, ninguna de esas explicaciones tiene la contundencia de los hechos que acompaña a esta otra: las solicitudes de patentes en los países andinos siempre habían sido poco numerosas y muchas de carácter tecnológico adjetivo. No había, pues, mucho que almacenar ni, por tanto, divulgar.

El SAIT, que llegó a realizar estudios y propuestas de singular interés y posteriormente infrutilizadas,<sup>101</sup> desapareció en la década del 90. Se dice que por falta de presupuesto, con lo cual se da por terminada una etapa en la cual los órganos subregionales, la Comisión y la Junta debían liderar con las oficinas nacionales de propiedad industrial las políticas tecnológicas a través de las decisiones sobre propiedad industrial. Esta tarea se encuentra ahora fundamentalmente en manos de los gobiernos nacionales, que, por carencia en sus presupuestos y por las tendencias políticas imperantes, le prestan poca importancia y en algunas pocas empresas privadas.<sup>102</sup> Como se sabe, las empresas transnacionales y aquéllas ubicadas en los campos de tecnologías de punta realizan sus investigaciones y desarrollos fuera del territorio de la Subregión y con no poca ayuda de los gobiernos de los países poderosos que las cobijan.

#### 5.6. CONTROL DE LOS CONTRATOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA Y DE LICENCIA

Los derechos de propiedad industrial, como se sabe, pueden alcanzar un gran valor económico y ser cedidos o dados en licencia, esto es, usados o explotados directa o indirectamente por su titular. Los contratos de licencia pueden convertirse en un medio importante para la transmisión de tecnología y, por esta razón, algunos consideran que deben ser objeto de examen y aprobación, con el propósito de que las autoridades administrativas dispongan de información y verifiquen si cumplen con sus objetivos teóricos, tanto desde el punto de vista tecnológico como económico. Algunas legislaciones han, por ello, prohibido determinadas cláusulas, por considerarlas negativas para el libre comercio o para el

---

*marcas en la producción y el comercio.* Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1987; y FLIT, I. «Documentación de patentes y desarrollo tecnológico». En: SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO-SELA. *Nuevas políticas de Propiedad Intelectual.* Caracas: s.e., 1995, pp. 71 y ss

<sup>101</sup> A modo de ejemplo el «Estudio de la importación de tecnología en el sector farmacéutico subregional», noviembre 1985. Este trabajo constituye un interesante antecedente sobre un tema que continúa en debate a la fecha.

<sup>102</sup> Resulta de interés poner de relieve el énfasis que en la actualidad se da a la creación de organismos de competitividad e innovación, de objetivos similares a los que tuvo el SAIT. Véase KATZ, J. *Reformas estructurales...*, p. 199.

desarrollo del país donde se ubica la empresa receptora de tecnología o asesoría comercial.

Las políticas sobre adquisición y transferencia de tecnología tuvieron sus primeras expresiones, como hemos visto (*supra* 2.3. y 2.4.), en los textos del Acuerdo de Cartagena y en la Decisión 24, pero, para su cabal comprensión, debe analizárselas en el marco de la legislación relativa al tratamiento del capital extranjero. Según la Decisión 24, los contratos debían contener cláusulas que identificasen las modalidades de la transferencia, el valor de los elementos involucrados y la determinación del plazo de vigencia (art. 19°). De otro lado, los intangibles no podían computarse como aporte de capital y las contribuciones suministradas por una casa matriz a su filial no daban lugar al pago de regalías (art. 21°). Los gobiernos, por su lado, debían dar preferencia, en sus adquisiciones, a los productos que incorporaran tecnología de origen subregional (art. 24°). Finalmente, prohibió cláusulas tales como la obligación de adquirir de una fuente determinada bienes de capital o materias primas, el derecho a fijar los precios de venta por la empresa suministradora de tecnología, el uso de tecnologías competidoras, la obligación de pago por patentes no utilizadas, la prohibición o limitación de exportar productos elaborados al amparo de una marca licenciada, etc. (art.ºs 20° y 25°).

Los artículos antes citados constituyeron un original sistema de control con importantes repercusiones en el ámbito internacional.<sup>103</sup> Se reconoció que los países andinos habían marcado la pauta en esta materia y que las disposiciones de la Decisión 24 buscaban facilitar el acceso de la tecnología extranjera y, muy especialmente, evitar abusos que solían presentarse en los citados contratos. Se consideraba que después de una primera etapa, en la cual el interés había estado centrado en problemas fiscales como el referente a la forma de gravar los aportes de intangibles y las remesas por regalías, básicamente durante la década del 60, se había pasado a otra en la cual los países intervenían en la aprobación de los contratos y hacían uso de otros mecanismos de transferencia de tecnología con el objeto de evaluarla, reforzar el poder de negociación de las empresas na-

<sup>103</sup> La regulación de la Decisión 24 en esta materia tuvo señalado impacto en otras legislaciones, como la española, mexicana y argentina. Puede verse, entre muchos otros, VAITOS, C. *Comercialización de tecnología en el Pacto Andino*. Lima: Juanta del Acuerdo de Cartagena, 1973; BERCOVITZ, Alberto. «La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual». En: *Seminario sobre Adquisición de Tecnología Extranjera*. Bilbao: s.e., 1975; RANGEL MEDINA, D. «La nueva legislación sobre Propiedad Industrial en América Latina». *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, México DF, n.º 19, 1972; ALVAREZ SOBERANIS, J. *La regulación de las invenciones y marcas, y de la transferencia de tecnología*. México: Porrúa, 1979; y REMICHE, B. *Le role du système...* Sobre la evaluación técnica y económica de los contratos de transferencia de tecnología, de la contratación de servicios técnicos y de los aspectos jurídicos relevantes, pueden verse las exposiciones de Isaías Flit, Carlos Contreras, Carlos Correa y Alfonso Vidales en SAIT. *Primer Seminario Andino de Información sobre Transferencia de Tecnología*, Lima: s.e., 1983.

cionales o andinas y limitar los aspectos adversos de su desordenada y, hasta entonces, libérrima contratación.<sup>104</sup>

La aplicación de esas disposiciones de control en los países andinos fue dispar, pues solo se realizó consistente y temporalmente en Colombia y Perú.<sup>105</sup> Por este motivo, el objetivo perseguido se incumplió, al no convertirse en un arma de negociación conjunta; antes por el contrario, ello dio lugar a quejas y críticas justificadas, dado que en un país se exigía algo que no se hacía en el vecino, es decir, su aplicación difería en casos concretos. En segundo término, su no aplicación eficiente se interpretó como una virtual amenaza a las empresas productoras, que, en ciertos casos, hasta amenazaron con la paralización de sus actividades. En estas quejas había algo de cierto, pues, en una primera etapa, los contratos no se aprobaban con rapidez, hecho que era, en cierta medida, explicable, pues se había pasado de un régimen de libertad total a otro en el cual funcionarios estatales, muchas veces lejos de las urgencias y de los conocimientos del mundo empresarial, tenían que realizar un veloz aprendizaje en un proceso naturalmente dinámico. Lo anterior trajo como consecuencia que las partes «imaginaran vías complementarias», esto es, al margen o elusivas de la ley para cumplir con las exigencias de los vendedores de tecnología, que de esa forma —paradójicamente— reforzaron su posición negociadora. Más adelante, los países llegaron a la conclusión que esta regulación no era una herramienta conveniente. Y la realidad les dio la razón, aunque debe advertirse que el sistema ideado jamás se aplicó a cabalidad e integralmente. Quizás los países andinos no estaban en capacidad de emprender esta delicada tarea.

Este juicio adverso debe, sin embargo, ser matizado: la regulación sobre estos contratos sirvió, no cabe duda, para comprender su importancia, tanto en el plano económico como en el tecnológico y jurídico.<sup>106</sup> Muchos empresarios y ejecutivos, así como funcionarios estatales, se vieron en la obligación de estudiar y analizar detenidamente los contratos. Ello redundó, tampoco cabe dudas en este extremo, en una actitud más reflexiva y atenta sobre los alcances y función de los derechos de la propiedad industrial.

Por último, algunos de los estudios que se hicieron<sup>107</sup> revelaron información de gran interés para un proceso de industrialización. Desgraciadamente, esta in-

<sup>104</sup> Muchos creyeron que la disposición del régimen común contemplado en la Decisión 24, en lo que a importación de tecnología se refiere, aumentaba el poder de negociación de los países, podía bajar el costo de la tecnología y hasta fortalecer la renovación tecnológica local. Véase CZAR DE ZALDUENDO, Susana. *El régimen común andino...*

<sup>105</sup> La Disposición Transitoria E) de la Decisión 24 (1971) había ordenado que los contratos de importación de tecnología y de licencia vigentes debían registrarse para su examen, dentro de los seis meses siguientes. Como se aprecia, esta obligación fue anterior a la entrada en vigencia de la Decisión 85 en 1979.

<sup>106</sup> VEGA-CENTENO, Máximo. *Crecimiento, industrialización...*, pp. 38 y 266.

<sup>107</sup> ITINTEC. *Efecto del proceso de importación de tecnología en el Perú (período 1971-1974)*; GRUPO ANDINO. *Transferencia de tecnología de empresas extranjeras hacia el Grupo Andino*. Lima: s.e., 1979.



formación ha caído en el olvido. Actualmente, las regulaciones sobre los contratos de transferencia de tecnología y de licencia se encuentran en la Decisión 291 (*supra* 2.3.) y son similares pero menos completas que las que estuvieron consignadas en la Decisión 24. Se han convertido únicamente en una referencia, ya que los contratos no tienen que aprobarse por las autoridades, solo presentarse, y no hay límites para pactar los montos de regalías, entre otras cuestiones. Solo queda formalmente aplicable la prohibición en virtud de la cual el propietario de la tecnología o el titular de una marca desea impedir la exportación a otro país de los productos fabricados con aquella o identificados con esta. Pobrísimo fruto a tanto esfuerzo y tiempo invertido en una normativa que tuvo carácter emblemático en el Acuerdo de Cartagena.

## **6. EL IMPACTO INTERNO DE LAS DECISIONES EN LAS OFICINAS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EN LOS TRIBUNALES: EL CASO PERUANO**

Conocemos solo de forma aproximada el impacto jurídico que las decisiones han tenido en los países andinos. Es difícil poder juzgar, aun tentativamente, cuál ha sido su impacto preciso en la economía, la ciencia, el comercio y la tecnología. Se podría intentar hacerlo ingresando al terreno de la investigación empresarial y académica, del desarrollo y diseño de nuevos productos, de la protección efectiva contra las infracciones, de la conciencia ciudadana sobre la necesidad de proteger esos derechos y del reconocimiento en el extranjero de marcas notorias andinas y denominaciones de origen andinas, entre otros; pero no hay información precisa de todo ello.

Si bien no es todo lo amplio que sería deseable, consideramos que la manera más segura para intentar conocer el impacto de las decisiones es concentrándonos en las oficinas de propiedad industrial, ya que son una herramienta fundamental para la administración de los derechos y una valiosa fuente de información para la formulación de cualquier política a largo plazo. Las andinas, al momento de la puesta en vigencia de la Decisión 85, tenían un marcado desnivel que, en cierta forma, se ha mantenido: carente de múltiples recursos la de Bolivia, las de Colombia y el Perú eran relativamente las más avanzadas. En el terreno de la protección y fomento de la inventiva, el nivel general es, en algunos países, aún pobrísimo; en cuanto a los signos distintivos, todas se han modernizado considerablemente y conserva su liderazgo la oficina peruana, que existe desde hace más de dos décadas.

Aunque se carece de datos precisos, ha aumentado el número de causas que hoy se ventilan en los tribunales, comparativamente con las que se les sometían hace treinta años. Sin embargo, el número de procedimientos que, por oposiciones o infracciones, terminan en la vía administrativa sigue siendo abrumador en la Subregión y supera, sin duda, el 95% del total. El sistema judicial colombiano

parece ser el más destacado tanto cuantitativa como cualitativamente. Reflejo de ello es la frecuencia con que sus abogados solicitan y sus jueces aceptan acudir al Tribunal Andino en busca de interpretaciones prejudiciales.

La falta de información nos obliga a remitirnos a los datos que nos ofrece, principalmente, la oficina peruana y, secundariamente, la colombiana<sup>108</sup> con el fin de efectuar algunos comentarios de carácter —claro está— provisionales. A raíz de la creación del INDECOPI,<sup>109</sup> la oficina peruana consolidó sus avances, a lo que se sumó una mejor fundamentación jurídica de sus resoluciones, tanto en la primera instancia como de parte de su tribunal administrativo *ad-hoc*. Se convirtió, de este modo, en un modelo a nivel latinoamericano. Calidad moral y profesional de su personal y facilidades materiales —las oficinas de marcas son muy «rentables»— contribuyeron a ello. Así, pues, basaremos nuestros comentarios en cuadros estadísticos del INDECOPI.

Respecto a patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales, tenemos el número de solicitudes presentadas y de registros otorgados desde 1993 —año en el cual se encontraba aún en vigencia la Decisión 313— hasta la fecha.

**Solicitudes de patentes de invención, patentes de modelo de utilidad y diseños industriales presentadas  
(1993-2001)**

MODALIDAD	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Patente de invención	290	396	547	618	813	980	993	1078	977	6692
Modelo de utilidad	43	69	61	84	82	83	87	89	75	673
Diseño industrial	83	116	161	209	200	194	159	182	167	1471
Total	416	581	769	911	1095	1257	1239	1349	1219	7617

Como se puede apreciar, a partir de la entrada en vigencia de la Decisión 344 en 1994 y hasta el 2000, el número de las solicitudes de patentes de invención y de modelos de utilidad presentadas se fue incrementando constantemente; sin embargo, en el 2001, el número de patentes de invención se redujo ligeramente. Es probable que esta variación se deba a factores políticos, económicos y sociales ocurridos en el Perú y no a la puesta en vigencia de la actual Decisión 486.

<sup>108</sup> Obtenidos por gentileza del presidente de la Sala de Derechos Intelectuales del INDECOPI, doctor Luis Alonso García Muñoz-Najar.

<sup>109</sup> El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual sustituyó al ITINTEC. Fue creado por el Decreto Ley N.º 25868 de noviembre de 1992.

**Solicitudes de patentes de invención presentadas  
(1993-2001)**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Nacionales	30	28	24	52	50	38	49	40	35	346
Extranjeros	260	368	523	566	763	942	944	1038	942	6346
Total	290	396	547	618	813	980	993	1078	977	6692

Podemos apreciar que las solicitudes de patentes de invención son, en su inmensa mayoría, de origen extranjero —aproximadamente el 95%—, tendencia histórica que no ha sido modificada por los cambios ocurridos en las decisiones y que refleja —sin duda alguna— que el sistema de propiedad industrial escogido no ha dado frutos en la promoción de la inventiva local, sea porque el nivel exigido es muy alto o por la ausencia de políticas que fomenten la inventiva.

Lo contrario ocurre en el caso de las patentes de modelos de utilidad, conforme se desprende del cuadro siguiente:

**Solicitudes de patentes de modelo de utilidad presentadas  
(1993-2001)**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Nacionales	41	60	48	73	76	72	70	71	69	580
Extranjeros	2	9	13	11	6	11	17	18	6	93
Total	43	69	61	84	82	83	87	89	75	673

La estadística refuerza lo ya sabido por la experiencia en otros países: las patentes de modelo de utilidad son en su mayoría solicitadas por personas o compañías de origen nacional y llegan aproximadamente al 86%. Esta situación se debe probablemente al carácter incipiente de la industria nacional, que no se encuentra en capacidad de invertir importantes sumas de dinero en investigación y de lograr inventos que cumplan con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, exigidos en la normativa vigente. Así, resulta lógico que la mayoría de solicitudes de patentes de invención correspondan a importantes empresas transnacionales o corporaciones extranjeras que invierten ingentes cantidades de dinero en recursos humanos y en el desarrollo de nuevos inventos. Como sabemos, ello no ocurre con los modelos de utilidad, en los que los requisitos exigidos son menos rigurosos y se requiere una inversión mucho menor.

**Solicitudes de diseños industriales presentadas  
(1993-2001)**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Nacionales	49	82	93	113	109	76	73	91	96	782
Extranjeros	34	34	68	96	91	118	86	91	71	689
Total	83	116	161	209	200	194	159	182	167	1471

En el caso de los diseños industriales, prácticamente no existe diferencia entre las solicitudes de nacionales y extranjeros, aunque en los últimos años estas últimas tienden ligeramente a disminuir.

Consideremos ahora los registros de patentes de invención, patentes de modelo de utilidad y los diseños industriales otorgados en los últimos años, así como el número que pertenecen a nacionales y extranjeros.

**Patentes de invención, patentes de modelo de utilidad y  
diseños industriales otorgados  
(1993-2001)**

Modalidad	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Patente de invención	114	236	276	181	180	138	271	308	537	2241
Modelo de utilidad	5	15	17	20	36	19	24	43	40	219
Diseño industrial	22	24	65	60	237	87	240	159	224	1018
Total	141	275	358	261	353	244	535	510	801	3478

**Patentes de invención otorgadas  
(1993-2001)**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Nacionales	10	15	9	7	7	6	5	9	14	82
Extranjeros	104	221	267	174	173	132	266	299	523	2159
Total	114	236	276	181	180	138	271	308	537	2241

**Patentes de modelo de utilidad otorgadas  
(1993-2001)**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Nacionales	10	15	9	7	7	6	5	9	14	82
Extranjeros	104	221	267	174	173	132	266	299	523	2159
Total	114	236	276	181	180	138	271	308	537	2241

**Diseños industriales otorgados  
(1993-2001)**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
Nacionales	12	14	23	36	64	34	76	54	93	406
Extranjeros	10	10	42	24	73	53	164	105	131	612
Total	22	24	65	60	137	87	240	159	224	1018

En lo que se refiere a las solicitudes de patentes de invención otorgadas se comprueba el abrumador porcentaje de origen extranjero, quedando así, en evidencia, el carácter de mero «depositario» que cumple la Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI. El otorgamiento de 82 títulos de patente a nacionales en ocho años es irrisorio y pone de manifiesto lo costoso —más que en dinero en horas dedicadas a su funcionamiento y normativa— que es para países pobres como los andinos mantener oficinas de patentes, más aún cuando no cumplen con su esencial misión divulgadora y, en consecuencia, no se han convertido en el eslabón necesario para ayudar a imaginar un sistema alternativo de protección afincado en nuestra realidad. Los cambios legislativos —de la restrictiva Decisión 85 a la estandarizada 486— no modifican esta conclusión. Las cifras de patentes de invención, de modelos y de diseños son sencillamente famélicas y parecen provenir de mundos abandonados por la modernidad.<sup>110</sup>

<sup>110</sup> Oswaldo de Rivero ha puesto de manifiesto esta grave situación e indicado que «los países en desarrollo como el Perú, que en los últimos 20 años no habían incrementado el contenido tecnológico de sus exportaciones ni habían desarrollado servicios internacionales competitivos, ni inventado nada, quedaron casi marginados de esa gran negociación mundial de la modernidad» (Ronda Uruguay). DE RIVERO, Oswaldo. *El mito del desarrollo*. Lima: Mosca Azul Editores, 1998, p. 13.

En relación con las cifras latinoamericanas, que no divergen en mucho a las aquí consignadas, decía Enrique SÁENZ en 1988: «De las anteriores cifras se puede colegir que el sistema internacional de patentes en muy poco ha servido para proteger intereses nacionales de los países en desarrollo. Así, en el caso de los países latinoamericanos resulta claro que la inmensa mayoría de las patentes otorgadas resguardan intereses foráneos, muchos de ellos contradictorios con los objetivos nacionales de desarrollo. Frente a esta situación, cabe preguntarse si tiene sentido afianzar un sistema de protección internacional que casi exclusivamente ha operado para la protección de inventores extranjeros. Mas aun si consideramos que la etapa del inventor individual en los países desarrollados ha sido prácticamente superada, debido a que la complejidad científica y la magnitud de las inversiones han llevado a que sean las grandes empresas —transnacionales principalmente— y los grandes centros de investigación, los únicos habilitados realmente para generar innovaciones de impacto y convertirse en titulares del derecho de patente» (SAENZ, Enrique. *Las patentes...*, p. 6). Por cierto, esta situación se ha acentuado durante la última década. Durante 1999, la Oficina de Patentes y Marcas de los EE.UU. han concedido más de 168 000 patentes, más del doble que en 1980. Los beneficios obtenidos por contratos de licencia superan los US\$ 100 000 millones en la industria de ese país. Las universidades norteamericanas obtuvieron, en 1967, 2645 patentes, habiendo en el mercado más de mil productos desarrollados con licencia de las universidades. Este hecho representa para la economía norteamericana 250 000 puestos de trabajo y US\$ 30 000 millones. JORDA, K. «Derechos de Propiedad Intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia». En: *Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina de Naciones*. Medellín: s.e., 2001, p. 139.

A fin de complementar nuestro análisis, resulta interesante analizar cuál es la situación existente en Colombia:

AÑO	PATENTES DE INVENCION PRESENTADAS			CONCEDIDAS		
	RESIDENTES	NO RESIDENTES	TOTAL	RESIDENTES	NO RESIDENTES	TOTAL
1991	85	527	612	35	390	425
1992	120	575	695	35	213	248
1993	138	769	907	56	227	280
1994	124	867	991	95	595	690
1995	141	1093	1234	87	278	365
1996	87	1172	1259	44	326	370
1997	80	1497	1577	58	447	505
1998	161	1670	1831	59	417	476
1999	68	1615	1683	20	570	590
2000	75	1694	1769	21	574	595
2001	31	462	493	13	350	363
	<b>1110</b>	<b>11 941</b>	<b>13 051</b>	<b>520</b>	<b>4387</b>	<b>4907</b>

Como puede observarse, la cantidad de solicitudes y de registros otorgados sobre patentes de invención es algo más numerosa que en el caso peruano, pero ha seguido un comportamiento similar, mostrando una tendencia a incrementarse. Ello se debe, probablemente, al mayor desarrollo industrial de Colombia y a un mercado interno más grande y vigoroso. También, de manera similar a lo que ocurre en el caso peruano, es posible observar que la mayor parte de esos registros son de origen extranjero, aproximadamente el 92%. Resulta importante hacer notar que, durante el 2001, hubo un descenso en el número de solicitudes presentadas, aparentemente debido a la entrada en vigencia del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) en dicho país.

Ahora, resulta pertinente considerar la información concerniente a la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI.

**Solicitudes de registro presentadas  
(1993-2002)**

Modalidad	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002*	TOTAL
Nacionales	7059	9162	9351	10 764	10 252	8822	8262	8509	7322	5761	85 264
Extranjeras	4171	5382	7071	7730	7724	7559	7070	8050	6990	4153	65 900
Total	11 230	14 544	16 422	18 494	17 976	16 381	15 332	16 559	14 312	9914	151 164

\* Información al 31 de agosto

**Solicitudes de registro otorgadas  
(1993-2002)**

Modalidad	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002*	TOTAL
Nacionales	-	-	7952	8098	8242	6899	6277	6082	6167	3992	53 709
Extranjeras	-	-	6054	6635	6874	6365	6193	6642	7091	3694	49 548
Total	6760	10 456	14 006	14 733	15 116	13 264	12 470	12 724	13 258	7686	120 473

\* Información al 31 de agosto

De esta información se desprende que tanto para el caso de solicitudes de registro como para los títulos otorgados existe una mayor cantidad de registros y/o solicitudes de origen nacional, aunque la diferencia con las de origen extranjero es pequeña. En el ámbito de las marcas, no ocurre lo señalado para las patentes, pues, por razones de costo y por la propia realidad comercial el número de nacionales que puede y necesita obtener protección jurídica es mucho mayor.

Por otro lado, es posible observar que, en los últimos años (1998-2002), el número de registros otorgados y solicitados ha disminuido en relación con los existentes en 1997. Creemos, al igual que en el caso de patentes, que esta situación se debe principalmente a factores económicos, políticos y sociales de carácter interno, y no a las variaciones existentes en la normativa comunitaria.

Veamos, a continuación, las siguientes cifras de la oficina colombiana en lo que a marcas se refiere:

AÑO	MARCAS PRESENTADAS			MARCAS CONCEDIDAS		
	RESIDENTES	NO RESIDENTES	TOTAL	RESIDENTES	NO RESIDENTES	TOTAL
1997	7083	7554	14 637	6377	6568	12 945
1998	6439	6941	13 380	4537	5407	9944
1999	5899	6891	12 790	5062	5623	10 685
2000	6977	8604	15 581	5064	5615	10 679
2001	7265	7096	14 361	6762	7803	14 565
	<b>33 663</b>	<b>37 086</b>	<b>70 749</b>	<b>27 802</b>	<b>31 016</b>	<b>58 818</b>

La situación es distinta a lo que ocurre en el caso peruano: no solo el número total es algo inferior, sino que existe un mayor número de registros y de solicitudes de origen extranjero que de origen nacional. Consideramos que esta particularidad puede tener como una de sus causas el hecho de que Colombia, así como Venezuela, constituyen los centros principales en los que se han establecido las filiales y sucursales de algunas de las más importantes empresas transnacionales que tienen por objetivo abastecer a los mercados andinos.

Podemos concluir en el sentido de que las constantes variaciones de la normativa andina no parecen haber cambiado las tendencias históricas ni afectado considerablemente el número de solicitudes presentadas y/o de registros otorgados por las oficinas de propiedad industrial del Perú y Colombia. Las variaciones numéricas parecen más bien responder a un conjunto de factores externos como la adhesión de los países a determinados convenios internacionales.

## 7. FICCIONANDO: EL FUTURO QUE VENDRÁ

Después de la entrada en vigencia del ADPIC, se han acentuado las críticas a la forma en que se ha llevado adelante la globalización de los mercados, así como a las posiciones neoliberales y a la hegemonía indiscutida de los grandes países capitalistas. Se trata de posiciones enfrentadas que tienen también manifestación en el ámbito de la propiedad industrial. Así como al final del siglo XX se realizó un esfuerzo considerable de homogenización legislativa y las diferencias planteadas se resolvieron dentro de un marco teórico proveniente de los países más desarrollados, ahora surgen propuestas que tienen cauces y direcciones distintas: unas provenientes de los mismos países desarrollados que presionan para incrementar y diversificar la protección jurídica, como consecuencia del desarrollo de nuevas tecnologías; y otras dirigidas a cuestionar el actual sistema de patentes, con la intención de dar protección adecuada a conocimientos solo de impacto local o regional, o vinculados a la biodiversidad y el medio ambiente, y cuyo énfasis se encuentra en los llamados intereses públicos. Se trata de un vastísimo campo de batalla que abarca prácticamente toda la investigación en curso y los conocimientos de frontera en el ámbito de la ciencia, la tecnología, los conocimientos tradicionales y las nuevas creaciones artísticas. A continuación enunciaremos sólo aquellos puntos en los que creemos ya se ha iniciado una discusión teórica importante, hecho que probablemente traerá propuestas novedosas en el ámbito jurídico, sea para incrementar o diversificar los actuales niveles de protección o para liberar los conocimientos. Estos puntos estarán presentes, de una u otra forma, en los debates sobre la propiedad industrial en los próximos lustros.

7.1. En el ámbito de las patentes de invención, se discutirá, muy probablemente y en primer término, acerca de la permanencia de las disposiciones que prohíben las *patentes de segundo uso*, como ocurre con el art. 21° de la Decisión 486. En este tema, las grandes compañías farmacéuticas ya han manifestado públicamente su discrepancia, hecho que ha dado lugar, incluso, a una acción de incumplimiento por parte del Gobierno del Perú.<sup>111</sup> Sin embargo, frente a esta presión

---

<sup>111</sup> Por Resolución del TAJ de fecha 28 de setiembre del 2001 se declaró el incumplimiento por haber otorgado patente de segundo uso, en contra de lo dispuesto en la Decisión 486, al producto Sildenafil (Viagra) de la firma Pfizer. Una posición a favor de la protección de la patente de se-



—que significa un incremento en el nivel actual de protección—, se alzaría incrementada otra que exija *excluir de protección* a determinados productos farmacéuticos que se consideren fundamentales para la salud —como los relativos a la curación del SIDA—, sea mediante una lista proporcionada por la Organización Mundial de la Salud o de otra que surja de políticas agresivas para el *uso de genéricos*.<sup>112</sup> Este hecho, por cierto, ya ocurre en proporciones importantes incluso dentro de los propios países desarrollados.

7.2. Las empresas transnacionales más importantes lucharán, como en la práctica ya lo hacen, para que la información que exigen las oficinas estatales encargadas de dar autorización para la comercialización de productos farmacéuticos y de agroquímicos *sea considerada secreta* y, en consecuencia, prohibir su divulgación o exigir que la ley disponga plazos mínimos para su acceso por terceros, incluso cuando se trate de medicamentos genéricos.<sup>113</sup> Estas presiones podrían llevar a una temprana modificación del artículo 266° de la Decisión 486 y también de las legislaciones nacionales.

7.3. Asunto de inmensa importancia futura es el de las relaciones entre los derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores y el *acceso a los recursos genéticos*. En virtud de la Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV) y de la Decisión 345 se protege a las *nuevas obtenciones vegetales*, pero existen, internacionalmente, otros sistemas de protección, pues en esta materia no existe todavía una total homogeneización legislativa. Dada la importancia científica y económica de los nuevos inventos y conocimientos en esas áreas es que surge un conjunto de asuntos que, anteriormente, la legislación no había tenido en cuenta. A ello se suma el Convenio sobre Biodiversidad Biológica (CDB), que entró en vigencia en 1993 y que no han ratificado algunos países importantes. Este adoptó una posición *sui generis* al vincular temas novedosos como los referidos al medio ambiente con los derechos de propiedad intelectual y la transferencia tecnológica. Reconoció implícitamente, además, la necesidad

---

gundo uso puede verse en OTAMENDI, J. «La patente de segundo uso». En: *Propiedad Intelectual*. Guatemala: s.e., 2000, pp. 467 y ss.

<sup>112</sup> En la Conferencia de Doha (noviembre, 2001), convocada por la OMC, en la denominada «Declaración de Salud Pública», se reafirmó el derecho de los países pobres a producir medicamentos genéricos en caso de crisis sanitaria. Una muestra de ese apasionado debate se puede apreciar en las afirmaciones de Susan George al respecto: «si el marco del ADPIC permanece intacto, los países miembros están explícitamente autorizados a tomar medidas para proteger su salud pública. Por consiguiente, los observadores consideran que «sería políticamente un suicidio a partir de ahora el denunciar ante la OMC a un país en vías de desarrollo por la violación de una patente de la industria farmacéutica». GEORGE, Susan. *Op. cit.*, pp. 89 y 101. Sobre el tema relacionado de la protección jurídica de los resultados de las investigaciones clínicas, véase ROZANSKI, F. en *ASIFI, Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 9, 2001.

<sup>113</sup> ROZANSKI, F. «Controversias en torno del nuevo régimen de patentes de invención y de la ley de protección a la información confidencial». *ASIFI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 8, 1999, p. 16.

de remunerar a las tecnologías tradicionales de los pueblos indígenas, estableciendo un nuevo marco internacional sobre el acceso a los recursos genéticos.

En consecuencia, los temas de la conservación de la biodiversidad biológica, el acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios derivados de su utilización, así como el reconocimiento del valor de los *conocimientos tradicionales* por comunidades indígenas, especialmente en relación con la *conservación y el uso sostenible de la biodiversidad biológica*, son materias que pueden colisionar con la protección internacional del sistema de patentes, creando una tensión que es difícil resolver, más aún cuando durante siglos el acceso al material biológico fue totalmente libre y se reconoció como patrimonio común de la humanidad.

La CAN tiene una posición que se expresa en la Decisión 391, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Algunos de los países andinos tienen en esta área, llamada también *petróleo verde*, una gran riqueza. En efecto, sus territorios son especialmente provocativos para la bioprospección y, además, sus poblaciones indígenas cuentan con conocimientos tradicionales que pueden ser importantes para la investigación. Es probable que se presenten tensiones entre los citados países y las empresas multinacionales, ya que estas pueden desarrollar productos con materia proveniente de extracciones originarias de países pobres, como los andinos, que logran más tarde alto valor comercial. Algunos consideran, además, que estos desarrollos podrían afectar negativamente la dieta alimenticia y los modos tradicionales de tratamiento terapéutico, utilizados mayoritariamente por la población mundial. Se trata —creemos— de un tema sobre el cual las discusiones serán muy vivaces y agresivas durante los próximos años.<sup>114</sup>

7.4. Tradicionalmente, los resultados de la *investigación científica* han sido protegidos en su manifestación literaria a través de los derechos de autor, que han convertido su contenido esencial en un bien de acceso público. Esta posición se encuentra profundamente arraigada en el mundo académico, en el cual general-

<sup>114</sup> Véase, entre otros, UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Knowledge, innovations and practice of indigenous and local communities: implementation of article 8 (j)*, 1996; y *The Convention on Biological Diversity and the agreement on trade-related intellectual property rights (TRIP's): Relationships and Synergies*, 1996; SINGH, G. *Trips and biodiversity*. Malaysia: s.e., 1996; y *In defense of local community knowledge and biodiversity*, Malaysia: s.e., 1996; BERCOVITZ, Alberto. *Acceso y alcance de la protección legal de las invenciones biotecnológicas*; AREAN L., M. *La nueva propuesta directiva europea sobre invenciones biotecnológicas*; y SALAZAR, S. «Propiedad intelectual y acceso a la diversidad biológica». En: *Los retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI*. Lima: s.e., 1996; ASTUDILLO G., F. «Derechos de Propiedad Intelectual en las Comunidades Indígenas sobre los conocimientos tradicionales asociados a los Recursos Biológicos». En: *Propiedad Intelectual*. Guatemala: s.e., 2000; SHIVA, V. *Biopiratería*. Barcelona: s.e., 1997; RAPELA, M. A. *Derechos de Propiedad Intelectual en vegetales superiores*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000; RUIZ, M. *Protección sui generis de conocimientos indígenas en la Amazonía*. Lima: SPDA, 2000; y *Revista Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Número dedicado a «Biotecnología y Derecho», Buenos Aires, n.º 2, 1997.

mente los honores y recompensas de tipo moral han tenido una importancia mayor que la retribución económica. A ello se suma la circunstancia de que una parte sustantiva de esa investigación se realiza con fondos públicos. Sin embargo, la diferencia tradicional entre los resultados de la investigación científica y de la tecnología —esta última protegida por patentes de invención— es ahora poco clara, especialmente en el área de los medicamentos. Así, por ejemplo, la reciente carrera entre entidades públicas y privadas en el desarrollo del *genoma humano* y las consecuencias del descubrimiento y utilización del ADN han dado lugar a muy fuertes presiones para lograr protección a través del sistema de patentes de lo que usualmente se hubiera considerado investigación científica o básica. Las implicancias científicas y tecnológicas de las opciones a favor de una mayor o menor protección jurídica son inmensas y de por medio hay significativas valoraciones éticas.<sup>115</sup>

7.5. Existe una corriente de opinión cada vez más numerosa, y ella es de especial aplicación a los países andinos, que considera que *el actual sistema de patentes no es eficaz para proteger inventos que puedan tener importancia en los países individualmente considerados o en aquellas regiones que no tienen desarrollos de alto nivel científico o tecnológico*. Esta posición parte del supuesto de que el actual sistema debe conservarse para invenciones que supongan un desarrollo extraordinario y que evoluciona en el sentido de hacer más efectivos sus servicios para aquellos que cuentan con una base tecnológica avanzada. Y como no existen disposiciones internacionales que se opongan a proteger pequeñas invenciones, debe diseñarse un sistema *ad-hoc* para ellas, sea a través de modelos de utilidad, patentes de segunda categoría (*petty patents*), certificados de utilidad (*certificat d'utilité*), patentes de corta duración (*short-term patents*), u otros que, con independencia del *nomen iuris* utilizado, permita conceder títulos de una manera más sencilla, rápida y económica que las patentes ordinarias.<sup>116</sup>

7.6. Como ya ha ocurrido en el caso de Colombia y Ecuador, que desde el 2001 forman parte del *Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT)*, es probable que los otros países andinos, si bien no propiamente el propio Acuerdo de Cartagena, se inclinen a suscribir ese tratado, destinado a racionalizar la presentación de solicitudes, así como la búsqueda, examen y divulgación contenida en ellas. Si bien el PCT no concede «patentes internacionales», pues ellas siguen siendo competencia de las oficinas nacionales en las que se solicita la protección,

<sup>115</sup> Véase: IGLESIAS P., J.L. *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*. Madrid: Civitas, 1995; EISENBERG, R. y NELSON, R. *Public vs. Proprietary Science*, y ANGELL, M. y A. RELMAN. «Patents, profits & American medicine». *Daedalus*. Washington D.C., Spring, 2000; y ROMERO, C. (ed.). *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*. Granada: s.e., 1998, p. 81.

<sup>116</sup> Dentro de esta posición puede quizás insertarse el esfuerzo frustrado de la SECRETARÍA PERMANENTE DEL SISTEMA ECONOMICO LATINOAMERICANO - SELA. *Propiedad Intelectual en los países de América Latina y el Caribe*. Caracas: s.e., 1992.

su objetivo es hacer más eficaz y económico el proceso de protección. El PCT presenta ventajas en esta era de globalización, como se ha puesto de manifiesto en diversos estudios, y forma parte de la tendencia a la internacionalización en la protección de la propiedad industrial. Ahora bien, resultan discutibles las ventajas que pueden obtener países tecnológicamente atrasados como los andinos —que, por las cifras citadas de Colombia (*supra* 6), demostrarían una disminución importante en el número de solicitudes presentadas a su oficina nacional—; sin embargo, se considera al PCT como un paso intermedio hacia la protección regional o mundial, que trataremos más adelante.<sup>117</sup>

7.7. Es probable que se incremente la presión para que los países latinoamericanos sean parte del denominado Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas; más aún ahora, cuando los Estados Unidos de Norteamérica han decidido formar parte del mismo. Este hecho debe también apreciarse como un paso hacia la internacionalización de la protección, en este caso con claro perjuicio de los agentes de propiedad industrial locales y, en menor medida, de los titulares nacionales de marcas.<sup>118</sup>

Asunto vinculado es el referente a una protección especial y reforzada de la *marca notoriamente conocida o de la marca renombrada*<sup>119</sup> más allá del principio de especialidad, posición defendida por las grandes empresas transnacionales y que pone de relieve, o implica, el reconocimiento de lo que se ha venido a llamar «la función comunicativa de la marca».<sup>120</sup>

7.8. Las modificaciones introducidas en la definición de los signos que pueden ser objeto de registro introducidos por la Decisión 486 permiten el registro de *marcas sonoras y olfativas*, y responden a una presión que se origina en los países más avanzados con el objeto de ampliar la protección a signos tradicionalmente excluidos, pero que las nuevas tecnologías, la publicidad y las demandas de un mercado, cada vez más inclinado al consumo suntuario, hacen posible. Al no haber ya inconveniente desde el punto de vista jurídico para el registro de estos nuevos signos distintivos es probable que el debate se traslade, como ya ha sido puesto de manifiesto,<sup>121</sup> hacia el uso y protección de los mismos, y examine

<sup>117</sup> Sobre este Tratado hay una numerosa bibliografía. Puede verse OMPI. *El PCT y su importancia en América Latina y el Caribe*. Caracas: SELA, 1992; y «El PCT: perspectivas para los países de América Latina». En: INDECOPI/OMPI. *Los retos de la propiedad industrial en el siglo XXI*. Lima: s.e., 1996; FERNÁNDEZ, W. «El PCT. Su posible modificación: certificado de patentabilidad y patente mundial». *ASIFI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 9, 2001; y KRESALJA, Baldo. *El sistema de patentes...*

<sup>118</sup> Véase BOTANA A., M. *La protección de las marcas internacionales*. Madrid: s.e., 1994.

<sup>119</sup> MONTEAGUDO, M. *La protección de la marca renombrada*. Madrid: s.e., 1995.

<sup>120</sup> Véase PACÓN, Ana María. «Los derechos sobre los signos distintivos y su importancia en una economía globalizada». En: *Propiedad Intelectual*. Guatemala: s.e., 2000, p. 189.

<sup>121</sup> Véase KRESALJA, Baldo. «La registrabilidad de marcas auditivas, olfativas y constituidas por color único en la Decisión 486 de la CAN». *Themis*, Lima, n.º 47, 2001.

si los medios que proveen las legislaciones actuales son los adecuados o si se deberían usar la vía de la competencia desleal para proteger a los consumidores frente a posibles confusiones. En esta materia —no cabe duda— será determinante la forma en que se desarrolle el mercado en los países capitalistas más avanzados, así como las interpretaciones de sus tribunales.

7.9. Los art.ºs 54º y 158º de la Decisión 486 reconocen el *agotamiento del derecho* de los titulares de patentes y marcas, respectivamente, cuando se trate de la importación o distribución paralela, que es la que realizan los comerciantes no expresamente autorizados por el titular de los derechos y no integrados en las redes oficiales de distribución, pero que han sido adquiridos legítimamente en mercados a los que peyorativamente se les denomina «grises». <sup>122</sup> Como es fácil de comprender, existe una fuerte presión por parte de determinados grupos vinculados a los titulares de los derechos para que las legislaciones incluyan, dentro del característico *ius prohibendi*, la facultad para impedir todo acto comercial posterior que no haya sido autorizado expresamente. Obviamente, una interpretación de esta naturaleza significaría una importante interferencia en el tráfico comercial. Esta materia está ausente en las disposiciones del ADPIC, y eso otorga al legislador andino o nacional plena libertad para tratar el tema, pues no existe consenso sobre el mismo. Por este motivo, es una materia sujeta a discusión y de la que ya han surgido propuestas de soluciones intermedias. <sup>123</sup> De otro lado, el desarrollo del denominado *e-commerce* va a significar muy probablemente un incremento considerable de los mercados «grises».

7.10. Como sabemos, *el extraordinario desarrollo de la internet y la multimedia* ha significado que, al interior de estos sistemas, se vayan paulatinamente creando signos distintivos que han entrado en colisión con los nombres y las marcas registradas: se trata de los *nombres de dominio*. Los problemas que ya se han presentado, y cuya intensidad es probable que aumente en el futuro próximo, están relacionados básicamente con su posible registrabilidad y examen previo (¿regirán los requisitos de novedad relativa y originalidad, por ejemplo?), y con la apropiación indebida de signos distintivos o marcas ya registradas por parte de los usuarios del sistema que, sin contar con la debida autorización, los utilizan al interior de sus mensajes con discutible legalidad o, propiamente, como nombres de dominio. <sup>124</sup>

<sup>122</sup> Véase MASSAGUER, J. *Los efectos de la patente en el comercio internacional*. Barcelona: Bosch, 1989 y «El agotamiento del derecho de marcas y las importaciones paralelas». *Temas de Derecho Industrial y la Competencia*, Buenos Aires, n.º 5, 2001; DE LOS HERAS, T. *El Agotamiento del Derecho de Marca*. Madrid: Montecorvo, 1994; KRESALJA, Baldo. *El sistema de patentes después del ADPIC...*; y BATTIOLI, E. «Agotamiento de derechos de propiedad intelectual e importaciones paralelas». *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n.º 13, 1991.

<sup>123</sup> REMICHE, B. y H. DESTERBECQ. «Las patentes farmacéuticas en los Acuerdos del GATT». En: *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Buenos Aires: s.e., 1997.

<sup>124</sup> MERCURIALI, C. *El desafío de las marcas en Internet*; ECHEVARRÍA, A. «Uso de marcas y nombres de dominio». *ASIFI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 9, 2001; MASSAGUER, J. «Conflictos de

Dichos usos están relacionados, en ocasiones, con la posibilidad de aprovechar del buen nombre o del prestigio de determinadas marcas o nombres de empresas existentes en el mercado; o, en su defecto, con el de obtener el pago de exorbitantes sumas de dinero —por parte de los legítimos titulares— por la adquisición de los nombres de dominio registrados con mala fe.

No cabe duda de que el empleo de normas nacionales para tratar de solucionar problemas como los citados, o similares, no va a ser suficiente. Por esta razón, será necesario diseñar un nuevo sistema a nivel internacional, que tenga presente el interés de las partes involucradas, así como a los consumidores, quienes se van a ver sometidos a un alto riesgo de confusión, no sólo sobre los productos o servicios en cuestión sino, además, sobre el origen empresarial de los mismos. En este sentido, la posición de los consumidores se hace más crítica si se considera la dificultad, tanto técnica como legal, que tendrán las personas afectadas para demandar el cumplimiento y la protección de sus derechos legítimos, cuando se trate de operaciones comerciales fraudulentas realizadas en Internet. Como se puede apreciar, los problemas que acarrea el uso de los nombres de dominio en Internet resultan una cuestión compleja cuya solución definitiva no se vislumbra aún, pero cualquiera que sea la que finalmente se adopte tendrá clara influencia en la legislación sobre la propiedad industrial.

7.11. Como se sabe, bajo la presión de los Estados Unidos se viene discutiendo, con intensidad variable, el futuro marco jurídico del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que en la práctica podría significar la superación cualitativa de los actuales procesos de integración de América Latina (el MERCOSUR o el propio Acuerdo de Cartagena).<sup>125</sup> De un lado, el extraordinario poderío tecnológico y comercial de los Estados Unidos le otorga un liderazgo indiscutido que lo convierte un líder natural en estas materias. De otro lado, la angustia económica de los países latinoamericanos es tan acentuada que ven, en el ALCA, la posibilidad de acceder al mercado norteamericano para obtener beneficios que de otra manera serían imposibles de lograr. Dentro de las discusiones que se llevan a cabo para lograr un marco jurídico común, los temas de la propiedad industrial también están presentes, y es una conclusión lógica y anunciada que los Estados Unidos podrán obtener disposiciones mucho más favorables a sus intereses de las que pueden obtener, por ejemplo, en una decisión andina. Es probable, por tanto, que, vía la negociación del ALCA, puedan incluirse disposiciones mucho más amplias y favorables a los intereses de los titulares de los derechos

---

marcas en Internet». *Themis*, Lima, n.º 39, 1999; y BARDALES, E. «Conflicto entre los nombres de dominio en Internet y los derechos sobre marcas». *Derecho y Sociedad*, Lima, n.º 13, 1998.

<sup>125</sup> Para este análisis resulta de la mayor importancia conocer la forma como se celebró y como evolucionará el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), celebrado en 1991 entre los Estados Unidos, Canadá y México, en especial en lo referente a sus normas sobre la propiedad industrial. Véase KRESALJA, Baldo. *El sistema de patentes después del ADPIC...*

<sup>126</sup> Sobre el futuro rol de las oficinas nacionales, véase PRAT, Agustín. *Op. cit.*, p. 32.

que las propias del ADPIC. De este modo, el ALCA se convierte en una vía indirecta para hacer que, a mediano plazo, queden obsoletas las decisiones andinas sobre propiedad industrial. Por cierto, y sin perjuicio de lo dicho, los Estados Unidos podrán seguir utilizando la vía bilateral y el atractivo de su mercado interno para presionar a los países en aquellas materias que considere no satisfacen sus intereses nacionales o los de sus empresas emblemáticas.

7.12. Los costos en tiempo y dinero que a la fecha representan el registro de los diversos elementos de la propiedad industrial en cada país y el propio desarrollo tecnológico, especialmente en el campo de la informática, hacen inevitable que se produzca *un cambio en las oficinas nacionales* encargadas de los asuntos de propiedad industrial.<sup>126</sup> Así, de un lado y como ya ocurre en la Unión Europea, se encuentra presente una tendencia para que *oficinas subregionales o continentales* asuman muchas de las actuales funciones de las oficinas nacionales. Estas últimas, de otro lado, deberán también cambiar sus objetivos y dedicarse fundamentalmente, en países del nivel de desarrollo de los andinos, a las tareas de proteger la inventiva de menor nivel, divulgar información y proteger a los consumidores.

Por tanto, el antiguo proyecto de la oficina subregional podría volver a tener presencia en las discusiones de los países andinos en un plazo relativamente breve. Y en esos debates estarán presentes también aquellas tendencias que buscan una protección mundial para los inventos de significativa importancia y para las marcas renombradas y notorias. Como es obvio, si ello se hace realidad, las legislaciones regionales o nacionales tendrán un contenido distinto al actual, pues es probable que se diseñen sistemas de protección a la inventiva y a los signos distintivos de diferentes niveles, esto es, con distintas exigencias, plazos y costos. La evolución ocurrida hasta la fecha en las decisiones andinas podría verse entonces como un proceso paulatino pero sostenido hacia una legislación internacional y homogénea, con lo cual se cumpliría, por los caminos siempre imprevisibles de la historia, los ideales que promovieron los promotores y fundadores del Convenio de la Unión de París en el siglo XIX, pero en un marco económico y tecnológico que privilegia la concentración del poder, por definición y experiencia divorciada de las ideas democráticas.

## **8. REFLEXIÓN FINAL ¿CON OLOR A VELORIO?**

Los países que conforman el Acuerdo de Cartagena se han visto obligados a cambiar o abandonar algunos objetivos iniciales y a modificar algunos de los compromisos y plazos que habían asumido. La realidad indica que algunos no

---

<sup>127</sup> Para la ausencia en el Perú de una estrategia de desarrollo sostenible que logre elevar el bienestar

han podido lograrse y que muchos sólo han sido cumplidos de manera parcial. No es este el lugar para explicar las complejas causas de ello, pero no cabe duda de que la realidad política, económica y social de esos países, así como los extraordinarios cambios ocurridos en el ámbito internacional —tanto en lo cultural como en lo político, económico y militar— han sobrepasado, en mucho, la propuesta inicial y quizás ingenua de sus representantes, que al idear el Acuerdo de Cartagena se impusieron logros y metas que hoy parecen inalcanzables. Se ha mantenido vivo en unas cada vez más raleadas minorías ilustradas —y ello hay que resaltarlo— el ideal de la integración y la convicción de que es mucho más adecuado —desde varios puntos de vista— afrontar unidos los retos del futuro.

Como ya lo hemos puesto de manifiesto en varias ocasiones, creemos que las opciones legislativas adoptadas sucesivamente en las decisiones andinas sobre propiedad industrial son, principalmente, fruto de fuerzas exógenas, más que de las originadas al interior de los países. Ello expresa, en cierta medida, la falta de un rumbo claro en lo económico;<sup>127</sup> la pobreza de su clase política; la ausencia de un modelo republicano y de una agresiva política cultural; y revela la imposibilidad de superar una cierta condición de coloniaje, pues nuestras repúblicas no han podido superar el hecho brutal de ser muchos ya los siglos en que tanto los diagnósticos como las propuestas les vienen de fuera. A todo ello, por cierto, debe sumarse esa cálida y bien intencionada benevolencia de nuestros burócratas, nacionales e internacionales; esa ingenuidad roussoniana de creer ser o querer parecer integrantes del mundo desarrollado sin atreverse a proponer y a soportar los duros métodos para lograrlo.

En este artículo, se ha hecho referencia a las líneas maestras que han estado presentes desde la creación del Acuerdo de Cartagena hasta el presente, básicamente en su evolución económica en relación con la propiedad industrial. Se ha recordado que, a esta última, se la consideró como parte de una política destinada a lograr el desarrollo económico, que, en una primera etapa, estuvo inspirado en algunas de las ideas de la CEPAL y, ahora, se encuentra saliendo de los efectos anestésicos del denominado Consenso de Washington, bajo el marco jurídico del ADPIC. Si bien algunos juristas y políticos, en compañía de los titulares de derechos, gustan en ocasiones en poner el acento en los «sacrosantos» derechos de propiedad y en su importancia decisiva para alcanzar el desarrollo, algunos destacados juristas y economistas<sup>128</sup> han puesto más el énfasis en los costos y beneficios que trae consigo, a una sociedad, la adopción de un sistema de privi-

---

de la población, véase PARODI, C. *Perú 1960-2000: políticas económicas y sociales en entornos cambiantes*. Lima: Universidad del Pacífico, 2000.

<sup>128</sup> Ejemplo de ello son artículos como los de LANDES, W. y POSNER, R. «El contenido económico del Derecho de Marcas». *Ius et Veritas*, Lima, n.º 13, 1996; y POSNER, R. «The law and economics of intellectual property». *Daedalus*. Washington, 2002.

<sup>129</sup> Véase PENROSE, E.T. *Op. cit.*



legios y de monopolios temporales como son los derechos de propiedad industrial, incluso cuando media una justificación moral.

Dicho ello, vamos, por tanto, a asumir que ellos tienen «alguna» conexión con el desarrollo económico, supuesto que, por cierto, justifica su presencia dentro del marco normativo de un proceso de integración económica subregional que persigue ese mismo objetivo. Si estamos de acuerdo, preguntémosnos entonces sobre la validez de la siguiente afirmación de un connotado economista contemporáneo como Lester Thurow, referida principal, pero no únicamente, al sistema de patentes y, dicho sea de paso, compartida históricamente por otros:<sup>129</sup>

Yet copying to catch up is the only way to catch up. Every country that has caught up has done it by copying. Third world countries know that unless they can acquire the necessary knowledge, they will never make it into the first world. They cannot afford to buy what they need—even if those who have the knowledge were willing to sell and they are not. So they have to copy.<sup>130</sup>

Si recordamos las convicciones de los precursores de la integración económica latinoamericana (*supra* 2), así como las de muchos otros estudiosos del tema del desarrollo económico, nos encontraremos que enfáticamente afirman que resulta indispensable para los pueblos conocer, asimilar, adoptar y crear ciencia y tecnología; sin ello, dicen, no hay desarrollo. ¿Y si el sistema legal resulta siendo no un facilitador sino una traba?, ¿y si dicho sistema no solo no puede modificarse y plantearse en términos más o menos similares a los que tuvo en el momento de su creación a finales del siglo XIX, sino que se ha consolidado a favor de sus actuales beneficiarios?, ¿si, además, el desarrollo de la inventiva protegida tiende más a la consolidación que a la diseminación del conocimiento?, ¿si, por último, los estados nacionales pobres han perdido en no poca medida tanto su soberanía como, obviamente, su capacidad de negociación? Frente a estas interrogantes, ¿qué puede, no que debe, hacer un proceso de integración económica con sus normas de propiedad industrial, más aún cuando las economías de los países que la pretenden son de poca significación internacional?<sup>131</sup>

<sup>130</sup> THUROW, Lester. «Needed: A new system of intellectual property rights». *Harvard Business Review*, setiembre-octubre, 1997.

<sup>131</sup> No están claras las implicancias para los países en desarrollo de las tendencias dirigidas a lograr un reforzamiento de los derechos de propiedad industrial, tal como ha sido logrado en el ADPIC. En efecto, «la propia experiencia de los países industrializados —que en su mayoría mantuvieron estándares bajos de protección hasta alcanzar altos niveles de desarrollo industrial— y una cada vez más abundante y concordante literatura, indican que es poco lo que los países en desarrollo pueden ganar en términos de estímulo a la innovación, inversiones locales y extranjeras o transferencia de tecnología si son forzados a adoptar patrones de protección que no corresponden a sus capacidades tecnológicas y productivas». CORREA, Carlos. *Nuevas Tendencias sobre patentes...*, pp. 418 y 419.

¿Podrían acaso —nos preguntamos— estas desordenadas y poco felices naciones andinas, cambiar su curso de acción mediante elites conscientes de sus limitaciones, pero de conductas e ideales firmes en cuanto a la posibilidad de un desarrollo articulado con el primer mundo, pero distinto, más cerca de la naturaleza, de los rasgos afectivos de algunas de sus culturas autóctonas, y menos proclive a considerar varas materiales como índices máximos de felicidad? Por cierto, no lo sabemos, salvo en lo que nos toca acreditar: que no han aparecido aún en el horizonte.

El actual sistema internacional de propiedad industrial, del cual el hoy vigente en el Acuerdo de Cartagena es un simple y escuálido tributario, no satisface ni a los poderosos ni a los pobres. Por este motivo, surgen autorizadas voces pidiendo un alto reflexivo en el camino con miras a su modificación o adaptación a las necesidades de todas las partes involucradas.

Los conocimientos de la ciencia y la tecnología, generados con el apoyo de los gobiernos de los países industrializados y distribuidos en forma generosa y barata después de la II Guerra Mundial, fundamentalmente por los Estados Unidos, ya no lo van a ser en el próximo futuro, en buena medida porque se han privatizado o se están privatizando. Al mismo tiempo, no todo requiere igual protección: plazos, costos y exigencias pueden y deben variar. De otro lado, algunas culturas consideran que los conocimientos de importancia para mejorar la calidad de vida deben pasar con mayor brevedad al dominio público, exigencia que colisiona con la lógica implícita del actual sistema capitalista.

Si se requiere, además, de un sistema más veloz, menos oneroso, que dé protección más eficaz y que resuelva con mayor prontitud los conflictos, no se va a poder alcanzar a nivel nacional; todos están de acuerdo en ello. Por tanto, se deberá alcanzar a niveles subregionales o regionales, con lo que queda en evidencia que el ADPIC, a pesar de su gran importancia, no representa un ideal acabado e inamovible. Si fuera así, ¿el Acuerdo de Cartagena sería un camino *ad-hoc* no por la utilización de su actual normativa en propiedad industrial sino por su carácter de vía creativa y proceso negociador?

Debemos contestar esas interrogantes con prudencia pero con verdad: los países andinos no han dado importancia a la ciencia y la tecnología;<sup>132</sup> si se la dieran hoy, lo cual es dudoso, los primeros frutos aparecerán en no menos de dos generaciones.<sup>133</sup> Por tanto, es más que probable que continúe en su marginalidad

<sup>132</sup> Son libros demostrativos de lo ocurrido en esta materia en dos momentos diferentes: F. SAGASTI. *Op. cit.*, y B. MARTICORENA. *La ciencia en el desarrollo*. Lima: Friedrich Ebert Stiftung, 1997.

<sup>133</sup> Habría que analizar si siguen plenamente vigentes las opiniones de Rosemberg acerca de «la capacidad para asimilar una tecnología avanzada» cuando señala que «La capacidad de una sociedad para adaptarse a los requisitos de la tecnología avanzada y para adaptar la tecnología avanzada a sus propios objetivos y circunstancias, al igual que su capacidad para innovar, dependerán

económica y tecnológica. A lo cual se suma una evidente falta de cohesión social y de liderazgo político. Si ello es así, algunos dirán que entonces habría que favorecer la «estabilidad» de elites informadas y visionarias en los cuerpos administrativos de un proceso de integración (por ejemplo, las de la CAN) como medio para fomentar y alentar los acuerdos regionales y las vías multilaterales frente al limitado camino del bilaterismo. En síntesis, se trata de un proceso cuyo objetivo es, finalmente, la lucha por un orden internacional más justo.<sup>134</sup> ¿Es ello posible? ¿Es acaso conveniente?

Veamos lo que sucede en el Perú al momento de escribir estas líneas. Después de un larguísimo proceso, cuya lentitud y exceso podrá tener muchas excusas pero que sin duda deja asentada una imagen de debilidad, está por aprobarse el arancel externo común (AEC), pieza esencial y diseñada, desde el inicio, para dar consistencia al proceso de integración andino. Quizás es ya tarde para adoptarlo, pero lo curioso es que, desde las esferas más conservadoras, han surgido críticas severas contra el mismo. Esta han alegado razones económicas que —creemos nosotros— son más ideológicas y políticas. Ellas insisten —como lo hicieron desde siempre— en que el único camino para el desarrollo pasa por un acuerdo bilateral —cualquiera que él sea finalmente— con los Estados Unidos.<sup>135</sup> Estamos seguros de que, si esta propuesta se planteara en términos didácticos, contaría con

---

en parte de las habilidades intelectuales, los conocimientos y las técnicas adquiridas, las capacidades para resolver los problemas; en una palabra, de las cogniciones que poseen los miembros de la sociedad [...] En Europa Occidental y los Estados Unidos la cognición del mecanismo y las habilidades de mecánicos y técnicos, y la cognición del proceso, pueden adquirirse —y en su mayor parte se adquieren ahora a través de la observación diaria— mediante aprendizaje, adiestramiento ad hoc, o experiencia administrativa en el trabajo, todo esto fuera del sistema de educación formal. La educación formal, por cuanto ha tenido un objetivo funcional, ha producido las élites científicas y técnicas del vértice. Pero en las sociedades de baja productividad que no han cruzado el umbral de la industrialización, la cognición masiva del mecanismo, las habilidades de una masa media de mecánicos y técnicos, y la cognición esencial del proceso no pueden adquirirse de modo espontáneo, fuera del sistema de educación formal. La tarea gigantesca de inculcarles necesidades debe planearse y programarse. Esto sugiere la necesidad de una política y un sistema de educación formal muy diferentes en las sociedades en desarrollo frente a las tradiciones de occidente». En: ROSENBERG, N. (comp.). *Economía del cambio tecnológico*. México: FCE, 1979, p. 452.

<sup>134</sup> Alfonso Vidales, principal mentor de las decisiones andinas sobre propiedad industrial y Jefe de la Asesoría Jurídica de la CAN, ha recordado que los países en vía de desarrollo han adoptado, en muchas ocasiones, actitudes valientes en defensa de sus derechos frente a los países industrializados en los foros internacionales, pero que esa actitud principista la dejan de lado cuando la relación tiene carácter bilateral. VIDALES, Alfonso. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>135</sup> Se trata de una campaña más política que estrictamente de información, liderada por el diario conservador *El Comercio* y por algunos integrantes del Instituto Peruano de Economía, parte de los cuales tuvieron pública vinculación con el gobierno de Alberto Fujimori (1990-2001) y con la implantación de políticas neoliberales extremas, así como mantuvieron un silencio cómplice frente a la fenomenal corrupción económica ocurrida en ese período. Comienza la campaña con una entrevista al canciller Allan Wagner el 14/10/2002. Esta informa sobre una reunión en la CAN para definir un arancel externo común (AEC) que permita la unión aduanera subregional. Después de subrayar su importancia, el Canciller declara que de no aprobarse el AEC, el proyecto de

un importante apoyo popular, pues serviría para avivar en las masas la posibilidad creciente de emigrar hacia los Estados Unidos, «el único y posible futuro». ¿Puede en estas condiciones «sobrevivir» el Acuerdo de Cartagena y, lo que es más importante, constituirse en un «abanderado» de una propuesta que unifique a las cada vez más raleadas elites tanto como a las cada vez más numerosas mayorías pobres y desempleadas?

Esas manifestaciones ultra-liberales que han surgido en el Perú y que podrían aparecer en otros países andinos traen un olor a velorio anticipado y que es difícil esquivar en relación con el Acuerdo de Cartagena. Frente a ello, las normas andinas sobre propiedad industrial, con toda la importancia que quiera dárseles, aparecen pequeñas e insignificantes ¿Si el Acuerdo se convierte en un «foro político» únicamente, tendrán vigencia en el tiempo y seguirán formando parte de sus futuras atribuciones? ¿No será más lógico —deben pensar los partidarios de la vía bilateral— que pase a tratarse dentro del ALCA, donde lo que en verdad existe hoy es la pura unilateralidad representada por los EE.UU.?<sup>136</sup>

---

integración andina se licuaría dentro del ALCA y la CAN podría desaparecer como proyecto económico. Dice «la integración andina es para el Perú una opción estratégica de política exterior, es decir, un modo de inserción internacional». Agrega que de no haber acuerdo sobre el AEC, la CAN quedaría únicamente como un foro político. A partir del día siguiente, el diario «El Comercio» inicia una virulenta campaña, no solo editorializando sobre el problema sino, también, acogiendo opiniones de economistas vinculados especialmente al Instituto Peruano de Economía (IPE) y resaltando los aspectos negativos del proceso de integración. Asimismo, puso de relieve las declaraciones del viceministro de comercio Alfredo Ferrero indicando que «el futuro económico del Perú no está en la CAN» (20-10) y que la adopción del AEC se debió a razones políticas y no económicas (8-11); y promoviendo un convenio bilateral con los EEUU pero sin precisar su contenido, entre otras cosas. El jefe de la sección económica del diario F. Du Bois señala que el más grande error que cometió el Perú fue aceptar ser la sede de la CAN y que la adopción del AEC se debe al apego sentimental originado quizás por haber sido este uno de los principales empleadores de la clase profesional peruana durante las últimas décadas (*sic*) (18-10). En síntesis, considera que la CAN es un bloque débil y poco productivo; y un modelo anacrónico y sin potencial que solo representa el 7% de las exportaciones peruanas. El diario «Expreso», estrechamente vinculado al gobierno de Fujimori y cuyos directivos están prófugos de la justicia por haber recibido dinero público, en su editorial del 21 de octubre indica que, a pesar de creer que el Perú tiene poco que ganar con el ALCA, seguir en la CAN es un despropósito y que adoptar el AEC significaría retroceder al siglo XVI y repetir la experiencia encomendera. En el diario «La República», el 23 de octubre aparece como columnista invitado el alto funcionario de la CAN José Antonio García Belaúnde para defender la adopción del AEC. Este señala que a la CAN se le sacrificó dogmáticamente durante el período fujimorista y que se le negó al país la oportunidad de avanzar en el proyecto de integración. Según él, este hecho hizo imposible la adopción de un AEC y el arancel flat no convirtió al Perú en una potencia exportadora, entre otras cosas. Sobre la posición del Perú frente al Acuerdo de Cartagena en la primera parte de la década del 90 puede verse P. DE LA FLOR B. «El Perú y la Integración Andina». *Política Internacional*, Lima, n.º 44, 1996.

<sup>136</sup> La unilateralidad a la que nos referimos se da muy intensamente en el ámbito de los derechos intelectuales. Ello no significa que el ALCA no tenga importancia para los EE.UU.; por el contrario, a medida que se reduce su importancia económica —lo que es inevitable por el ascenso del mundo asiático y la internacionalización de los mercados financieros—, los EE.UU. darán mayor prioridad al hemisferio occidental.

<sup>137</sup> FURTADO, Celso. *La economía latinoamericana...*, p. 282.

Lo cierto es que es muy difícil que pequeños países puedan enfrentar individualmente los problemas que les presenta el subdesarrollo. Los esquemas que se limitan a la liberalización del comercio pueden tener una cierta significación en situaciones particulares, pero no son finalmente de gran valor, pues terminan creando situaciones privilegiadas para empresas transnacionales, que están en condiciones de planificar su propia expansión en escala regional y prescindir de los centros nacionales de decisión. Se trata, por cierto, de una tarea compleja por las divergencias que en materia económica suelen presentarse en las políticas nacionales, básicamente en lo que se refiere a la explotación de recursos naturales, y por la ineficacia de los Estados nacionales para orientar sostenida y creativamente sus procesos económicos. Por lo tanto, como bien decía Celso Furtado ya en 1976,

el problema es mucho menos de formación de un espacio económico unificado mediante una movilidad progresiva de productos y factores de producción —lo que solamente sería practicable si las economías nacionales hubiesen alcanzado un grado de homogeneidad estructural mucho mayor y hubiesen alcanzado similares niveles de desarrollo—, que de reorientación del desarrollo en el plano nacional hacia una articulación creciente de las economías nacionales en un todo coherente. Las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio son fruto tardío de la ideología de *laissez-faire*, al paso que el tipo de integración que podrá beneficiar a las economías latinoamericanas presupone un considerable avance en la planificación a nivel nacional. Los centros de decisión más importantes, los que son de naturaleza política y están capacitados para interpretar las aspiraciones de las colectividades, continuarán existiendo por mucho tiempo en el plano nacional. Es de esperar, sin embargo, que la llamada «integración» económica, hoy simple instrumento de la política de desarrollo de los gobiernos nacionales, ponga en marcha un proceso evolutivo de las estructuras políticas, lo que, por otra parte, corresponde a una exigencia de las relaciones internacionales.<sup>137</sup>

Estas palabras siguen teniendo hoy plena validez. Si deseamos avanzar, es necesario un liderazgo político claro, que ayude a vencer las naturales suspicacias de países con una larga historia de dependencia exterior (que, por cierto, no se circunscribe a lo económico). De otro lado, el camino de la integración requerirá de sacrificios y esfuerzos de velocidad variable hasta alcanzar el equilibrio natural y aún lejano para nosotros entre lo público y lo privado, y marchar, en el terreno económico, haciendo uso de la programación, el ahorro y la investigación.

En un balance equilibrado, es preciso reconocer que durante los últimos 50 años hubieron esfuerzos internos valiosos que no deben desecharse y que en cierta forma están larvados más allá de la consideración política de coyuntura. Lo que sucede es que, tanto cuantitativa como cualitativamente, los países andinos sienten que su situación no ha sufrido mejora significativa;<sup>138</sup> y que lo

---

<sup>138</sup> El tema de la deuda externa sigue siendo un impedimento mayúsculo para lograr el desarrollo. Carlos Alzamora lo ha puesto así de relieve: «Parece ocioso hacer un inventario detallado del costo que la deuda ha tenido para los pueblos latinoamericanos en términos de empobrecimien-

que han logrado de positivo no se ha debido necesariamente al proceso de integración en sí mismo sino, más bien, a la evolución natural de los países individualmente considerados y a sus relaciones, más o menos felices, con los mercados de los países ricos. Pero ello no debería llevar a dejar de valorar en su justa medida las posibilidades futuras de la integración económica, pues las potencialidades de América Latina siguen intactas. De otro lado, el creciente control de la *mass media* por empresas transnacionales, potenciada por la revolución tecnológica, tiene un impacto de difícil medida en las crecientes masas urbanas y cuestiona la identidad y la pertenencia a valores y costumbres. Muchos de los mejores exponentes de la opinión pública locales no tienen acceso a los medios, y estos suelen poner en relieve, con frecuencia excesiva, manifestaciones violentas y escándalos. Los latinoamericanos, al inicio del siglo XXI, están desorientados, aburridos, irritados, frustrados y empobrecidos. Sobre esta realidad, comienzan a surgir voces que —retomando lo esencial, permanente y todavía vigente del debate de los años 50 encabezado por la CEPAL— proponen nuevas alternativas, ahora que los resultados de la aplicación inmisericorde de políticas neoliberales ha mostrado solo logros limitados e insuficientes en lo económico y social, y fracaso en la lucha contra la corrupción.<sup>139</sup>

Algunas agencias internacionales y gobiernos, así como un número cada vez mayor de círculos académicos, son cada vez más proclives a razonar sobre la base de la asimetría de información y las fallas del mercado, y a recomendar la creación de instituciones que tengan una identificación clara con los intereses de las mayorías y como propósito contrarrestar la falta de capacidad de adecuación en amplios sectores sociales a las exigencias económicas y tecnológicas actuales. Las diversas formas de exclusión y los datos concretos de la realidad han puesto en evidencia que no es condición necesaria y suficiente abrir los mercados, desregular y privatizar para lograr el desarrollo o que, dicho de otra forma, es vi-

---

to, desempleo, desnutrición y enfermedad, porque lo sufren aún cotidianamente. Baste advertir que a su lado palidecen los ya legendarios padecimientos del pueblo alemán por el pago de las cuantiosas reparaciones que se le impusieron después de la Primera Guerra Mundial. Esos pagos representaron al año solamente el 2.5% del producto alemán, en tanto que los pagos latinoamericanos por la deuda sobrepasaron anualmente el 4% del producto bruto de la región. Y con un agravante, pues mientras a Alemania se le permitió hacer esos pagos en productos, lo que expandió considerablemente sus exportaciones, a América Latina se le exigió pagar en las divisas provenientes de sus exportaciones, en circunstancias en que esas exportaciones eran disminuidas y desvalorizadas por acciones de sus acreedores, tenían que enfrentar crecientes barreras proteccionistas y, como consecuencia, la participación de la región en el comercio mundial había caído a la mitad. Este es el trágico epílogo de la historia de la deuda latinoamericana y también su lección». ALZAMORA, Carlos. *La capitulación de América Latina*. Lima: FCE, 1998, pp. 143-144.

<sup>139</sup> Véase UGARTECHE, O. *El falso dilema*. Lima: Nueva Sociedad y Fundación Friedrich Ebert, 1997; GONZALES DE OLARTE, Efraín. *Neocentralismo y neoliberalismo en el Perú*. Lima: IEP y Consorcio de Investigación Económica y Social, 2000; y *El neoliberalismo a la peruana*. Lima: IEP y Consorcio de Investigación Económica y Social, 1998; DE RIVERO, Oswaldo. *Op. cit.*; BECK, V. *Un nuevo mundo feliz*. Buenos Aires: Paidós, 2000; LE MONDE DIPLOMATIQUE. *Otro mundo es posible*. Santiago: s.e., 2001; y GARCÍA CANDINI, N. *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*. Buenos Aires: s.e., 2002.

<sup>140</sup> KATZ, J. *Reformas estructurales...*, p. 61.

tal un crecimiento más acorde con el verdadero costo de oportunidad de los recursos.<sup>140</sup> Este pensamiento no ortodoxo ha sido planteado recientemente por Joseph Stiglitz,<sup>141</sup> premio nóbel de economía y ex-Vicepresidente del Banco Mundial; y su planteamiento tiene similitudes con los planteamientos estructuralistas, cercanos a la visión de la CEPAL sobre el desarrollo.<sup>142</sup> Estos planteamientos proponen una estrategia de desarrollo «desde dentro», para promover la modernización, la transformación productiva y la diversificación de las exportaciones mediante la industrialización y el progreso técnico, y un desarrollo sustentable y sostenido.<sup>143</sup> Se trata de un camino duro y con expectativas decrecientes, pero parece no haber ninguno otro para impedir un nuevo coloniaje.<sup>144</sup>

En lo que se refiere específicamente a la propiedad industrial, resulta fundamental trabajar en las instancias políticas para lograr una mayor comprensión de los efectos económicos y culturales del actual sistema normativo, y de su necesidad de incorporarla como un factor dentro de las políticas de desarrollo. Ello lleva a la concertación y cooperación regional —que puede ir más allá de los países andinos— como eslabón esencial para una presencia de bloque en el ámbito internacional.<sup>145</sup> Esta posición no niega sino, más bien, reconoce que «el cambio técnico generado en las sociedades centrales y la forma de su propagación inter-

<sup>141</sup> STIGLITZ, Joseph. *Op. cit.*

<sup>142</sup> KATZ, J. *Reformas estructurales...*, p. 61. Aldo Ferrer ha puesto de manifiesto que el legado de la CEPAL no radica principalmente en sus teorías sobre la distribución de los frutos del progreso técnico, los términos del intercambio o la propagación de los ciclos sino, más bien, en la actitud para abordar el tratamiento de los problemas de la realidad latinoamericana y formular propuestas, cuyos rasgos dominantes son los siguientes: a) la insistencia en observar el mundo desde la perspectiva de la realidad latinoamericana y de los objetivos propios dentro de un mundo global; b) el rechazo al fatalismo de los mercados, es decir, a cualquier versión fundamentalista de la globalización; y c) el desarrollo descansa en los mercado y la iniciativa privada orientados por la acción pública. Se trata, como pone de relieve Ferrer, de un mensaje esencialmente optimista que incluye pero excede a la política económica en sentido estricto. FERRER, Aldo. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>143</sup> Véase SUNKEL, O. (comp.). *El desarrollo desde dentro*. México: FCE, 1995, en especial RAMOS, J., y SUNKEL, O. «Introducción hacia una síntesis neoestructuralista»; SUNKEL, O. «Del desarrollo hacia adentro al desarrollo desde dentro»; y Rodríguez, E. «La endogeneización del cambio tecnológico: un desafío para el desarrollo».

<sup>144</sup> A este respecto ha señalado Oswaldo de Rivero: «frente a los efectos darwinianos de la tecnología y el mercado global, muchos países, como hemos visto, están entrampados en el atraso tecnológico, la exportación primaria, las manufacturas no competitivas y la explosión urbana. Su única opción es reducir simultáneamente su tasa de nacimientos y modernizar su producción con mayor intensidad tecnológica [...] es urgente lograr un equilibrio entre el crecimiento de la población y los recursos vitales como los alimentos, la energía y el agua, y así tener por lo menos un ambiente socio-político estable que permita llevar a cabo el proceso de modernización» (DE RIVERO, Oswaldo. *Op. cit.*, p. 207).

<sup>145</sup> El sistema de propiedad intelectual de la región latinoamericana no puede ser objeto de acciones aisladas sino, más bien, articularse con los instrumentos de la política tecnológica en función de las metas de desarrollo, íntimamente conectado con los esfuerzos que deben realizarse en educación y cultura, más ahora que los países han perdido autonomía, comparativamente con el pasado, para definir sus políticas sobre propiedad intelectual. PULGAR, Telasco. *Op. cit.*, pp. 140-141

nacional sigue siendo un hilo conductor más estratégico que nunca para entender el orden internacional emergente». <sup>146</sup> Sin embargo, esa concertación deberá ir acompañada de una estricta disciplina social y de una gran inversión en recursos humanos, como la que tuvieron los países asiáticos para adquirir una extraordinaria capacidad competitiva. En contraste, ambos factores son más bien ajenos en las experiencias latinoamericanas de los últimos 50 años. Como ha puesto de relieve Celso Furtado,

los nuevos desafíos son, por lo tanto, de carácter social, y no económico, como ocurrió en la anterior fase de desarrollo del capitalismo. La imaginación política tendrá de esta forma que pasar a primer plano. Se equivoca quien cree que no hay espacio para la utopía. Al revés de lo que profetizó Marx, la administración de las cosas será reemplazada cada vez más por el gobierno creativo de los hombres. <sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> DI FILIPPO, A. «La visión centro periférica hoy». *Revista de la CEPAL-50 años*.

<sup>147</sup> FURTADO, Celso. *El nuevo capitalismo...*, p. 20. Con preocupación similar ha indicado Nasser Pakdaman que «la historia del pensamiento acerca del desarrollo [...] ya no está restringida a referencias económicas. Continuará mientras las disparidades entre naciones establezcan una frontera intolerable de pobreza e injusticia. Y así, perdurará mientras sea una cuestión de investigación científica y de lucha política que trascienda los conocimientos económicos per se, así como la herencia del paradigma de Norte y Occidente». PAKDAMAN, Nasser. «Historia de las ideas acerca del desarrollo». En: SALOMÓN, J.J. y OTROS (comps.). *Una búsqueda incierta. Ciencia, tecnología y desarrollo*. México: FCE, 1996, p. 114



**ANEXO**  
**COMUNIDAD ANDINA**  
**PRINCIPALES INDICADORES**  
**32 AÑOS DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO**

VARIABLE	UNIDADES	1970	2001	CRECIMIENTO
<b>Población</b>	Millones de habitantes	55	115	2 veces
Densidad poblacional	Habitantes por km <sup>2</sup>	12	24	2 veces
Población urbana	Millones de habitantes	32	85	Casi 3 veces
- Participación urbana en el total	Porcentaje	58%	74%	16% a ciudades
Población económicamente activa	Millones de habitantes	17	46	Casi 3 veces
PEA Femenina	Millones de mujeres	4	16	Más de 4 veces
PEA Masculina	Millones de hombres	13	30	Más de 2 veces
<b>Producto Interno Bruto</b>	Millones de dólares	28 571	283 347	Casi 10 veces
PIB por habitante	Dólares	515	2 464	Casi 5 veces
Inflación	Dic respecto a Dic año anterior	8%	11%	Subió 3 puntos
<b>Exportaciones al mundo</b>	Millones de dólares	5 380	50 173	Más de 9 veces
<b>Importaciones del mundo</b>	Millones de dólares	4 100	44 778	Casi 11 veces
<b>Exportaciones intra-comunitarias</b>	Millones de dólares	111	5 631	Más de 50 veces
- Participación en exportaciones al mundo	Porcentaje	2%	11%	Casi 6 veces
<b>Exportaciones intra-comunitarias manufactureras</b>	Millones de dólares	54	5 071	Subió 94 veces
- Participación de exportaciones manufactureras en el total intra-comunitario	Porcentaje	48%	90%	Casi 2 veces
<b>Reservas Internacionales Netas</b>	Millones de dólares	1 532	33 219	22 veces
Capacidad de reservas para importar	Meses de importación	4	9	2 veces
<b>Deuda Externa Total</b>	Millones de dólares	8 071	116 236	14 veces
Deuda Externa Pública	Millones de dólares	3 739	78 322	21 veces
Deuda Externa Privada	Millones de dólares	4 332	37 914	9 veces
<b>Frecuencia vuelos intra-comunitarios</b>	Número vuelos semanales	128	496	368 vuelos más
<b>Turismo receptivo intra-comunitarios</b>	Miles de turistas	133	623	Casi 5 veces
<b>Inversión extranjera acumulada</b>	Millones de dólares	3 400	84 572	25 veces
Inversión intra-comunitaria acumulada	Millones de dólares	15	1 117	74 veces
<b>Tasa de mortalidad infantil</b>	Infantes fallecidos por cada mil nacidos vivos	85	34	21 vivos más
<b>Tasa de analfabetismo</b>	(% de población de 15 años y más)	26%	8,7%	Mejóro 17 puntos
<b>Esperanza de vida al nacer</b>	Años	60	69	9 años más de vida

Fuente: Comunidad Andina - Secretaría General, Sistema Subregional de información Estadística Decisión 115.

Elaboración: Comunidad Andina - Secretaría General, Proyecto 5.2.5. - Estadística.



# LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN LA COMUNIDAD ANDINA

ANA MARÍA PACÓN\*

## 1.- INTRODUCCIÓN

La suscripción del Acuerdo de Cartagena en 1969 dio inicio al proceso de integración andino. Esta iniciativa de Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile (que luego se retiró), Perú y Venezuela nació como una nueva opción dentro del proceso más amplio de integración latinoamericana. Si bien el nombre oficial de esta alianza era «Acuerdo de Cartagena», informalmente se utilizaron los nombres «Pacto Andino» y «Grupo Andino». Con el objeto de darle mayor dinamismo al proceso de integración andino, en 1996 se realizaron una serie de reformas al Acuerdo de Cartagena y se adoptó como nuevo nombre oficial el de «Comunidad Andina» (CAN).

Aun cuando los objetivos iniciales de inducir un desarrollo integrado en los países andinos no han producido los resultados esperados y, por ello, hasta la fecha se sigue cuestionando la conveniencia de los países de pertenecer a este proceso de integración, no puede negarse los avances que se han logrado en algunas áreas comerciales. Así, un ejemplo de coordinación de instrumentos y políticas económicas lo constituye, sin lugar a dudas, el régimen común de propiedad intelectual.

En materia de derechos de autor, después de que los países andinos reconocieron la función que el derecho de autor tiene para la economía, cultura y desarrollo, se abrió el camino para lograr una política común en esta área. La adopción de la Decisión 351 en 1993 ha servido, de un lado, para elevar el nivel de protección de los derechos de autor a nivel comunitario y, de otro lado, como base para el

---

\* Dr. iur., LL.M. Universidad de Augsburg, Alemania; profesora de la Maestría en Derecho con mención en Derecho de la Propiedad Intelectual y Defensa de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y ex-Presidenta del Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, Perú.

subsiguiente desarrollo de las correspondientes leyes nacionales. El presente artículo analiza esta decisión, sus disposiciones principales, así como su incidencia en las legislaciones de los países andinos.

## 2.- LA DECISIÓN 351

### 2.1. ANTECEDENTES

En 1993, la Junta del Acuerdo de Cartagena convocó a un grupo de expertos con el objetivo de armonizar las disposiciones sustantivas de derechos de autor y derechos conexos, y las correspondientes a las sociedades de gestión colectiva, así como para establecer sanciones comunes contra la piratería.<sup>1</sup>

El grupo de expertos se reunió en septiembre de ese mismo año en Colombia. Existió consenso en que el futuro *régimen común* debía orientarse a las normas de las, en ese momento, nuevas leyes de derechos de autor de Bolivia, Colombia y Venezuela. Se quería evitar que el nuevo régimen común generara problemas para los jueces y la administración pública, que iban a verse confrontados, en un corto plazo, con una segunda regulación sobre estos temas. De otro lado, el nuevo régimen común no debía denotar grandes diferencias con las entonces antiguas leyes ecuatoriana y peruana. En otras palabras, su aplicación no debía significar para ningún País Miembro un «trauma» en su aplicación.<sup>2</sup> Igualmente, en vista de las experiencias negativas en la región para la aceptación de normas comunes en otras áreas comerciales e industriales, se decidió que el nuevo régimen común no fuera demasiado ambicioso. En definitiva, lo que se buscó fue desarrollar una protección mínima, basada en principios modernos y que sirviera de impulso para incrementar a nivel nacional la protección de los derechos de autor y derechos conexos.<sup>3</sup>

El grupo de expertos basó sus discusiones en un anteproyecto y un análisis sobre el derecho de autor y derechos conexos internacional preparado por el doctor Antequera Parilli.<sup>4</sup> Del informe de la reunión que sostuvo el mencionado grupo es poca la información que se puede obtener sobre el desarrollo de las discusiones. De cualquier forma, después de dos reuniones, el grupo de expertos presentó a la Junta un proyecto de «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos».

<sup>1</sup> JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. *Informe de la Junta a la Comisión sobre la Primera Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Derechos de Autor*, Lima, 1 de octubre de 1993, p. 2.

<sup>2</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El Derecho de Autor y el Derecho Comunitario Andino (la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos)». *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º 166, octubre 1995, pp. 57, 67 y 71.

<sup>3</sup> *Ib.*, pp. 57, 67 y ss.

<sup>4</sup> JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. *Op. cit.*, p. 2

## 2.2. APROBACIÓN

La Junta sometió este proyecto a la Comisión, que lo adoptó sin modificaciones en su Sexagésimo Primer Período Ordinario de Sesiones. La Decisión 351, del 17 de diciembre de 1993, fue aprobada por la Comisión sobre la base del artículo 30°, inciso f) del Acuerdo de Cartagena, antes de su modificación por el Protocolo de Trujillo en 1996, y no sobre la base del artículo 27 del acuerdo, que expresamente la autorizaba a aprobar un régimen común en el área de la propiedad intelectual entre otras. El mencionado artículo 30° incisos f) le daba atribuciones a la Comisión para aprobar paulatinamente normas indispensables para la armonización de las políticas económicas de los países andinos.

La Decisión 351 fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 327 y de fecha 21 de diciembre de 1993.<sup>5</sup> Al no disponer ninguna fecha diferente, entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.<sup>6</sup> Los titulares de un derecho de autor pueden solicitar su aplicación directa en los países andinos.

## 2.3. CONTENIDO

La Decisión 351 contiene 61 artículos distribuidos en 15 capítulos. Los diferentes capítulos corresponden a un moderno sistema de derechos de autor. Así, existen disposiciones sustantivas sobre derechos de autor, sociedades de gestión colectiva, derecho contractual, derechos conexos, normas sobre observancia de los derechos y sus consecuencias. Sin embargo, las únicas áreas que se encuentran reguladas de forma integral son las correspondientes a las disposiciones sustantivas de derecho de autor y las de gestión colectiva.

La Decisión 351 no lleva a una revocación automática de las leyes nacionales correspondientes sino a su «revocación orgánica». En consecuencia, las leyes nacionales se mantienen vigentes, siempre que no contravengan el régimen común. Para ello no es necesario una facultad expresa en la decisión. El principio de supremacía de la *decisión andina* sobre las leyes nacionales impide que los Países Miembros aprueben normas a nivel nacional que contravengan los principios de la decisión.<sup>7</sup>

No obstante el régimen común, aquí también rige —al igual que en los derechos de propiedad industrial— el principio de territorialidad. Ello significa que, en lo relativo al nacimiento de los derechos, contenido, ámbito, duración y transferencia de los derechos, se aplican las leyes nacionales de los Países Miembros.

<sup>5</sup> En: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d351.htm>>.

<sup>6</sup> Art. 3.1 Tratado de Creación del Tribunal Andino.

<<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>>.

<sup>7</sup> Al respecto, ver la jurisprudencia reiterada del Tribunal Andino.

## 2.4. SISTEMA DE PROTECCIÓN

A nivel internacional, las leyes de derechos de autor se basan en dos principios diferentes.<sup>8</sup> Por una parte, el sistema de derecho continental europeo parte del postulado natural de que la persona física es la que crea una obra. Por otra parte, el sistema anglosajón confiere, mediante una ficción legal, la calidad de autor a una persona diferente del verdadero creador, casi siempre una persona jurídica (por ejemplo, el productor cinematográfico en los Estados Unidos, el empleador en las obras creadas bajo una relación laboral en el Reino Unido o aquél para el cual se ha realizado un servicio en Holanda). El sistema de derecho continental europeo busca proteger principalmente el derecho individual del autor y, para ello, otorga al autor derechos personalísimos, así como el derecho de explotación y otros derechos económicos. De acuerdo con la teoría monista, todos estos derechos constituyen un único derecho, mientras que, para la teoría dualista, se trata de dos grupos de derechos independientes.<sup>9</sup> En cambio, en los países que siguen el sistema anglosajón, las leyes de derechos de autor buscan proteger las inversiones realizadas por las personas en la creación de obras. Bajo este sistema, los derechos de autor, sobre todo aquellos que buscan realizar sus intereses e ideales, juegan un papel secundario.

Siguiendo la tradición latinoamericana, la Decisión 351 adopta el sistema de derecho continental europeo. La persona del autor es el centro de regulación del régimen común.<sup>10</sup> Sin embargo, ello no implica que no se tome en cuenta el interés de los inversionistas a tener una seguridad por la inversión realizada, así como el derecho del público a tener fácil acceso a una serie de creaciones.

Los derechos conexos también se encuentran regulados en la decisión, pero su protección tiene un rango secundario respecto a la protección del derecho de autor. Así, en ningún caso se pueden afectar ni menoscabar los derechos de au-

<sup>8</sup> SCHRICKER, Gerhard. «Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik». *GRUR* 1992, pp. 242 y ss.

<sup>9</sup> Ver, por todos, ULMER, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*. 3ra. ed. Berlín/Heidelberg/Nueva York: Enzyklopedie der Rechts- und Staatswissenschaft, 1980, pp. 109-118.

<sup>10</sup> En igual sentido, las leyes nacionales de los países andinos establecen como objeto de las mismas la protección de los derechos de autor. Ver para Bolivia: art. 1º, párr. 1 Ley de Derecho de Autor, Ley N.º 1322, del 13.4.1992 (Ley Boliviana), <<http://www.solobolivia.com/politica/leyes/ley1322.shtml>>; para Ecuador: art. 4º, Ley N.º 83 de Propiedad Intelectual del 19.5.1998 (Ley Ecuatoriana), <[http://www.sice.oas.org/int\\_prop/nat\\_leg/Ecuador/L320ind.asp](http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Ecuador/L320ind.asp)>; para Colombia: art. 1º, párr. 1 Ley N.º 44 de 1993 (Ley Colombiana), <<http://www.banrep.gov.co/blaavirtual/letrad/derautor/ley44.htm>>; para Perú: art. 1º, párr. 1 Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo N.º 822 del 23.4.1996 (Ley Peruana), <[http://www.indecopi.gob.pe/legislacionyjurisprudencia/oda/d\\_leg822.asp](http://www.indecopi.gob.pe/legislacionyjurisprudencia/oda/d_leg822.asp)>; para Venezuela: art. 1º, párr. 1 Ley de Derecho de Autor del 14.8.1993 (Ley Venezolana), <[http://www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso-venezuela/derecho\\_de\\_autor.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso-venezuela/derecho_de_autor.asp)>. Seguidamente, se establece en las Leyes Boliviana y Peruana que también constituyen objeto de protección la preservación y conservación de la herencia cultural (art. 1º, párr. 3 Ley Boliviana, art. 1º, párr. 1 Ley Peruana).

tor; y, en el caso de un conflicto entre ambos derechos, prevalece el derecho de autor.<sup>11</sup>

### 3. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL RÉGIMEN COMÚN

#### 3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

No existe en la decisión una norma específica que establezca cuál es el ámbito de aplicación subjetivo. Se entiende que éste se extiende a todos los autores de obras protegidas por la decisión.<sup>12</sup> Por el principio de tratamiento nacional<sup>13</sup> no es posible que los nacionales de un País Miembro gocen de diferentes derechos que los nacionales del país.

En las leyes nacionales de los Países Miembros, el ámbito de aplicación no es uniforme. En el Perú, el Decreto Legislativo N.º 822 protege todas las obras independientemente de la nacionalidad o el domicilio del autor, así como del lugar de la primera publicación o divulgación de la obra.<sup>14</sup> Esta disposición es una consecuencia de entender el derecho de autor como un derecho humano.<sup>15</sup> Los otros países andinos protegen a sus nacionales, así como a quienes tengan domicilio en el país o a las personas cuyas obras hayan sido publicadas por primera vez en el país. Adicionalmente, los autores extranjeros reciben una protección en el marco de los tratados internacionales suscritos sobre la materia.<sup>16</sup> Una obra extranjera que no se encuentre bajo los supuestos anteriores es parte del dominio público.<sup>17</sup>

#### 3.2. OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR

Objeto del derecho de autor es la obra inmaterial. Se entiende por obra «toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma».<sup>18</sup> Después de esta defi-

<sup>11</sup> Art. 33º Decisión 351.

<sup>12</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Das Urheberrecht in der Andengemeinschaft*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 83.

<sup>13</sup> El principio de tratamiento nacional se encuentra consagrado en el art. 2º de la Decisión 351. De acuerdo con él no es posible conceder a los nacionales de un país miembro una protección menos ventajosa que la conferida a los nacionales del propio país. Debe entenderse como nacionales a quienes así se determine por su nacionalidad, domicilio y establecimiento comercial.

<sup>14</sup> Art. 1º, párr. 2, 203 Ley Peruana.

<sup>15</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Lima: Perú Reporting, 1996, pp. 60-62.

<sup>16</sup> Art. 3º, párr. 1 Ley Boliviana, Art. 4 Ley Ecuatoriana, Art. 11º párr. 3 Ley Colombiana, Art. 126º párr. 1 Ley Venezolana.

<sup>17</sup> Art. 187-4 Ley Colombiana. Ver PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *Manual de Derechos de Autor*. Bogotá: Témis, 1988, pp. 76 y ss.

<sup>18</sup> Art. 3º Decisión 351.

nición, se establece en la decisión el catálogo de todas las obras protegidas por la decisión.<sup>19</sup> Seguidamente, existen disposiciones especiales para los programas de ordenador y las bases de datos.<sup>20</sup>

### 3.3. CONCEPTO DE OBRA

Para que una obra goce de protección debe tratarse de obras del ingenio, es decir, creaciones intelectuales realizadas por el hombre.<sup>21</sup> De este modo, quedan excluidas de protección las obras producto de la naturaleza o aquellas que, siendo producto de un trabajo intelectual, no concluyen en un aporte creativo propio. Por ejemplo, la labor del dibujante que sigue las instrucciones del arquitecto.<sup>22</sup>

La protección de una obra es independiente del género (artístico, científico o literario),<sup>23</sup> la forma de expresión (escrita, sonora o audiovisual),<sup>24</sup> el mérito (porque la valoración de la obra no corresponde al derecho sino a la crítica) o destino (creada para ser divulgada o para permanecer inédita utilizada para expresar su contenido estético o con el fin de promocionar un producto comercial).

En cuanto al género, no existe una clara división entre las tres categorías. Por el contrario, una obra puede pertenecer a más de una categoría. La poca importancia que tiene la pertenencia a una u otra categoría se ve reflejada en el listado de obras protegidas, en el que las obras no son clasificadas según una categoría determinada.<sup>25</sup>

Para que una creación intelectual sea protegida es necesario que sea apta de reproducirse o divulgarse en una forma conocida o por conocerse. Lo que se requiere es que la obra sea capaz de ser fijada en un objeto corporal. Lo usual es que la exteriorización de la idea conlleve su materialización en un objeto físico (por ejemplo, el papel escrito en el que se manifiesta la obra literaria).<sup>26</sup> Sin embargo, también es posible que una obra se exteriorice sin haber sido todavía expresada a través de un objeto físico.<sup>27</sup>

<sup>19</sup> Art. 4º Decisión 351.

<sup>20</sup> Art.ºs 23º - 28º Decisión 351.

<sup>21</sup> Art.ºs 1º, párr. 1, 3 Decisión 351.

<sup>22</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*. Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998, t. I, p. 127.

<sup>23</sup> Art.ºs 1º, párr. 1, 4 Decisión 351.

<sup>24</sup> Art.ºs 3º, 4º Decisión 351.

<sup>25</sup> Ver, al respecto, PROAÑO MAYA, Marco. *El Derecho de Autor. Un Derecho Universal*. Quito: s.e., 1993, p. 42; UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>26</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*, p. 135.

<sup>27</sup> El hecho de que las obras orales (art. 4º inc. b) figuren en el catálogo de obras protegidas confirma que es posible que la forma de exteriorización sea no corpórea. De igual opinión, UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 89.



El mérito de la obra carece de relevancia para el derecho de autor, siempre que implique un aporte creativo. En muchos casos, los beneficios económicos derivados de la obra no guardan relación con su valor estético o cultural.<sup>28</sup>

En cuanto al destino, el autor puede decidir que la obra se mantenga inédita o, por el contrario, que sea divulgada.

### 3.4. LA ORIGINALIDAD COMO REQUISITO DE PROTECCIÓN

En el artículo 3° de la decisión, se establece que solo las creaciones intelectuales originales gozan de tutela legal. El requisito de originalidad sirve para trazar la línea divisoria entre las creaciones intelectuales que gozan de protección por derechos de autor y aquéllas que quedan fuera de su campo de protección.

La originalidad de la obra, desde el punto de vista del derecho de autor, apunta a su individualidad.<sup>29</sup> La obra protegida debe tener suficientes características propias como para distinguirla de cualquiera del mismo género.

No se requiere que la obra sea nueva, pero no puede ser copia o imitación, total o parcial, de la creación de otros. Así, en teoría es posible que dos obras idénticas y originales, creadas por dos autores diferentes (las llamadas «creaciones dobles»), gocen de protección. El principio de prioridad (en la presentación de una solicitud de concesión de patente de invención, de modelo de utilidad o de registro de marca o diseño industrial) que caracteriza a los derechos de propiedad industrial (con la consecuencia de que todo lo que se presente o cree con posterioridad queda fuera de protección) no tiene aplicación en los derechos de autor.

Sobre todo en la doctrina colombiana se requiere que la obra sea producto del «esfuerzo intelectual» del autor.<sup>30</sup> En el caso de creaciones intelectuales, en las que la forma de expresión esté dominada por su carácter técnico, como los programas de ordenador, se requiere que el requisito de «esfuerzo intelectual» sustituya la falta de manifestación individual del autor.<sup>31</sup>

Si bien el requisito de originalidad solo se ha consignado de forma expresa en las legislaciones boliviana<sup>32</sup> y peruana<sup>33</sup>, por el principio de supremacía de las

<sup>28</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*, t. I, p. 129.

<sup>29</sup> Ver *ib.*, p. 130; ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 68; y PROAÑO MAYA, Marco. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>30</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 78.

<sup>31</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>32</sup> Art. 1°, párr. 1 Ley Boliviana.

<sup>33</sup> Art. 2-17 Ley Peruana. Ver, al respecto, la jurisprudencia emitida por la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, entre otros, Resolución N.º 286-1998-TPI-INDECOPI del 23.3.1998, <<http://www.indecopi.gob.pe/upload/tribunal/spiprecedentes/res-0286-98.pdf>>. En esta resolu-

decisiones andinas sobre las legislaciones nacionales se entiende que este requisito debe estar también presente en los demás países andinos para que una obra sea protegida por derechos de autor.<sup>34</sup>

### 3.5. LA ENUMERACIÓN EJEMPLIFICATIVA DE LAS OBRAS PROTEGIDAS

La Decisión 351 protege «todas» las obras del ingenio, situación constante en el derecho comparado. La enumeración realizada en su artículo 4 tiene un simple carácter ejemplificativo.<sup>35</sup> Este catálogo, junto con las definiciones de algunas obras contenidas en el artículo 3°, busca concretizar el concepto de obra.<sup>36</sup>

El carácter ejemplificativo aparece reforzado cuando el listado de obras protegidas señala que se encuentran protegidas todas las obras literarias, artísticas y científicas, «entre otras, las siguientes...». Entre ellas se mencionan a las obras expresadas por escrito; las conferencias, alocuciones y sermones; las composiciones musicales; las obras dramáticas y dramático-musicales; las obras coreográficas y pantomimas; las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales; las obras de bellas artes; las obras de arquitectura; las obras fotográficas; las obras de arte aplicado; las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía; los programas de ordenador; las antologías o compilaciones de obras diversas; y las bases de datos.

En las legislaciones nacionales de los países andinos se resalta el carácter ejemplificativo del catálogo de obras, al incluir adicionalmente, al final del listado, una «pequeña cláusula general» que establece la protección de todo tipo de obra, siempre que sea original.<sup>37</sup>

---

ción, la Sala consideró que la etiqueta del insecticida ALPHA CPL 10 CE no era ni en su conjunto ni en sus elementos aislados original, puesto que la información que contenía, el lenguaje utilizado y la disposición de los diferentes elementos que la componían venían ya dados por normas legales o por libros técnicos sobre la materia, así como no difería sustancialmente de las otras etiquetas que ya se encontraban en el mercado. Ver también las Resoluciones N.ºs 1130-1998/TPI-INDECOPI del 23.11.1998 – GRÁFICA COLORAMA; 014-1998/TPI-INDECOPI del 6.1.1998 – UNA FAMILIA SEGURA ES UNA FAMILIA FELIZ; 781-1999/TPI-INDECOPI del 23.6.1999 – SOLO BALADAS EN ESPAÑOL; 782-1999/TPI-INDECOPI del 23.6.1999 – FORMATO; y 1156-1999/TPI-INDECOPI del 20.9.1999 – DISEÑO DE 9 FRANJAS. En: INDECOPI. *Compendio de Jurisprudencia de la Sala de Propiedad Intelectual (1996-1999)*, ts. I (240-246), III y IV.

<sup>34</sup> Ver para Ecuador: PROAÑO MAYA, Marco. *Op. cit.*, p. 43 y ss.; para Colombia: PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 14 y ss.; y para Venezuela: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de autor*, t. I, pp. 129 y ss.

<sup>35</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de autor*, T. I, p. 132.

<sup>36</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>37</sup> Art. 6º Ley Boliviana; art. 2º Ley Colombiana; art. 5º inc. n) Ley Peruana; art. 2º Ley Venezolana. Solo la actual Ley Ecuatoriana ha omitido el establecimiento de una «pequeña cláusula general».

### 3.6. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA CIERTAS OBRAS

#### 3.6.1. Obras de arte aplicado

Se consideran obras de arte aplicado aquellas creaciones artísticas con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.<sup>38</sup> Estas obras tienen protección sin ningún tipo de limitación.<sup>39</sup>

Lo anterior tiene relevancia a efectos de determinar si una obra de esta naturaleza es objeto de protección vía derechos de autor o vía diseños industriales. La Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial<sup>40</sup>, establece en su artículo 113° que la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional (línea, contorno, configuración, textura o material), sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto, puede ser objeto de protección por diseño industrial. La duración de la protección en este caso es de 10 años.<sup>41</sup> La Decisión 486 no se pronuncia sobre la posibilidad o imposibilidad de que una obra de arte aplicado sea protegida también por diseño industrial.<sup>42</sup>

En la Decisión 351, el legislador andino, al no establecer ninguna limitación para la protección de las obras de arte aplicado, opta porque la protección de una obra por diseño industrial no impida que también sea protegida por derechos de autor.<sup>43</sup> De esta forma, los intentos de una parte de la doctrina de resaltar las diferencias sustanciales de una y otra protección<sup>44</sup> no fueron finalmente tomados en cuenta.

#### 3.6.2. Programas de ordenador

Se entiende bajo la denominación «programas de ordenador» la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma, capaz de hacer que el ordenador elabore informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.<sup>45</sup> Esta definición alcanza a la docu-

<sup>38</sup> Art. 3° Decisión 351.

<sup>39</sup> Art 4°, inc. j) Decisión 351.

<sup>40</sup> Aprobada en el Septuagésimo Séptimo Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión, 14.9.2000, disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d486.htm>>.

<sup>41</sup> Art. 128° Decisión 486.

<sup>42</sup> A diferencia de lo que hace con los modelos de utilidad. En el art. 82° de la Decisión 486, establece que las obras plásticas, así como las obras que solo tengan un carácter estético, no se considerarán modelos de utilidad.

<sup>43</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>44</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «La Protección de las Obras de Artes Aplicadas y los Diseños Industriales». En: INDECOPI (ed.). *Los Retos de la Propiedad Industrial*. Lima: INDECOPI, 1996, pp. 159, 164-169, con ulteriores citas.

<sup>45</sup> Art. 3°, oración 1 Decisión 351 —Definición «Programa de ordenador (Software)»—.

mentación técnica y los manuales de uso de los programas de ordenador, que no son considerados obras literarias.<sup>46</sup>

Lo que se protege no son las instrucciones en sí mismas —puesto que las ideas (en este caso, instrucciones) por sí solas no pueden ser objeto de protección—<sup>47</sup> sino su forma de expresión. Esta es la razón principal por la que, en diversos países, se propugna por que los programas de ordenador sean también protegidos por el derecho de patentes. En este caso, la protección se extiende al producto de la invención, es decir, a la solución técnica inventada para resolver un problema concreto. No es posible proteger a otros terceros que desarrollen de forma independiente la misma solución. Frente a ello, los autorialistas tratan de resaltar las ventajas de que el programa de ordenador sea protegido (exclusivamente) por derechos de autor (por la forma en que nace el derecho, por el plazo de protección más extenso y por la inexistencia de los requisitos de novedad y de altura inventiva).<sup>48</sup> El legislador andino, en la Decisión 311 sobre propiedad industrial, considera los programas de ordenador como no invenciones. Esta posición se ha mantenido en las posteriores Decisiones 313, 344 y en la actual Decisión 486.<sup>49</sup> Esta exclusión impide también la patente de algoritmos;<sup>50</sup> sin embargo, invenciones en las cuales se utilicen programas de ordenador sí pueden ser objeto de un derecho de patente.<sup>51</sup>

Debido a su importancia económica,<sup>52</sup> la decisión contiene una regulación especial para este tipo de obras, al igual que para las bases de datos.<sup>53</sup> Como cualquier otro tipo de obra,<sup>54</sup> para que un programa de ordenador goce de protección por derechos de autor debe ser original. Esta originalidad se reflejará en la velocidad de respuesta, aprovechamiento de la memoria, facilidad de comunicación con el usuario, cumplimiento de tareas colaterales, eficacia en el desempeño de las funciones y modalidades de comandos, entre otros.<sup>55</sup>

<sup>46</sup> Art. 3º, oración 2 Decisión 351 —Definición «Programa de ordenador (Software)»—.

<sup>47</sup> Art. 7º, párr. 1 Decisión 351.

<sup>48</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, pp. 220 y ss.

<sup>49</sup> Art. 6º, inc. b) Decisiones 311, 313, 344; y art. 15º, inc. e) de la Decisión 486. Al respecto, ver PACHÓN MUÑOS, Manuel y Zoraida SÁNCHEZ. *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial. Decisiones 344 y 345 del Acuerdo de Cartagena*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pp. 64 y ss.

<sup>50</sup> CORREA, Carlos. «Veränderungen im lateinamerikanischen Patentrecht». *GRUR Int.* 1994, p. 803.

<sup>51</sup> Así ha sido aclarado expresamente en la actual Decisión 486. Ver art. 15º, inc. e).

<sup>52</sup> LEWINSKI, Silke von. «Urheberrechtsharmonisierung mi Andenpakt - interessant auch für Europa?». *GRUR Int.* 1994, p. 471.

<sup>53</sup> Art.ºs 23º-28º Decisión 351.

<sup>54</sup> Ver *supra* 3.4.

<sup>55</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 219.

La protección de los programas de ordenador se da en los mismos términos que en el caso de las obras literarias.<sup>56</sup> Esta disposición tiene como ventaja que no sea necesaria la discusión en los países andinos sobre si los programas de ordenador gozan de la protección internacional prevista en el Convenio de Berna, ni que se le considere una obra de arte aplicado, cuyo plazo de protección es menor que el de las obras literarias.<sup>57</sup>

### 3.6.3. Base de datos

Una base de datos puede ser protegida por derechos de autor si la forma de selección o distribución de la información es original.<sup>58</sup> La protección se extiende a aquellas bases de datos creadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la decisión.<sup>59</sup> Se excluye de protección aquellas bases de datos producto del resultado del simple trabajo mecánico o rutinario (por ejemplo, las guías de teléfono), en los que no existe una creación personal.<sup>60</sup>

La decisión no define el concepto de base de datos ni en el artículo 3° sobre definiciones ni en el capítulo VIII sobre programas de ordenador y bases de datos. En este capítulo, se limitan a repetir que la base de datos se protegerá si la selección o disposición de las materias constituyen una creación intelectual. La protección no se hace extensiva a los datos o información compilados, pero no afecta los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman.<sup>61</sup>

Aunque no se establezca claramente, debe entenderse que las «bases de datos», a diferencia de las «compilaciones de obras diversas», no necesariamente están constituidas por la utilización de obras preexistentes, sino que pueden ser una recopilación de hechos y datos que no constituyan, ellos mismos, obra.<sup>62</sup>

Tradicionalmente, en la doctrina andina —siguiendo la tendencia internacional—, se utilizaba el nombre «bases de datos» para referirse a aquellas colecciones procesadas por medios informáticos.<sup>63</sup> Sin embargo, el hecho de que el almacenamiento de la recopilación de las obras, hechos o datos sea o no informática no es relevante actualmente. Así, se comprende bajo «base de datos» todas las compilaciones

<sup>56</sup> Art. 23°, párr. 1 Decisión 351. El Gobierno norteamericano criticó, en sus observaciones a la Decisión 351, el hecho de que los programas de ordenador sean protegidos como obras literarias pero que no aparezcan denominados como tales. Ver GOVERNMENT OF THE USA. *Observaciones a las decisiones andinas 344, 345 y 351*, p. 6.

<sup>57</sup> Ver *infra*, 3.10.8. Sobre este punto, ver ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 224.

<sup>58</sup> Art. 4°, inc. m) Decisión 351.

<sup>59</sup> Art. 58° Decisión 351.

<sup>60</sup> De igual opinión, ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 246.

<sup>61</sup> Art. 28° Decisión 351.

<sup>62</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 241.

<sup>63</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. cit.*, p. 238.

de información, independientemente de que existan o no en forma impresa en unidades de almacenamiento en una computadora o de cualquier otra forma.<sup>64</sup>

### 3.6.4. Títulos de obras

El título de una obra consiste en la palabra, o conjunto de palabras o signos, que sirven para identificarla, sea a través de combinaciones de fantasía o bien mediante el uso de vocablos que aludan a su contenido.<sup>65</sup> El título de una obra no se encuentra regulado de forma expresa o tácita en la decisión.

De acuerdo con la doctrina vigente, si el título de la obra tiene elementos de originalidad se protegerá como parte de la obra misma.<sup>66</sup> En este caso, recaen sobre el título los mismos derechos de los que goza el autor de la obra, como, por ejemplo, exigir que en toda utilización de la creación se emplee el título de la misma.<sup>67</sup> Sin embargo, podría sostenerse que, en la medida en que el catálogo de obras protegidas por la decisión es solo ejemplificativa, el título puede gozar de una protección independiente, siempre —claro está— que cumpla con el requisito de originalidad. En todo caso, los títulos genéricos no tienen protección, tampoco cuando se limitan a indicar el género, contenido o índole de la obra («Derecho Penal»)<sup>68</sup>.

Sobre el título de una obra puede también otorgarse un derecho de marca, siempre que cumpla con los requisitos de distintividad y representación gráfica.<sup>69</sup> Sin embargo, se encuentran prohibidos de registro de marca los títulos de obras que infrinjan un derecho de autor, salvo que exista consentimiento del autor.<sup>70</sup> De existir un registro de marca sobre el título de la obra, su titular gozará de los mismos derechos que un titular de un signo distintivo cualquiera. La protección en este caso es de diez años renovables indefinidamente.<sup>71</sup> El contenido del *ius prohibendi* comprende el riesgo de confusión y de asociación.<sup>72</sup> En el caso

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS. «El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los Umbrales del año 2000». En: *Libro-memorias, I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid, 1991, t. I.

<sup>65</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*, t. I, p. 147.

<sup>66</sup> En diversas legislaciones de derecho comparado, se encuentra una disposición expresa en este sentido. Ver, por todos, ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*, t. I, p. 148.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> Art. 134°, párr. 1 Decisión 486. El título de la obra debe poder ser capaz, por sí mismo, de distinguir unos productos o servicios de otros. Por lo general, esta situación no se presentará si el título es genérico («Diccionario»), descriptivo («Derecho Penal») o carece de distintividad por ser muy banal, simple, etc. En este último caso, difícilmente podrá ser aprehendido por los consumidores como proveniente de un origen empresarial determinado. Ver BENTATA, Dana. «Estudio de la Decisión 344 sobre Propiedad Industrial». *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, n.º 10, 1994, pp. 272-279; PACHÓN MUÑOZ, Manuel y Zoraida SÁNCHEZ. *Op. cit.*, pp. 193-302.

<sup>70</sup> Art. 136°, inc. f) Decisión 486.

<sup>71</sup> Art. 152°, Decisión 486.

de títulos de obras notorios, se protege también contra el riesgo de dilución y contra el aprovechamiento injusto del prestigio de la marca.<sup>73</sup> La protección por marca no excluye que el título de la obra sea también protegido por derechos de autor. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Andino. El Tribunal hace referencia a la doble naturaleza del título de una obra: la posibilidad de que sea protegido por derechos de autor y por derechos de marca.<sup>74</sup>

### 3.7. NACIMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR

Siguiendo la tendencia universal, la Decisión 351 protege las creaciones intelectuales por el solo hecho de la creación.<sup>75</sup> El ejercicio y goce de los derechos de autor no están sujetos a formalidades. Como «reliquia del sistema anterior de privilegios» se mantienen en los Países Miembros los registros de obras.<sup>76</sup> Sin embargo, la carencia de un registro es irrelevante para el ejercicio de los derechos de autor<sup>77</sup>, ya que aquel tiene un carácter meramente declarativo.<sup>78</sup>

### 3.8. DIFERENCIA ENTRE OBRA Y SOPORTE FÍSICO

El derecho de autor sobre una creación intelectual es independiente del derecho de propiedad sobre el bien material a través del cual se ha exteriorizado esta creación.<sup>79</sup> Por lo anterior, el propietario del soporte material en el cual está incorporada la obra está limitado en el ejercicio de determinados actos, como por ejemplo, modificar parte de la obra, ya que este acto afectaría el derecho moral del autor.

### 3.9. TITULARIDAD Y AUTORÍA

Las diferencias que existen en los sistemas de protección del derecho de autor<sup>80</sup> alcanzan su punto máximo en la determinación de la titularidad del derecho de autor. Para el sistema continental europeo, sólo las personas naturales pueden ser autores y titulares originarios de una obra. En el sistema anglosajón, también es posible que personas jurídicas sean titulares originarios. De acuerdo con la

<sup>72</sup> Art. 155°, inc. d) Decisión 486.

<sup>73</sup> Art. 155°, inc. e) Decisión 486.

<sup>74</sup> Proceso N.º 10-IP-94 del 17.3.1995. <<http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/10-ip-94.htm>>.

<sup>75</sup> Art. 52° Decisión 351.

<sup>76</sup> LIPSZYC, Delia. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. París/Bogotá/Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 68.

<sup>77</sup> Art. 52° Decisión 351.

<sup>78</sup> Art. 53° de la Decisión 351. Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Andino en su Sentencia expedida en el Proceso 64-IP-2000, publicado en la Gaceta Oficial N.º 602 del 21.9.2000. <<http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/64-ip-2000.htm>>.

<sup>79</sup> Art. 6° Decisión 351. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*, t. I, p. 137, señala que esta diferencia queda clara si se piensa, por ejemplo, que la obra literaria es una aunque la edición conste de miles de ejemplares.

<sup>80</sup> Ver *supra* 2.4.

doctrina de las obras hechas por encargo (*works made for hire*), se considera, por ejemplo, en las obras creadas en el marco de una relación laboral, que el empleador es el titular original. Por el contrario, en el sistema continental europeo, las prestaciones financieras y organizativas que se dan en la creación de una obra encuentran una protección a través de las figuras del derecho de alquiler de los derechos conexos, licencias obligatorias, licencias legales o a través de presunciones legales en los titulares derivados.<sup>81</sup>

Titulares derivados pueden ser personas naturales o jurídicas. Bajo el ideal del sistema continental europeo, el autor decide, en cada caso, quién va a ejercer los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra. Para reforzar su posición jurídica no se permite que celebre ningún tipo de negocio jurídico sobre sus derechos morales. El sistema anglosajón se rige por las reglas del mercado. Por ello, es posible la transferencia de todos los derechos de autor.

En la Decisión 351, el tema de la autoría y titularidad de los derechos de autor es regulado de manera muy general. Se deja mucho espacio para que, a nivel nacional, se introduzcan disposiciones al respecto.

La Decisión establece que el autor es la persona física que realiza la creación intelectual.<sup>82</sup> De esta definición no puede inferirse que el autor es el único que puede ser titular originario. Tampoco existe una disposición expresa al respecto. De acuerdo con la doctrina vigente, aunque en el régimen común andino se siga el sistema continental europeo, el concepto de autor no equivale al de titular original.<sup>83</sup>

Para facilitar el tráfico económico se presume que es autor aquel cuyo nombre aparezca indicado en la obra.<sup>84</sup> Se trata de una presunción *iuris tantum*; por tanto, admite prueba en contrario. Otra presunción de autoría *iuris tantum* surge del registro de la obra,<sup>85</sup> que es facultativo y no constitutivo de derechos, pero presume ciertos los hechos y actos que en él consten.

En relación con las obras desarrolladas en el marco de una relación laboral o un contrato de obra, la decisión admite que una persona distinta del autor —el empleador o el contratante— pueda ser titular originario de los derechos.<sup>86</sup> De

<sup>81</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 113.

<sup>82</sup> Art. 3° Decisión 351.

<sup>83</sup> Cf. ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 96; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*, t. I, p. xx; BRACAMONTE, Guillermo. *Derechos de autor y derechos conexos en los Países del Acuerdo de Cartagena, Decisión 351*. Lima: Serral, 1994, p. 39; LIPSZYK, Delia. *Op. cit.*, pp. 123 y ss.

<sup>84</sup> Art. 8° Decisión 351.

<sup>85</sup> Art. 53° Decisión 351.

<sup>86</sup> Art. 10° Decisión 351.



esta forma, el legislador andino relativiza el principio de autoría del sistema continental europeo.<sup>87</sup>

Aunque no se indique expresamente, en concordancia con el sistema seguido por la decisión debe entenderse que el artículo 9° de la decisión está referido a la titularidad derivada.<sup>88</sup> Se reconoce que el autor puede transferir a favor de terceros, a título derivativo, algunas o todas las facultades que conforman el derecho patrimonial.<sup>89</sup> De una interpretación literal de la norma no es posible la transferencia de los derechos morales, situación aclarada expresamente en el artículo 11° de la decisión. Así, en este punto, la decisión sigue el sistema de tradición continental europeo y declara la inalienabilidad de los derechos morales. La titularidad derivada puede surgir, entre otros, de una transferencia *mortis causa*<sup>90</sup> o de una cesión por acto entre vivos.<sup>91</sup> En el primer caso, los derechohabientes solo heredan los derechos patrimoniales. En relación con los derechos morales, pueden ejercerlos ilimitadamente por el plazo de duración de los derechos patrimoniales<sup>92</sup> (pero no son titulares). Vencido este plazo, el Estado u otras instituciones designadas asumen la defensa de la paternidad del autor y la integridad de su obra. Desde el punto de vista del contenido de los derechos, la posición jurídica del titular de los derechos de autor no es diferente al de aquel que (solo) ejerce los mismos.<sup>93</sup> En el segundo caso (cesión por acto entre vivos), la cesión se limitará a los derechos, duración y territorio establecidos en el contrato.<sup>94</sup> Rige el principio de especificidad.<sup>95</sup>

### 3.10. DERECHOS MORALES

#### 3.10.1. Terminología y contenido

El sistema continental europeo busca proteger los intereses ideales del autor en la creación de su obra. Ello se da a través del reconocimiento y regulación de los *derechos morales* del autor. El autor tiene derecho a la paternidad de su obra y

<sup>87</sup> Ver LEWINSKI, Silke von. *Op. cit.*, pp. 470 y ss.; y UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 114. Aparentemente, la introducción de esta disposición se dio por la presión política y económica que se ejerció sobre el grupo de expertos. Ver ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El Derecho de Autor...», pp. 72 y ss., y 79 y ss.

<sup>88</sup> En la medida en que el art. 10° está referido a la titularidad originaria para obras creadas en el marco de una relación laboral o un contrato de obra. Ver LEWINSKI, Silke von. *Op. cit.*, pp. 470 y ss.; UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, *loc.cit.*

<sup>89</sup> A esta conclusión se llega del texto del art. 31 de la Decisión 351.

<sup>90</sup> Art. 29° Decisión 351.

<sup>91</sup> Art.ºs 29° al 31° Decisión 351.

<sup>92</sup> Art. 11°, párr. 2 Decisión 351. Sobre el plazo de duración de los derechos patrimoniales, ver *infra* 3.11.8.

<sup>93</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>94</sup> Art. 31° Decisión 351. Cf. ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>95</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 115.

puede oponerse a mutilaciones o deformaciones que atenten contra su integridad.<sup>96</sup> Los seguidores del sistema anglosajón ven en los derechos morales una limitación a la explotación de los derechos de autor.

La decisión utiliza los términos de origen francés «derecho moral», «derechos morales» y «derechos de orden moral», que son los que se encuentran más arraigados en las legislaciones de los países que siguen este sistema de protección. Algunos países, como Alemania, España y Portugal, prefieren utilizar los términos «derecho de la personalidad del autor» o «derechos personales», por cuanto la expresión «derecho moral» podría dar lugar a entender que los otros derechos (patrimoniales) no son morales.

Debido a su vínculo con la persona del autor, se establece expresamente en la decisión que los derechos morales son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables.<sup>97</sup> Al ser inalienables, no es posible transferir —sea a título oneroso o gratuito— estos derechos por acto entre vivos o *mortis causa*. Como ya se mencionó,<sup>98</sup> en el caso de la muerte del autor, los herederos no se vuelven titulares de los derechos morales y solo tienen derecho a ejercerlos sin limitación alguna. El carácter de inembargable es consecuencia de su falta de contenido patrimonial. Sin embargo, ello no significa que una violación al derecho moral esté exenta de una obligación de reparación económica.<sup>99</sup> El derecho moral es imprescriptible porque no se adquiere por prescripción adquisitiva ni se pierde por prescripción extintiva. De esta manera, se deja claro que para el ejercicio del derecho moral no es necesario ningún uso del derecho y que éste no tiene una limitación temporal.<sup>100</sup> De igual manera, el derecho moral es irrenunciable como consecuencia de su inalienabilidad. Esta característica ha sido criticada por parte de los inversionistas extranjeros.<sup>101</sup>

Se entiende también que los derechos morales son perpetuos,<sup>102</sup> por lo menos en lo que se refiere a la paternidad del autor y la integridad de su obra, cuyo ejercicio, una vez que la misma ha ingresado al dominio público, corresponde a los herederos del autor, al Estado y a cualquier persona natural o jurídica que acredite tener legítimo interés sobre la respectiva obra.

<sup>96</sup> Ver art. 6° bis Convenio de Berna.

<sup>97</sup> Art. 11°, párr. 1 Decisión 351.

<sup>98</sup> Ver *supra* 3.9.

<sup>99</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>100</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>101</sup> GOVERNMENT OF THE USA. *Op. cit.*, p. 6; SHERWOOD, Robert. «Intellectual Property Systems and Investment Stimulation, Rating 18 Developing Country Systems». Washington, 1997, p. 41. Ver también la crítica correspondiente realizada a la Ley Peruana: GOVERNMENT OF THE USA. *Peru - IPR - Decree Laws 822 and 823, Non-Paper Outline*, sept. 1994, p. 14. Cf. también BENTATA, Dana. «Derecho de autor y *copyright* en la reciente reforma venezolana». *Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela, n.º 91, 1994, p. 277; RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. cit.*, p. 265.

<sup>102</sup> Art. 11°, párr. 3 Decisión 351.

En el artículo 11º, párrafo 1 de la decisión, se enumeran los atributos mínimos de orden personal que le corresponden al autor, a saber: el derecho de divulgación, el derecho de paternidad y el derecho de integridad de la obra. Sin embargo, estos derechos no agotan la protección de los intereses personales del autor sobre su obra. Así, es posible que ésta sea ampliada por las leyes nacionales de los Países Miembros.<sup>103</sup>

### 3.10.2. El derecho de divulgación

El autor tiene el derecho de decidir cuándo quiere divulgar su obra.<sup>104</sup> Se entiende por *divulgación* el hacer accesible la obra al público por primera vez por cualquier medio o procedimiento.<sup>105</sup>

La decisión no especifica el alcance de la expresión «hacer accesible la obra al público». La doctrina considera que para ello es necesario que la difusión se efectúe de modo tal que se permita su conocimiento al público en general. La presentación ante un círculo íntimo o familiar no constituye divulgación.<sup>106</sup>

### 3.10.3. El derecho de paternidad

El autor tiene derecho a ser reconocido como tal.<sup>107</sup> Este derecho no conlleva la obligación por parte del autor de identificar la obra con su nombre, porque debe ser voluntad del autor decidir si su obra se identifica con su nombre o como obra anónima o bajo seudónimo.<sup>108</sup>

### 3.10.4. El derecho de integridad de la obra

El autor puede prohibir cualquier deformación, mutilación o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.<sup>109</sup> Se habla, en este caso, de una protección a la integridad de la obra.<sup>110</sup>

<sup>103</sup> Art. 12º Decisión 351. De hecho, los países andinos han hecho uso de esta facultad. Así, con excepción de Bolivia y Ecuador, se ha incorporado en las respectivas leyes nacionales el derecho al retiro o arrepentimiento (art. 30º, inc. 3) Ley Colombiana; art. 22º, inc. e) Ley Peruana; y art. 58º, párr. 1 Ley Venezolana). En Colombia y Perú, el autor tiene también el derecho de modificar la obra divulgada (art. 30º, inc. d) Ley Colombiana; y art. 22º, inc. d) Ley Peruana. En Ecuador, Perú y Venezuela, se ha consagrado el derecho del autor de acceder al ejemplar de su obra, aun cuando ésta sea propiedad de un tercero (art. 18º, inc. d) Ley Ecuatoriana; art. 22º, inc. f); art. 28º Ley Peruana; y art. 22 Ley Venezolana).

<sup>104</sup> Art. 11º, párr. 1, inc. a) Decisión 351.

<sup>105</sup> Art. 3º Decisión 351.

<sup>106</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 114; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho del Autor*, t. I, p. XXX.

<sup>107</sup> Art. 11º párr. 1 inc. b) Decisión 351.

<sup>108</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, pp. 115 y ss.

<sup>109</sup> Art. 11º, párr. 1, inc. c) Decisión 351.

<sup>110</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El Derecho de Autor...», p. 97.

Se requiere que la deformación, mutilación o modificación implique una injerencia directa en la sustancia de la obra. Un daño a la reputación del autor no es suficiente, salvo que se demuestre que la modificación ha afectado la sustancia de la obra. Más importante que la dimensión de la modificación de la obra en sí es el alcance del perjuicio que ésta pueda ocasionar.

No se consideran una violación al derecho de integridad las transformaciones, adaptaciones, traducciones autorizadas que se hagan de la obra original. En estos casos, no se ocasiona un perjuicio a la obra, sino que se le da a la misma un rostro diferente.<sup>111</sup> En este sentido, la limitación prevista en la decisión respecto a las modificaciones necesarias que se requieren realizar de un programa de ordenador para su utilización no constituye una limitación del derecho de integridad sino del derecho patrimonial de arreglo, adaptación o transformación de la obra.<sup>112</sup>

El límite del ejercicio del derecho de integridad de la obra debe encontrarse en el derecho de propiedad que tiene aquel que ha adquirido el objeto material en el que se ha exteriorizado la obra. Debe buscarse un balance de los diferentes intereses envueltos siguiendo el principio de la concordancia práctica.<sup>113</sup>

### 3.11. DERECHOS ECONÓMICOS

#### 3.11.1. Características y contenido

Los derechos patrimoniales buscan garantizar que el autor pueda controlar la explotación de sus obras y beneficiarse económicamente de su uso. La Decisión 351 contiene una lista ejemplificativa de modalidades de explotación. Esta lista se basa en las modalidades de explotación reconocidas originariamente: el derecho de reproducción de obras expresadas en forma gráfica, el de ejecución pública de composiciones musicales y el de representación de obras escénicas.<sup>114</sup> Se añaden nuevas modalidades de explotación que han surgido con la sociedad de la información.<sup>115</sup> Con el objetivo de combatir la piratería, se han incluido nuevos derechos de distribución de la obra, a saber: el derecho de distribución pública mediante la venta, arrendamiento o alquiler, y el de importación.<sup>116</sup>

Los derechos patrimoniales son derechos *exclusivos*, de modo que solamente el autor (o su derechohabiente) puede realizar, autorizar o prohibir cualquier

<sup>111</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>112</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El Derecho de Autor...», p. 97.

<sup>113</sup> Cf. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «Las obras creadas por encargo y bajo relación de trabajo». En: DIREÇÃO-GENERAL DOS ESPECTÁCULOS (eds.). *Num Novo Mundo do Direito de Autoré, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Lisboa, 1994, p. 110; PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>114</sup> Art.ºs 13º al 15º Decisión 351.

<sup>115</sup> Art. 15º Decisión 351.

<sup>116</sup> Art. 13º, inc. c) y d) Decisión 351.

acto que implique la utilización de su obra. Estos derechos son oponibles a todos; pueden ser transferidos por acto entre vivos; son renunciables; y se puede establecer un derecho de garantía sobre ellos, embargarlos y expropiarlos. Asimismo, tienen una duración limitada.

Una modalidad de explotación que no constituye propiamente un derecho de exclusiva sino, más bien, un reconocimiento a favor del autor para obtener una remuneración lo constituye el *droit de suite*.<sup>117</sup>

Al igual que en el caso de los derechos morales, la decisión faculta a los Países Miembros a que introduzcan en sus legislaciones nacionales otras modalidades de explotación a las previstas en la decisión.<sup>118</sup>

Debido a la función social que cumplen las obras, se imponen limitaciones a los derechos de explotación. La decisión regula de forma detallada las limitaciones y excepciones de los derechos de explotación.<sup>119</sup> De esta forma es posible —en determinados supuestos y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos— que el público tenga acceso a la información y pueda, por ejemplo, utilizar con fines de enseñanza la obra de un autor sin su autorización expresa. Existen limitaciones especiales para los programas de ordenador.<sup>120</sup>

### 3.11.2. El derecho de reproducción

El autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de su obra.<sup>121</sup> Se entiende por reproducción la fijación de la obra en cualquier medio

<sup>117</sup> Art. 16° Decisión 351.

<sup>118</sup> Art. 17° Decisión 351. En las Leyes Ecuatoriana (art. 19°), Peruana (art. 30°) y Venezolana (art. 23° párr. 1, oración 1), se reconoce de forma general el derecho de exclusiva del autor a explotar su obra. En consecuencia, se prohíbe cualquier forma de explotación de la obra que no cuente con el consentimiento del autor (art. 37° Ley Peruana; y art. 42° Ley Venezolana). En Bolivia y Colombia, no existe este derecho general sino solo un listado de las facultades específicas con las que cuenta el autor para la explotación de su obra. Sin embargo, al establecerse en la Ley Boliviana (art. 1°, párr. 2) que el derecho de autor comprende «los derechos patrimoniales que protegen el aprovechamiento económico de la obra» puede entenderse que el listado de las facultades patrimoniales no es taxativo. En Colombia, no existe una disposición similar, pero la Corte Constitucional ha realizado una interpretación en el mismo sentido. Ver Sentencia N.º C-276/96 del 20.6.1996, 16. De otro lado, la Ley Colombiana prohíbe expresamente al Estado permitir la explotación de la obra sin autorización del autor (art. 160). En este sentido, el Consejo de Estado hubo de negar a la empresa pública de correos un *status* especial para el uso de obras privadas en la emisión de estampillas. Ver Sentencias N.ºs 5284 del 31.1.1989 y 3060 del 18.3.1991. Finalmente, cabe mencionar el derecho que tiene el autor en las Leyes Ecuatoriana (art. 25°) y Peruana (art. 38°) a exigir la incorporación de mecanismos que impidan la comunicación, reproducción, modificación, recepción y retransmisión de la obra. En consecuencia, constituye una violación a los derechos de autor cualquier acto destinado a burlar los sistemas de autotutela implementados, incluyendo la producción y distribución de estos sistemas.

<sup>119</sup> Art. 22° Decisión 351.

<sup>120</sup> Art.ºs 24° al 26° Decisión 351.

<sup>121</sup> Art. 13°, inc. a) Decisión 351.

que permita su comunicación.<sup>122</sup> Esta definición es muy general y faculta a que se realice una interpretación amplia que corresponda con el carácter genérico de reproducción.<sup>123</sup>

La reproducción de la obra puede darse sobre todo o sobre una parte o fragmento de la obra. Es irrelevante la finalidad de la reproducción (fines comerciales o benéficos) o si la obra se va a utilizar en el ámbito privado o público. El derecho patrimonial en cuestión abarca todas las formas de reproducción, sean directas (fotocopia de un libro) o indirectas (la transcripción de la obra literaria para ser incorporada en la memoria de una computadora), y es independiente de la cantidad de copias que se realicen o si solo se ha fijado la obra en un soporte material, sin necesidad de que esta haya sido distribuido.<sup>124</sup>

De acuerdo con esta definición, también sería reproducción la copia de una obra (programa de ordenador) en la memoria de una computadora. Sin embargo, las normas especiales sobre programas de ordenador establecen que la grabación de un programa de ordenador para uso personal del licenciatarario y/o por seguridad no constituyen actos de reproducción.<sup>125</sup> De otra forma, no sería posible el uso del programa de ordenador. Cualquier otra copia del programa de ordenador en una computadora constituye una reproducción de la obra. Así, no es posible el uso de un programa de ordenador por diferentes personas vía Intranet sin autorización del autor. La autorización, en todo caso, debe solicitarse para cada uno de los usuarios que van a utilizar el programa.

No queda claro si la fijación temporal de una obra durante la consulta de bases de datos en Internet (*browsing*) constituye o no una reproducción. Igualmente, si la digitalización de una obra que supone previamente su grabación en una computadora, constituye una reproducción de la obra.<sup>126</sup>

### 3.11.3. El derecho de comunicación pública

Una obra es comunicada al público si es posible para una pluralidad de personas tener acceso a la obra, sin necesidad de que se hayan distribuido ejemplares de la misma.<sup>127</sup> En la medida en que se ha empleado el término «pluralidad de personas» y no «multitud de personas» bastaría que dos personas tengan acceso a la obra.<sup>128</sup> Es irrelevante si las personas se encuentran en el mismo lugar, si pueden acceder en el mismo momento a la obra y si realmente accedieron o no. La co-

<sup>122</sup> Art. 14° Decisión 351.

<sup>123</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*, t. I, p. 403.

<sup>124</sup> *Ib.*, t. I, pp. 402 y ss. con ulteriores citas.

<sup>125</sup> Art. 26°, párr. 1 Decisión 351.

<sup>126</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 146.

<sup>127</sup> Art. 13°, inc. b) Decisión 351.

<sup>128</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 148.

municación pública puede realizarse por cualquier forma o procedimiento, incluyendo medios digitales.<sup>129</sup>

No existe una limitación del concepto de «comunicación pública», aunque ya desde hace mucho tiempo se ha adoptado en los países andinos la distinción que se realiza a nivel internacional en cuanto a si el acceso a la obra se realiza en el ámbito privado o público.<sup>130</sup> Así, en una sentencia venezolana, se estableció que la comunicación de una obra musical en la esfera privada no constituía una violación a los derechos de autor.<sup>131</sup>

Dada la cantidad de modalidades que pueden constituir una comunicación pública, la decisión solo hace una enumeración ejemplificativa de los actos que sí encuadran en esta forma de explotación de la obra («[...] en especial las siguientes»);<sup>132</sup> entre otras, las representaciones escénicas de las obras dramáticas, literarias o musicales; la proyección o exhibición pública de obras cinematográficas; la transmisión de cualesquiera obras por radiodifusión; la retransmisión, por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida; la exposición pública de obras de arte; y el acceso a base de datos por ordenador por cualquier medio, en tanto incorporen obras protegidas.

#### 3.11.4. El derecho de distribución

##### 3.11.4.1. El derecho de disposición

Este derecho está referido a la puesta a disposición del público de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma. Estas formas de aparición de la obra son solo enunciativas. La «puesta a disposición del público» implica que para que se dé esta forma de explotación no es necesario la celebración de un contrato de compra-venta o similares, sino que basta con el ofrecimiento a celebrar un contrato.

La decisión no contiene una disposición sobre el agotamiento de los derechos de distribución. Ello fue objeto de crítica por parte del Gobierno norteamericano.<sup>133</sup> Llama la atención que el grupo de expertos no haya buscado un acuerdo sobre una norma que tantas repercusiones tiene en la libre circulación de las

<sup>129</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, pp. 130 y ss.

<sup>130</sup> En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Andino. Ver la sentencia emitida en el Proceso 39-IP-00 del 1.12.1999, Gaceta Oficial N.º 523. <<http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/39-ip-99.htm>> Cf. también LIPSZYC, Delia. *Op. cit.*, p. 210; ZAPATA, Fernando. *El Derecho Patrimonial*. Ponencia sostenida en el Seminario de Formación para Profesores de Derecho Privado en Derecho de Autor y Derechos Conexos. Popayán, 30.8.-2.9.1994, p. 2.

<sup>131</sup> Ver Sentencia del Juzgado N.º 1 en lo Civil del Estado Lara del 12.12.1972. En: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de autor*.

<sup>132</sup> Art. 15º Decisión 351.

<sup>133</sup> GOVERNMENT OF THE USA. *Op. cit.*, p. 6.

mercaderías dentro de un mercado común. Por el contrario, el grupo de expertos prefirió que toda la problemática del agotamiento de los derechos sea regulada a nivel nacional. En este sentido, es posible que los países introduzcan un agotamiento nacional de los derechos, como de hecho en la práctica ha sucedido.<sup>134</sup>

#### 3.11.4.2. El derecho de importación

El autor tiene el derecho de autorizar o prohibir la importación de copias de su obra hechas sin su autorización.<sup>135</sup> En la medida en que las decisiones andinas no implican una supresión del principio de territorialidad, es posible esta importación de un País Miembro a otro. Por lo anterior, el autor no podrá oponerse a la importación de copias legales de su obra sobre la base de este derecho de explotación. Las copias pueden realizarse en el extranjero e importarse a un País Miembro, independientemente de que el autor haya limitado la disposición de las mismas al territorio extranjero. En este sentido, se permiten importaciones paralelas. En la medida en que las importaciones paralelas implican una falta de control por parte del autor del nivel de los precios en cada territorio nacional, con esta disposición resultan perjudicadas muchas multinacionales.<sup>136</sup> Las importaciones paralelas solo tienen lugar cuando existe una diferencia de precios entre uno y otro país. Solo de esta forma será para el importador rentable importar los productos de un país, pagar los costos de transporte, derechos de importación, entre otros, y comercializarlos en el país a un precio competitivo. Si bien, en muchos países en vías de desarrollo, los precios de los productos son, en general, más bajos que en los países industrializados, en el sector de programas de ordenador, cassettes, videocassettes, discos compactos y ahora DVD, debido a la fuerte competencia que existe en algunos países (p. ej., en los Estados Unidos), los precios de estos productos son bastante más bajos que en los países andinos.

Sin embargo, la posibilidad de realizar importaciones paralelas no implica que los productos puedan ser comercializados en el país importador.<sup>137</sup> En derechos de autor rige el principio de que el autor puede limitar cada acto de explotación a un territorio nacional determinado. En la medida en que, en el derecho de disposición, no se logró una regulación comunitaria en relación con el tema del agotamiento de los derechos, puede suceder que, si bien el autor no pueda impedir la importación de la copia autorizada de su obra, si el País Miembro ha optado por un agotamiento nacional del derecho de distribución, en la práctica sea imposible la posterior comercialización en el país de los productos importados. Esta situación se da, por ejemplo, en el Perú.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Art. 23º, párr. 4 Ley Ecuatoriana; art. 34º, párr. 2 Ley Peruana; y art. 41º, párr. 3 Ley Venezolana.

<sup>135</sup> Art. 13º, inc. d) Decisión 351.

<sup>136</sup> Por ello, la crítica del Gobierno norteamericano. Ver GOVERNMENT OF THE USA. *Op. cit.*, p. 6; SHERWOOD. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>137</sup> De igual opinión, UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>138</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, pp. 142 y ss.



### 3.11.5. El derecho de transformación

El autor tiene el derecho de autorizar o prohibir las traducciones, adaptaciones, arreglos u otras transformaciones de su obra.<sup>139</sup> Este derecho puede hacerse valer desde el momento en que la obra derivada está siendo producida y no recién en la fase de su explotación. La decisión no prevé limitaciones de este derecho de explotación, por lo que es posible que una transformación de una obra, aunque se realice en el ámbito privado, también requiera de autorización del autor.<sup>140</sup> Para los programas de ordenador rige una excepción. Si la transformación es necesaria para el funcionamiento del programa o por razones de seguridad, es posible llevar a cabo la misma sin autorización del autor.<sup>141</sup>

Lo que no queda claro es, si en el caso de obras derivadas, el autor de la obra original tiene un derecho en la determinación de la explotación de la obra derivada. Para la doctrina vigente, se presenta en este caso un régimen de doble titularidad en el que se requiere la autorización tanto del autor de la obra derivada como el de la obra original.<sup>142</sup>

### 3.11.6. El derecho de participación o *droit de suite*

El autor de una obra de arte plástico tiene el derecho de recibir una remuneración sobre cada reventa que se haga del ejemplar original que contiene su obra, si la reventa se ha realizado en una subasta pública o por medio de un negociante profesional de la materia. Se reconoce expresamente que el derecho de participación es transmisible por causa de muerte, es inalienable e irrenunciable.<sup>143</sup> Este derecho se basa en el reconocimiento del desequilibrio que, en muchos casos, existe entre los autores y los usuarios de obras (adquirentes de los soportes materiales y negociantes profesionales en obras de arte), dado que muchos autores, en los primeros años de su carrera artística, se ven obligados a vender a precios muy bajos.<sup>144</sup>

La decisión solo contiene una obligación para los Países Miembros, a saber: que regulen este derecho a nivel nacional.<sup>145</sup> Por tanto, un autor no puede exigir una remuneración por la reventa de su obra de arte plástica basándose directamente en la decisión.

No queda claro por qué la decisión optó en este punto por instruir a los Países Miembros a introducir una regulación al respecto y no regular directamente

<sup>139</sup> Art. 13º, inc. e) Decisión 351.

<sup>140</sup> UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>141</sup> Art. 24º, inc. a), b) Decisión 351.

<sup>142</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 141; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de autor*, t. I, p. 172; PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>143</sup> Art. 16º, oración 1 Decisión 351.

<sup>144</sup> ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, pp. 263 y ss.

<sup>145</sup> Art. 16º, oración 2 Decisión 351.

este derecho de explotación. La doctrina solo ha criticado el hecho de que la decisión no prevea ningún plazo para la implementación de esta disposición.<sup>146</sup> De cualquier forma, la decisión no establece ninguna sanción por el incumplimiento de esta obligación. La única explicación es que el texto del artículo 16° se debió a un compromiso acordado en el Comité de Expertos frente a la presión ejercida por Colombia, único país que no cuenta con una regulación del derecho de participación.<sup>147</sup>

### 3.11.7. Limitaciones al derecho de explotación

La Decisión 351 contiene un catálogo detallado de las limitaciones y excepciones del derecho de explotación. Según estas, no se requiere de autorización del autor en estos casos ni le corresponde ningún tipo de retribución económica.<sup>148</sup> A efectos de que estas limitaciones y excepciones no impliquen una carga excesiva para el autor deben interpretarse restrictivamente, limitarse solo al catálogo contenido en la decisión o en las leyes nacionales y no deben implicar un detrimento de los derechos morales, en especial del derecho de paternidad.<sup>149</sup>

En el listado se encuentran el derecho a cita; las reproducciones con fines didácticos y de enseñanza; las realizadas para llevar a cabo una prueba judicial o administrativa; la reproducción de una obra realizada por bibliotecas; la reproducción de una obra de arte o de una obra arquitectónica expuesta en lugares públicos; y las difusiones con ocasión de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad.

En relación con la copia personal, solo se encuentra contenida en las excepciones relativas a los programas de ordenador,<sup>150</sup> hecho que ha llevado a que una parte de la doctrina considere que, en los demás casos, no se admite la copia para fines personales.<sup>151</sup> A igual resultado llegan algunos autores pero basándose en los principios que subyacen a la doctrina de los «usos honrados» o «*fair use*».<sup>152</sup>

<sup>146</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El Derecho de Autor...», p. 87.

<sup>147</sup> Ver art. 50° Ley Boliviana; art. 38° Ley Ecuatoriana; art. 82° Ley Peruana; art. 54, párr. 3 Ley Venezolana. En las Leyes Boliviana y Ecuatoriana, se prevé una participación del 5% del precio de reventa; en la Ley Peruana, del 3% pero con posibilidad de pactarse un porcentaje inferior (ver, al respecto, las críticas de ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 266); y en la Ley Venezolana, del 2%.

<sup>148</sup> Art. 22° Decisión 351.

<sup>149</sup> Ver ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El Derecho de Autor...», pp. 92 y ss.; RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. cit.*, p. 169; ZAPATA, Fernando. *Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor*, Ponencia sostenida en el Seminario de Formación para Profesores de Derecho Privado en Derecho de Autor y Derechos Conexos, Popayán 30.8-2.9, 1994, p. 25.

<sup>150</sup> Art. 24°, inc. a), b) Decisión 351.

<sup>151</sup> ZAPATA, Fernando. *Limitaciones y excepciones...*, p. 36.

<sup>152</sup> Ver ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *Op. cit.*, p. 151; RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 176 y ss.

Para los programas de ordenador, en adición a la copia para uso personal se permite una copia de seguridad. Cualquier copia adicional requiere el consentimiento del autor, aun cuando se haga para uso personal.<sup>153</sup> En el caso de la copia para uso personal, se entiende que puede ser utilizada exclusivamente por la persona que ha obtenido la licencia, sea para la investigación o el esparcimiento personal. En consecuencia, el uso por parte de varias personas a través de la instalación del programa de ordenador en redes o intranet no es lícito, a menos que se cuente con la autorización del autor.<sup>154</sup>

También se han previsto excepciones y limitaciones al derecho de comunicación pública. Con el objetivo de informar al público se permite la reproducción por prensa o transmisión por radiodifusión o cable de acontecimientos actuales o de discursos pronunciados en público.<sup>155</sup> También es posible la reproducción o transmisión por radiodifusión o cable de imágenes de una obra arquitectónica, de bellas artes, fotográfica, o de arte aplicado, que se encuentren permanentemente en lugares públicos;<sup>156</sup> así como la representación o ejecución de una obra en una institución de enseñanza por parte de los profesores y los estudiantes de dicha institución<sup>157</sup> y la retransmisión de una obra originalmente transmitida por un organismo de radiodifusión.<sup>158</sup> La decisión no contiene excepciones ni limitaciones respecto a la transmisión de obras que se encuentran *online*.

### 3.11.8. Duración de la protección

La decisión no contiene una regulación detallada sobre la duración de los derechos de explotación, solo establece un plazo de protección mínimo de 50 años.<sup>159</sup> No se logró introducir el plazo previsto en la Ley Colombiana de 80 años. Ello porque hubiera implicado una nueva modificación de las, en ese entonces, recientes Leyes Boliviana y Venezolana modificadas, en las que el plazo se había extendido a 50 y 60 años, respectivamente.<sup>160</sup>

Como principio general, el plazo mínimo de protección empieza a contarse con la muerte del autor.<sup>161</sup> Si se adopta la doctrina de las obras por encargo, el plazo se empezará a contar desde la creación o desde de la primera divulgación

<sup>153</sup> Art. 25°, concordado con art. 3° Decisión 351.

<sup>154</sup> Art. 26°, párr. 2 Decisión 351.

<sup>155</sup> Art. 22°, inc. e), g) Decisión 351.

<sup>156</sup> Art. 22°, inc. h) Decisión 351.

<sup>157</sup> Art. 22°, inc. j) Decisión 351.

<sup>158</sup> Art. 22°, inc. k) Decisión 351.

<sup>159</sup> Art. 18°, Decisión 351.

<sup>160</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El Derecho de Autor...», pp. 87 y ss. Crítico en relación con esta explicación, UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Op. cit.*, p. 157. En términos generales, los derechos patrimoniales tienen en Bolivia una duración de 50 años (art. 18°); en Venezuela, 60 años (art. 25°); en Ecuador y Perú, 70 años (art.ºs 80°, párr. 1 y 52°, párr. 1, respectivamente); y en Colombia, 80 años (art. 21° oración 1).

<sup>161</sup> Art. 18°, párr. 1 Decisión 351.

o aparición.<sup>162</sup> Siguiendo el Convenio de Roma, es posible que los países establezcan para cierto tipo de obras (obras audiovisuales, anónimas o las divulgadas bajo seudónimo) que el plazo se cuente a partir de la realización de la obra, la primera divulgación o publicación.<sup>163</sup> En estos casos, el plazo se cuenta desde el 1 de enero del año siguiente de producido uno de estos hechos.<sup>164</sup> La decisión prevé una disposición transitoria para aquellas obras cuyos plazos de protección son menores a 50 años al momento de entrar en vigencia la decisión. En este caso, el plazo de protección se extiende a 50 años.<sup>165</sup>

#### 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En derechos de autor, la Comunidad Andina cuenta con una norma que ha servido para incrementar la protección de los derechos de autor a nivel comunitario, así como de base para el posterior desarrollo de las leyes nacionales de la materia. En este sentido, se puede decir que constituye un ejemplo en lo que se refiere a coordinación y armonización de políticas económicas de los países.

Las actuales leyes de derechos de autor de los Países Miembros son consideradas por la comunidad internacional como leyes modernas, que otorgan una protección amplia a los autores y que sirven para promover la creación artística y diversidad cultural de los países. Este desarrollo legislativo no se ha producido de manera aislada, sino que, más bien, es producto del trabajo conjunto y coordinado de los países.

Aun cuando hasta la fecha es poca la jurisprudencia del Tribunal Andino que existe sobre esta materia, es de esperarse que ella se irá incrementando en los próximos años, y eso servirá para profundizar la armonización de los derechos de autor en la subregión. A nivel nacional, también puede apreciarse en los últimos años un incremento de la jurisprudencia en derechos de autor. De esta forma, la tradición de los países andinos en materia de derechos de autor se va consolidando.

---

<sup>162</sup> Art. 18°, párr. 2 Decisión 351.

<sup>163</sup> Art. 19°, Decisión 351. En este tipo de obras, los países han adoptado porque el plazo de duración empiece a contarse a partir del primero de enero del año siguiente de su divulgación o publicación. En el caso de obras publicadas en volúmenes sucesivos, el plazo comenzará a contarse desde la publicación del último volumen (art. 80°, párr. 5 Ley Ecuatoriana; art. 55° Ley Peruana; art. 27°, párr. 3 Ley Venezolana). En Ecuador y Colombia, donde es posible que personas jurídicas sean titulares originarios, el plazo de protección es de 70 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, el que fuere ulterior (art. 81° Ley Ecuatoriana) y de 50 años desde la publicación de la obra en Colombia. Si bien la Ley Colombiana (art. 27°) prevé un plazo de 30 años en aplicación del art. 18°, párr. 2, concordado con el art. 59°, párr. 1 de la Decisión, este plazo se extiende a 50.

<sup>164</sup> Art. 20° Decisión 351.

<sup>165</sup> Art. 59° Decisión 351.

Lo anterior es importante por el rol preponderante que tienen los derechos de autor, en especial, y los derechos de propiedad intelectual, en general, en el marco de las actuales negociaciones internacionales —en el Área del Libre Comercio de las Américas (ALCA), en la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el Foro Económico Asia Pacífico (APEC), así como en prácticamente todos los tratados bilaterales que se están negociando—.

Es indispensable que los países andinos tengan un conocimiento cabal del alcance de la protección de los derechos de autor; del rol que juegan estos derechos en el desarrollo y economía de nuestros países; y de la necesidad, por ello, de otorgarles una protección efectiva pero al mismo tiempo de establecer límites y excepciones a estos derechos, de manera que se permita su copia libre con fines educacionales y privados, y no se impida el acceso a la información o la difusión del conocimiento.



# LOS SERVICIOS EN LA COMUNIDAD ANDINA

FELIPE JARAMILLO\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Comunidad Andina es un bloque subregional que, determinado por sus propias condiciones, intenta enfrentar un horizonte de circulación de bienes y servicios constantemente cambiante. Su objetivo es alcanzar su dimensión óptima de mercado, mediante la constante actualización de las acciones y mecanismos previstos por el Acuerdo de Cartagena que le dio origen en 1969.

Dentro de dichos mecanismos se encuentran, entre otros, el desarrollo de un avanzado programa de liberalización del comercio de mercancías, la armonización de políticas económicas, así como la ejecución de acciones específicas en el sector de los servicios; la integración física y fronteriza; y acciones en los campos científico, tecnológico y de desarrollo social. Igualmente, incluye la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias en que el proceso lo requiera (tales como regímenes de inversión extranjera, normas de calificación de origen, normas sanitarias, etc.).

A lo anterior se suma el compromiso adoptado por los presidentes de los Países Miembros de avanzar en el proceso de integración hasta establecer un mercado común andino, a más tardar en el 2005. Asimismo, han ratificado la necesidad de progresar en la definición de criterios de convergencia en las políticas macroeconómicas, particularmente en las que se relacionan con política monetaria, cambiaria, tributaria y déficit fiscal.

La Comunidad Andina ha logrado consolidarse así como un actor interesado en adaptarse rápidamente a la evolución de las condiciones del sistema mundial de comercio y a las presiones de la apertura mundial, que imponen lazos de interdependencia más fuertes pero, al mismo tiempo, profundamente asimétricos.

Para ello, se ha guiado por el concepto de regionalismo abierto, que impulsa la profundización de la integración y le permite no solo establecer un comportamiento económico más sólido sino, también, integrarse en una forma más exitosa a la diná-

mica actual del proceso de globalización, pues, con la adopción de una posición andina común, se espera que el bloque subregional fortalezca la posición negociadora de los Países Miembros tanto en el sistema multilateral de comercio como en el nivel hemisférico, específicamente en el proceso de conformación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Bajo este panorama, la Comunidad Andina concentró, a comienzos del año 2002, una población de 117 248 000 habitantes (ver Anexo n.º 1) en una superficie de 4 710 000 km<sup>2</sup>, mientras que, a la fecha de su creación, solo llegaba a los 55 millones de habitantes. Desde su creación, consiguió un crecimiento de más de 9 veces su producto interno y llegó a alcanzar los 269 millones de dólares a comienzos del 2001.

En cuanto a los resultados macroeconómicos alcanzados por los Países Miembros (ver Anexo n.º 2), si bien reflejan los factores inherentes a su actividad económica propia, también manifiestan la desaceleración presentada en la economía mundial durante los últimos años. De hecho, el Banco Mundial determinó que el crecimiento mundial durante el 2001 fue tan sólo del 1.5% y se espera que se mantenga en el mismo nivel durante el 2002.

Pasando al tema del escenario particular del comercio internacional, sus niveles de exportaciones al resto del mundo fueron, en el 2000, de US\$ 57 423 millones y las importaciones se ubicaron en el orden de los US\$ 39 627 millones. Estos datos muestran que, desde 1970, las exportaciones crecieron 11 veces, mientras que, por su parte, las importaciones lo hicieron 10 (ver Anexo n.º 3.)

Para el 2001, el Sistema Subregional de Información Estadística de la Comunidad Andina anunció que las exportaciones alcanzaron un nivel de US\$ 50 292 millones, hecho que supone una caída cercana al 16% respecto al año inmediatamente anterior, como consecuencia de una menor demanda internacional evidenciada tanto en menores niveles como en precios más bajos para las exportaciones. Sin embargo, de ese gran total, 44 661 millones de dólares corresponden al comercio extra-comunitario.

Dentro de esta dinámica comercial, el sector de los servicios ha presentado un comportamiento interesante. Las exportaciones de servicios de la Comunidad Andina llegaron, en el 2001, a US\$ 5893 millones. Por su parte, las importaciones se ubicaron en el orden de los US\$ 11 575 millones. Esta dinámica se puede observar claramente en las Tablas n.ºs 1 y 2:



**Tabla n.º 1 Exportación de servicios-Comunidad Andina (en millones US\$)**

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Transportes	1908	2122	1749	1865	1735	1597	1515	1433	1501	1521
Viajes	1562	1831	2102	2244	3016	3146	3093	2983	3041	3214
Comunicac.	435	469	521	563	555	586	451	385	374	424
Otros. Serv.	1009	1052	653	696	740	795	1056	973	977	923
<b>TOTAL</b>	<b>4914</b>	<b>5473</b>	<b>5024</b>	<b>5367</b>	<b>6047</b>	<b>6125</b>	<b>6116</b>	<b>5775</b>	<b>5893</b>	<b>6082</b>

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

**Tabla n.º 2 Importación de servicios-Comunidad Andina (en millones US\$)**

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Transportes	2421	2536	2999	3226	3180	3320	3310	2927	3240	3519
Viajes	2568	3307	3329	3172	3970	4479	4325	3470	3668	3974
Comunicac.	152	172	228	221	237	322	288	258	318	319
Otros. Serv.	4070	3801	3662	4426	4378	5016	4753	4149	4449	4487
<b>TOTAL</b>	<b>9210</b>	<b>9816</b>	<b>10 218</b>	<b>11 046</b>	<b>11 765</b>	<b>13 138</b>	<b>12 675</b>	<b>10 804</b>	<b>11 675</b>	<b>12 299</b>

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

Lo anterior significa que la balanza de servicios durante el 2001 presentó un déficit de US\$ 6217 millones, es decir, US\$ 435 millones más que el año anterior, cuando alcanzó los US\$ 5782 millones. El rubro que presenta un mayor déficit es el que corresponde al renglón de otros servicios, y la diferencia entre las importaciones y las exportaciones es de US\$ 3472 millones. Su comportamiento se puede apreciar claramente en la Tabla n.º 3:

**Tabla n.º 3 Balanza de servicios-Comunidad Andina (en millones US\$)**

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Exportaciones	4914	5473	5 024	5 367	6 047	6 125	6 116	5 775	5 893	6 082
Importaciones	9210	9816	10 218	11 046	11 765	13 138	12 675	10 804	11 675	12 299
<b>TOTAL</b>	<b>-4297</b>	<b>-4343</b>	<b>-5194</b>	<b>-5678</b>	<b>-5718</b>	<b>-7012</b>	<b>-6559</b>	<b>-5029</b>	<b>-5782</b>	<b>-6217</b>

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

El déficit en la balanza de servicios de la Comunidad Andina ha sido una constante durante la última década y ha alcanzado su mayor nivel durante 1997, cuando llegó a la cifra de US\$ 7012 millones, pues las exportaciones de los cinco Países

Miembros lograron la cifra de US\$ 6125 millones, mientras que las importaciones registraron US\$ 13 138 millones. Durante ese año, el intercambio comercial de servicios representó el 13,5% del Producto Interno Bruto (PIB).

Resulta también de notable importancia el hecho de que, durante la última década, el intenso movimiento del sector de los servicios de la Comunidad Andina logró atraer mayores flujos de inversión extranjera en el sector, con lo cual se logró, por ejemplo, pasar en el ramo de transporte y comunicaciones de US\$ 20 millones durante 1990 a US\$1328 millones en el 2000 (Ver Anexo n.º 4). La Tabla n.º 4 permite observar el comportamiento registrado por la inversión extranjera en la última década.

**Tabla n.º 4 Inversión extranjera directa en la Comunidad Andina  
Por sector económico (en millones US\$)**

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Agricultura y pesca	211	233	26	7	55	68	58	64	8	31
Minería y petróleo	875	1 086	1 218	1 279	2 486	4 962	3 325	3 315	2 506	4 663
Industria	3 543	3 902	1 268	1 059	1 335	1 048	2 309	1 045	857	654
Electricidad, gas y agua	33	32	475	17	902	3 501	802	-118	68	-53
Servicios	60	37	47	223	376	588	685	564	424	276
Construcción y vivienda	89	93	36	57	47	164	-11	53	47	152
Comercio	273	322	190	132	335	211	349	433	442	308
Transporte y comunicaciones	44	75	2.379	98	163	143	411	484	1 248	806
Turismo	2	0	6	7	10	1	6	17	0	0
Finanzas	1 954	2 032	388	579	1 033	2 471	1 311	1 276	1 446	944
Inversión no registrada	-249	620	218	1 867	3 012	1 449	1 554	1 093	1 803	1 009
Total Inversión	6 835	8 434	6 253	5 327	9 754	14 605	10 798	8 226	8 849	8 789

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

Se demuestra entonces, con la constante actividad presentada por el sector, que la liberalización del comercio de servicios se ha convertido en una de las herramientas más importantes no sólo para afianzar la formación paulatina de un mercado común sino, también, para estimular activamente su inserción en la dinámica del comercio internacional de servicios, al promover el fortalecimiento y la diversificación de los servicios andinos.

## 2. EL COMERCIO DE SERVICIOS

Cuando se negoció y se puso en vigor el Acuerdo de Cartagena, a finales de la década de los sesenta, el interés primordial era la apertura al comercio de bienes, dentro de la política de promoción de exportaciones; en tanto que el tema del comercio de los servicios y la liberalización del mismo, por no ser parte de los intereses comerciales del mundo, todavía no se habían desarrollado en el ámbito multilateral y menos en los acuerdos regionales de comercio. Sin embargo, el texto del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 3º, literal f) señala que se adelantarán «programas en el campo de los servicios», en forma complementaria a los mecanismos y medidas contemplados para lograr los objetivos del Acuerdo.

En el IV Consejo Presidencial Andino de La Paz en 1990, los presidentes de los países andinos se preocuparon por la profundización de la integración andina y, con miras a la configuración del mercado común, acordaron adelantar el proceso de armonización de las políticas económicas, de integración física y de liberalización de la circulación de capitales, servicios y personas. Como se puede notar, en ese momento se hablaba de armonización, mas no de liberalización de los servicios.

En ese sentido, los Presidentes dieron directrices acerca de acciones a tomar en campos como los de transportes y comunicaciones. Entre las medidas tratadas se hallan la eliminación de la reserva de carga para el transporte marítimo intrasubregional y el establecimiento de una política de cielos abiertos en el transporte aéreo.

De este modo, se ha aprobado, en el desarrollo de las actividades de la Comunidad Andina, una serie de decisiones relacionadas con actividades de servicios. Estas se han basado, esencialmente, en el Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, «Integración Física», y han estado dirigidas principalmente a facilitar el libre intercambio de bienes entre los Países Miembros, pero no a lograr la liberalización del comercio de servicios. Estas decisiones se refieren a turismo; transporte marítimo, terrestre, aéreo y multimodal; telecomunicaciones y movimiento de personas.

Con la entrada en vigor de la Organización Mundial del Comercio y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) en 1995, se introdujo en el ámbito de las relaciones comerciales multilaterales y regionales el concepto de la liberalización del comercio de servicios. El primer acuerdo regional que incluyó el tema de la liberalización del comercio de servicios fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y, poco tiempo después; el Tratado de Libre Comercio del G3, en el cual, además de México, están involucrados dos Países Miembros de la Comunidad Andina, Colombia y Venezuela.

En el marco de la Comunidad Andina, la Comisión, en desarrollo del mandato del IX Consejo Presidencial Andino, realizado en abril de 1997 en la ciudad de Sucre, Bolivia, y en especial de las Directrices del X Consejo Presidencial Andino, realizado en Guayaquil, en abril de 1998, aprobó, en junio de 1998, la Decisión 439, por la cual se establece el «Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina».

Antes de entrar a la consideración de la Decisión 439, es importante realizar un recuento de las medidas adoptadas por los países andinos en el ámbito de los servicios, las mismas que, como se dijo, se basan esencialmente en el Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena: «Integración Física».

### 3. LAS DECISIONES ANDINAS SOBRE SERVICIOS

#### 3.1. TRANSPORTE TERRESTRE

El transporte terrestre fue la primera actividad de servicios que se comenzó a reglamentar en el marco del Acuerdo de Cartagena. Con la Decisión 141, de mayo de 1979; la Decisión 185, de septiembre de 1983; y la Decisión 224, de mayo de 1987, que establecen el Plan Andino de Acción Conjunta para coadyuvar a la solución de los problemas de transporte y comunicaciones de Bolivia, se dieron los primeros pasos en la integración de los servicios, a pesar de que las mismas se refieren en mayor medida a asuntos de infraestructura física.

La Decisión 257 de noviembre de 1989, sobre transporte internacional de mercancías por carretera, y la Decisión 289 de marzo de 1991, sobre transporte internacional de pasajeros por carretera, constituyen el primer esfuerzo para integrar este servicio entre los países de la CAN. Para el manejo de los temas relacionados con el transporte terrestre y la aplicación de estas dos resoluciones se estableció el Comité Andino de Autoridades de Transporte Terrestre (CAATT).

Posteriormente, con las Decisiones 398 y 399, del 17 de enero de 1997, se sustituyeron respectivamente a las dos decisiones antes mencionadas, con el fin de tener en cuenta que tanto el transporte de mercancías como el de pasajeros ha «[...] alcanzado un desarrollo y especialización y ha sufrido un proceso de modificación en los patrones de organización y funcionamiento que amerita una modernización de su marco normativo».<sup>1</sup>

Estas dos decisiones reglamentan en forma exhaustiva todos los elementos para la prestación comunitaria del transporte terrestre, tanto de carga como de pasajeros, y se adelantan así, en cierta forma, a lo que en el año siguiente se reglamentaría con la Decisión 439 para la liberalización de todo el comercio de servicios, en la medida en que el Capítulo II, Principios Fundamentales, de ambas decisiones menciona, en su artículo 2º, el objetivo de liberalizar la oferta del respectivo servicio y señala, en su artículo 3º, que: «La oferta y la prestación del servicio de transporte internacional se sustentan en los siguientes principios fundamentales: libertad de operación; acceso al mercado; trato nacional; transparencia; no-discriminación, igualdad de tratamiento legal; libre competencia y, nación más favorecida». Estos principios

<sup>1</sup> Considerando segundo y tercero, respectivamente, de las Decisiones 398 y 399 de la Comisión de la Comunidad Andina.

son los que orientan, desde la aprobación del Acuerdo sobre Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC, todos los acuerdos que se han venido desarrollando sobre la materia.

Por otra parte —y teniendo en cuenta que en las Decisiones 398 y 399 no se hace mención al CAATT, que dejaba de existir al haber sido derogadas las decisiones que lo crearon—, se aprobó la Decisión 434 de junio de 1998, por la cual se crea nuevamente el Comité Andino de Autoridades de Transporte Terrestre (CAATT), en el marco del cual se establecen los mecanismos y escenarios que orientan el perfeccionamiento del transporte terrestre en la región y se coordinan las autoridades nacionales en la materia.

En este campo, también se aprobó la Decisión 467 de agosto de 1999, por medio de la cual se dicta la norma comunitaria que establece el régimen de sanciones para los transportistas autorizados del transporte internacional por carretera.

Desgraciadamente, la libre circulación por carretera de carga y pasajeros no se está presentando en la Subregión a pesar de lo establecido en las decisiones antes comentadas. En efecto, en las fronteras entre Colombia y Venezuela, y entre Colombia y el Ecuador, se ha reestablecido la práctica del trasbordo de las mercancías y el impedimento a los camiones de cruzar las fronteras con sus cargas o pasajeros.

En el caso de la frontera colombiano-venezolana, las trabas se producen para los camiones que circulan desde Colombia, que sólo pueden pasar la frontera si van con cargas imposibles de trasbordar. En caso contrario, el trasbordo es obligatorio, ya que ni siquiera se permite el enganche y desenganche de los remolques. Esta situación se ha producido a raíz de la expedición de una resolución interministerial del Gobierno de Venezuela. El Tribunal Andino de Justicia ha condenado a Venezuela por incumplimiento y ha autorizado a Colombia a aplicar medidas de retorsión, las mismas que este país se ha abstenido de ejecutar para no perjudicar en mayor medida las corrientes comerciales.

En el caso de la frontera colombiano-ecuatoriana, la situación es parecida, salvo que, en este caso, no existe medida oficial por parte de ninguno de los dos gobiernos que impida el libre tránsito. La situación es de hecho, ya que tanto los camioneros de la provincia del Carchi, en Ecuador, como los del departamento de Nariño, en Colombia, son los que impiden a los camiones cruzar la frontera con sus cargas y los obligan, en la mayoría de los casos, a efectuar el trasbordo.

Estas situaciones se han originado principalmente por las grandes diferencias que existen en las condiciones de competencia en los tres países.

Es importante señalar también el funcionamiento de los Centros Nacionales de Atención en la Frontera (CENAF), que, en cierta medida, han ayudado a la agilización de los trámites para el cruce de las fronteras. Se espera que con la puesta en marcha de los Centros Binacionales de Atención en la Frontera (CEBAF) se siga mejorando este servicio.

### 3.2. TRANSPORTE MARÍTIMO

El transporte marítimo en la Comunidad Andina está regulado por las Decisiones 288 de marzo de 1991 y 314 de febrero de 1992.

La Decisión 288 eliminó la reserva de carga de las legislaciones marítimas nacionales de los Países Miembros. Esta decisión establece la libertad de acceso para la carga originada y destinada por vía marítima dentro de la Subregión, y a ser transportada por buques de propiedad, fletados u operados por compañías navieras de los Países Miembros o de terceros países.

Con la Decisión 314 se amplió la libertad de acceso determinada por la Decisión 288 a los tráficos extraregionales. En efecto, esta norma establece la libertad de acceso a las cargas transportadas por vía marítima que genere el comercio exterior de los países de la Subregión, conforme a los requisitos y condiciones que se consagran en la misma. Esta libertad está condicionada a la aplicación comunitaria del principio de reciprocidad, que fue posteriormente afinado por otras dos normas comunitarias: la Decisión 390 de julio de 1996 y la Resolución 422 de agosto del mismo año. Con la Decisión 314 también se determinan las políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino.

### 3.3. TRANSPORTE AÉREO

En el campo del transporte aéreo, la Decisión 297 de mayo de 1991 sobre la «Integración del Transporte Aéreo en la Subregión Andina» establece que «Los Países Miembros se conceden el libre ejercicio de los derechos de terceras, cuartas y quintas libertades del aire,<sup>2</sup> en vuelos regulares de pasajeros, carga y de correo, que se realicen dentro de la «Subregión»».<sup>3</sup> Esta prerrogativa es lo que se conoce como una política de cielos abiertos.

La Decisión 297 también regula las condiciones para la realización de vuelos extrasubregionales; otorga al Comité Andino de Autoridades Aeronáuticas (CAAA) el encargo de velar por el cumplimiento y aplicación de la decisión; y le asigna funciones al respecto.

La Decisión 360 de mayo de 1994 modifica algunas de las definiciones de la Decisión 297 y las Decisiones 320 de junio de 1992; y la Decisión 361 de mayo de 1994 modifica a la anterior y regula la «Múltiple Designación del Transporte Aéreo en la Subregión Andina».

<sup>2</sup> Tercera Libertad: el derecho de desembarcar en un país pasajeros, carga y correo, embarcados en el territorio cuya nacionalidad posee el transportista.

Cuarta Libertad: el derecho de embarcar en un país pasajeros, carga y correo, destinados al territorio del país cuya nacionalidad posee el transportista.

Quinta Libertad: el derecho de embarcar pasajeros, carga y correo en un país distinto del de nacionalidad del transportista, con destino a otro país de la Subregión o fuera de ella, también distinto de la nacionalidad del transportista.

<sup>3</sup> Decisión 297, artículo 5°.

### 3.4. TRANSPORTE MULTIMODAL

Esta designación se refiere a los casos en que las mercancías transitan por al menos dos modos de transporte diferentes y bajo un solo contrato de transporte, desde el lugar donde el operador toma las mercancías para su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.

En la Comunidad Andina, con las Decisiones 331 de marzo de 1993 y 393 de julio de 1996, se adopta una normativa comunitaria para regular estas operaciones en la Subregión y crear un marco jurídico adecuado para estimular la oferta de los servicios. Con la Decisión 425 de diciembre de 1997, se fijó el Registro de Operadores de Transporte Multimodal.

### 3.5. TELECOMUNICACIONES

El sector de las telecomunicaciones es uno de los que ha enfrentado un crecimiento más rápido gracias a los avances tecnológicos y a los procesos de privatización ocurridos en el mundo y de los cuales no han sido ajenos los países andinos. Además, las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas y de valor agregado de la OMC aceleraron el proceso de liberalización comercial, tanto en el ámbito mundial como en el regional.

En la Comunidad Andina, en el campo de las telecomunicaciones, se aprobó, en agosto de 1996, la Decisión 395 sobre el «Marco regulatorio para la utilización Comercial del Recurso Órbita-Espectro de los Países Miembros con el Establecimiento, Operación y Explotación de Sistemas satelitales por parte de Empresas Andinas».

Esta decisión, que reguló el otorgamiento de la autorización comunitaria para la autorización del recurso órbita-espectro de los Países Miembros y para la comercialización del segmento espacial correspondiente en el territorio de los países andinos, ha sido complementada por la Decisión 429, que otorga una autorización comunitaria a la empresa ANDESAT S.A. E.M.A. para el establecimiento, operación y explotación del Sistema Satelital Andino Simón Bolívar. Posteriormente, con la Decisión 479, la Comisión fijó las normas para que las empresas titulares de autorizaciones comunitarias pudieran establecer, operar y explotar, en forma indirecta, los sistemas satelitales andinos.

La Decisión 480, por su parte, aprueba la operación indirecta del Sistema Satelital Andino Simón Bolívar mediante la asociación de la empresa multinacional andina ANDESAT S.A. E.M.A y ALCATEL APACECOM. Esta operación incluye, además, la constitución de BOLIVARSAT.

Finalmente, para la aprobación de la operación indirecta para el Sistema Satelital Andino se ha implementado un esquema de negocios que implica la inclusión de STAR ONE S.A., empresa brasilera que se asociará con ANDESAT S.A. E.M.A. en BOLIVARSAT para que a través de esta última se realice la operación.

Todo este proceso se ha adelantado en forma paulatina y de manera pragmática, dando los pasos que su desarrollo ha requerido en el momento que ha sido necesario. La participación de las autoridades andinas de telecomunicaciones en el marco del CAATEL ha sido determinante en este proceso.

Por otra parte, en desarrollo de lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta de la Decisión 439, en la cual se establece el «Marco General de Principios y Normas para la liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina», tal como fue modificada por la Decisión 440, se aprobó, en mayo de 1999, la Decisión 462, por medio de la cual se dictan las «Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina».

La Decisión 462 contiene objetivos muy amplios, ya que se eliminan las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones; se propicia la armonización de las normas necesarias para la conformación del Mercado Común Andino de Telecomunicaciones; se proponen definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones; y se estimula la inversión en los servicios de telecomunicaciones de los Países Miembros.

El ámbito de aplicación de esta decisión comprende todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, exceptuándose solamente a los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

El cronograma para la liberalización general aplica a las medidas restrictivas contrarias a los principios de trato nacional y de acceso al mercado, tal como se definen en la Decisión 439. Este cronograma se desarrolló en dos etapas:

1. Desde el 1 de enero del 2000, quedaron eliminadas las medidas restrictivas en relación con los servicios de telecomunicaciones diferentes a los de telefonía básica local, de larga distancia nacional e internacional, y los de telefonía móvil terrestre
2. Desde el 1 de enero del 2002, quedaron eliminadas las medidas restrictivas de todos los servicios de telecomunicaciones, incluidos los de telefonía básica local, de larga distancia nacional e internacional, y los de telefonía móvil terrestre.

### 3.6. TURISMO

Con la Decisión 463 de mayo de 1999, se establece el «Régimen para el Desarrollo e Integración del Turismo en la Comunidad Andina». Este régimen se aplica a todos los servicios turísticos y consta de tres principios básicos: liberalización y armonización de las medidas aplicadas por los Países Miembros; identificación y ejecución de programas de desarrollo turístico de interés comunitario; y cumplimiento de acciones de facilitación turística.



#### 4. DECISIONES SOBRE LA LIBERALIZACIÓN GENERAL DEL COMERCIO DE SERVICIOS

Tal como ya se anotó, la entrada en vigor, del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) en 1995, en el marco de la Organización Mundial del Comercio, significó una nueva etapa en la forma de tratar el tema del comercio de los servicios en los acuerdos comerciales internacionales y regionales. En la Comunidad Andina, esta tendencia se concretó con la aprobación de la Decisión 439 del 11 de junio de 1998 y por la cual se establece el «Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina».

##### 4.1. LA DECISIÓN 439

La Decisión 439 marca una nueva etapa en la forma de tratar el tema de los servicios en la Comunidad Andina. En efecto, desde 1997, en la Cumbre de Sucre, los Presidentes habían expresado «la voluntad de liberalizar el comercio intrasubregional de servicios»;<sup>4</sup> y, posteriormente, durante la Cumbre de Guayaquil en abril de 1998, los Presidentes reiteraron «la importancia que le otorgan al libre comercio de los servicios en la Comunidad Andina y, en ese sentido, instruyen a la Comisión para que adopte un marco general de principios y normas en materia de servicios en el primer semestre de 1998, el cual servirá de base para las decisiones pertinentes a fin de que en la Comunidad Andina exista un mercado de libre circulación de los servicios, a más tardar en el año 2005».<sup>5</sup>

La Decisión 439 se inspira, en gran medida, en lo establecido en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC. En efecto, en su Capítulo II, «Definiciones» (Artículo 2°), adopta los cuatro modos de prestación para definir el suministro de servicios, o sea: a) desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro; b) en el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro; c) por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y d) por personas naturales de un país miembro en el territorio de otro País Miembro.

También toma del AGCS la definición de las medidas que afectan al comercio de servicios, la de la presencia comercial, la de los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales y la de suministro de un servicio (artículo 2°).

En cuanto al ámbito de aplicación, Capítulo III, la decisión se aplica a las medidas adoptadas que afecten el comercio de servicios en todos los sectores y los distintos modos de suministro, ya sean provenientes del sector público, central, regio-

---

<sup>4</sup> Novena Reunión del Consejo Presidencial Andino. Acta de Sucre. Sucre, Bolivia, 22 y 23 de abril de 1997.

<sup>5</sup> Décima Reunión del Consejo Presidencial Andino. Acta de Guayaquil. Guayaquil, Ecuador, 4 y 5 de abril de 1998.

nal o local, así como las provenientes de aquellas entidades delegadas para ello, con excepción de los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales (artículo 3°).

Para la adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas (artículo 4°) se sujetará a al principio del trato nacional y, para tal efecto, se adoptará una decisión, a más tardar, el 1 de enero del 2002. En caso de no adoptarse esta decisión, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata. Como tal decisión no se produjo en la fecha estipulada, el trato nacional rige para las compras gubernamentales entre los Países Miembros desde el 1° de enero de 2002.

Se excluyeron también del ámbito de aplicación los servicios de transporte aéreo (artículo 4°). Esta exclusión va mucho más allá de lo establecido en el AGCS y la práctica en otros acuerdos, ya que, en este campo, lo habitual es excluir solo a los derechos de tráfico aéreo y no a toda la actividad. La existencia de la práctica de «cielos abiertos» que rige en la Subregión fue uno de los motivos por los cuales la Comisión decidió excluir todo el sector del futuro programa de liberación.

También, y teniendo en cuenta la existencia de normativa andina ya existente en el campo de los servicios, los sectores o subsectores objeto de decisiones ya existentes seguirán siendo regulados por dichas decisiones (artículo 5°).

En el Capítulo IV, «Principios y Compromisos», se asegura el del trato de nación más favorecida (artículo 7°) y el del trato nacional (artículo 8°), y se adquieren compromisos sobre acceso a los mercados (artículo 6°), transparencia (artículo 9°) y *status quo* (artículo 10°). Se establecen excepciones que permiten a los Países Miembros proteger la moral y el orden público; la salud y la vida de personas, animales y vegetales; el medio ambiente; y la seguridad nacional. Asimismo, se establece la aplicación de disposiciones destinadas a evitar la doble tributación (artículo 11°).

También se comprometen a facilitar el libre tránsito de personas naturales o físicas vinculadas a la prestación de servicios (artículo 12°) y se comprometen a reconocer, en un futuro, las licencias, certificaciones, títulos profesionales y acreditaciones otorgados por otro País Miembro y de acuerdo con una decisión que sobre la materia adopte la Comisión (artículo 13°).

En lo que se refiere al proceso de liberación, Capítulo V, la Decisión 439 adopta el sistema de listas negativas. En otras palabras, la liberación se realizará a través de la eliminación progresiva de las restricciones que se incluyan en un inventario, adoptado mediante decisión de la Comisión y que debe contener todas las medidas contrarias a los principios de nación más favorecida y trato nacional, incluidos en los artículos 6° y 8° del Marco General. El proceso de liberalización deberá culminar, a más tardar, en el 2005, mediante el levantamiento de las medidas mantenidas en el inventario por cada País Miembro (artículo 14°).

El programa de liberalización tendrá una cobertura sectorial sustancial; las restricciones se levantarán en forma progresiva mediante negociaciones anuales coordinadas por la Secretaría General; y los resultados de estas negociaciones serán adoptados mediante decisiones de la Comisión (artículo 15°).

Además, la Comisión de la Comunidad Andina, sobre la base de estudios sectoriales elaborados por la Secretaría General, podrá adoptar decisiones con el fin de profundizar la liberalización o armonizar normas en sectores o subsectores contenidos en el inventario.

También, de acuerdo con los mismos estudios, la Comisión podrá definir sectores que, por sus características y particularidades, puedan estar sujetos a una liberalización o armonización sectorial específica. Una vez liberalizado el comercio de servicios en el 2005, los sectores amparados por decisiones específicas seguirán siendo regulados por dichas decisiones (artículo 15°).

Dos o más Países Miembros podrán agilizar o profundizar el proceso de liberalización en determinados sectores o subsectores. Esta liberalización deberá ser extendida a los países que ya tengan liberalizado el respectivo sector o, mediante negociaciones, a los demás Países Miembros (artículo 16°). Esta es una facultad muy importante de la Decisión 439, que desafortunadamente no ha sido aprovechada por los países para profundizar el proceso de integración y liberalización en materia de servicios.

El Capítulo VI sobre el «Tratamiento de Materias Complementarias» permite a los Países Miembros adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir, evitar o sancionar las prácticas que distorsionen la competencia en el comercio de servicios en sus mercados (artículo 17°). El Estatuto Andino sobre competencia, contenido en la Decisión 285, es aplicable para el comercio de servicios.

También se prevé que, en el futuro, se adopten normas comunitarias sobre incentivos al comercio de servicios y se prohíba, a los Países Miembros, imponer restricciones a los pagos y transferencias internacionales por concepto de transacciones corrientes y de capital relacionadas con el cumplimiento de compromisos derivados del Marco General. Se exceptúan de esta norma los casos en que estas restricciones sean impuestas en virtud de la salvaguardia por balanza de pagos o en conformidad con los derechos y obligaciones contraídas en virtud del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional (artículo 19°).

En relación con las dificultades que puedan enfrentar los Países Miembros por la existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos, en el Capítulo VII se regulan las «Salvaguardias por Balanza de Pagos», que pueden ser impuestas al comercio intrasubregional de servicios, previa autorización de la Secretaría General y, siempre y cuando, las mismas medidas se le hayan impuesto a terceros países.

En casos de emergencia, dichas medidas pueden ser aplicadas de forma inmediata y deberán ser comunicadas a la Secretaría General en un plazo no mayor de cinco días (artículo 20°).

Las salvaguardias por balanza de pagos no pueden ser discriminatorias, deberán ser eliminadas progresivamente a medida en que mejore la situación que las motivó, no deberán exceder de lo necesario para hacer frente a las circunstancias nacionales y podrán dar prioridad al suministro de los servicios que sean necesarios para los programas económicos o de desarrollo, pero no se adoptarán con el fin de proteger un determinado sector de servicios.

El mismo Capítulo VII (artículo 21°) establece las normas para la aprobación de las salvaguardias por parte de la Secretaría General.

En el Capítulo VIII (artículo 22°), se establece el trato especial durante las negociaciones para Bolivia y Ecuador, como países menos adelantados en cuanto a plazos y excepciones temporales en el cumplimiento de sus obligaciones.

Para que los servicios sean considerados originarios de la región andina, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo IX, estos tienen que ser suministrados por personas naturales o físicas con residencia permanente en cualquiera de los Países Miembros; y tienen que ser suministrados por personas jurídicas constituidas, autorizadas o domiciliadas, con arreglo a la legislación nacional, en cualquiera de los Países Miembros, y que realicen operaciones sustanciales en cualquiera de estos, o mediante suministro transfronterizo cuando se produzcan y se presten directamente desde el territorio de alguno de los Países Miembros.

En los casos de existencia de dudas acerca del origen de un servicio, la Secretaría General adelantará las investigaciones respectivas y se pronunciará al respecto (artículos 23° y 24°).

La Decisión 439 incluye también algunas disposiciones transitorias relacionadas con los siguientes aspectos:

- 1) la aplicación de los compromisos de trato nacional y nación más favorecida, mientras se aprueban los inventarios de restricciones, tal como lo dispone el artículo 14°;
- 2) la celebración de intercambio de información entre los Países Miembros, con el fin de facilitar la elaboración de dichos inventarios;
- 3) la realización de un estudio, por parte de la Secretaría General, sobre el alcance de los criterios de origen;
- 4) la elaboración de un proyecto de decisión que contenga las normas que regulen el proceso de liberalización del comercio de servicios financieros entre los Países Miembros;

- 5) la convocatoria del Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL) para la elaboración de las normas que regulen el proceso de liberalización de dichos servicios entre los Países Miembros;<sup>6</sup> y
- 6) la elaboración, por parte de la Secretaría General, en un plazo de seis meses, de un proyecto de régimen comunitario sobre reconocimiento de licencias, certificaciones, títulos profesionales y acreditaciones, en cualquier actividad de servicios que así lo requiera.

Con la Decisión 439, no solo se sientan las bases para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, sino que se establece un programa para la armonización que se debe desarrollar de acuerdo con los mandatos específicos de la decisión y de sus disposiciones transitorias.

El primer elemento, comentado en detalle más adelante, se refiere a la elaboración y aprobación de los inventarios de medidas contrarias a los principios de nación más favorecida y trato nacional; y fue aprobado mediante la Decisión 510 de octubre de 2001.

En segundo lugar, se tienen los progresos que se han podido lograr en desarrollo de algunas de las disposiciones transitorias y, en este sentido, es importante mencionar la aprobación de la Decisión 462 sobre telecomunicaciones —en desarrollo de la Disposición Transitoria Quinta— y la Decisión 463 sobre Turismo, que ya fueron comentadas anteriormente.

Por otra parte, no se han visto resultados concretos en la expedición de la decisión sobre servicios financieros, a pesar de sendas propuestas de Colombia, Perú y la Secretaría General; y un estudio de la CAF sobre las medidas prudenciales aplicadas por los Países Miembros. De todas formas, es bueno mencionar que, en tanto el sector de valores tiene un marcado interés en la integración subregional, los subsectores de seguros y banca han sido más cautos sobre este asunto.

Uno de los elementos que han sido objeto de mayor discusión es el que se refiere a las medidas prudenciales o cautelares que rigen los diferentes países y su eventual armonización, como paso previo a la adopción de medidas de liberalización del comercio de servicios financieros.

En relación con la Disposición Transitoria Sexta, sobre reconocimiento de títulos y licencias, si bien Colombia y la Secretaría General presentaron propuestas y se hicieron dos reuniones entre los Países Miembros para tratar de iniciar el desarrollo del tema, no ha habido progreso alguno. Este hecho se ha debido probablemente a la falta de voluntad de algunos países para progresar en este campo.

---

<sup>6</sup> Esta disposición transitoria fue modificada por la Decisión 440, para que sea la Secretaría General la que elabore la propuesta de Decisión y la someta a consideración del CAATEL.

#### 4.2. LA DECISIÓN 510

El inventario de medidas contrarias a los principios de nación más favorecida y trato nacional, que, de acuerdo con el artículo 14° de la Decisión 439 debía ser aprobado antes del 31 de diciembre de 1999, sólo se pudo aprobar después de cinco prórrogas por medio de la Decisión 510 del 30 de octubre de 2001.

Esta demora fue ocasionada en gran parte por la insuficiente capacidad técnica de algunos países para la elaboración de los inventarios; por las dificultades que se encontraron en llegar a acuerdos entre todos los países acerca del tipo y el alcance de las restricciones que debían incluirse en los inventarios; y, también, por la falta de voluntad de algunos países para adelantar el proceso en forma más rápida.

El inventario adoptado por la Decisión 510 corresponde a un sistema de lista negativa, por lo que la liberalización futura se realizará a través de la eliminación de las restricciones en él contenidas. Además, constituye un elemento importante para la transparencia, ya que todos los Países Miembros conocen con exactitud cuáles son las restricciones que existen en los demás países e implica que lo que no está incluido en el inventario se considera liberalizado.

Del inventario se excluye, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° de la Decisión 439, a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales, a la adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales y a las medidas relacionadas con los servicios de transporte aéreo.

Tampoco incorporan las medidas que se adopten en desarrollo del artículo 11°, de la Decisión 439 sobre excepciones de seguridad y otras cuestiones, y las medidas prudenciales del sector financiero, de conformidad con el párrafo 2, apartado a) del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS. Además, en la medida en que la Decisión 462 acordó todo el programa para la liberalización de las telecomunicaciones, las medidas relacionadas con este sector se excluyen también del inventario.

En consecuencia y en desarrollo de las directrices contenidas en la Decisión 439, se incluyen en el inventario las medidas contrarias a los principios de acceso a los mercados y trato nacional, tal como están definidas en los artículos XVI y XVII del AGCS; las medidas relativas al reconocimiento de títulos, licencias, acreditaciones y títulos profesionales; y las medidas laborales y migratorias, en el caso de que estas contraríen los principios de acceso al mercado y trato nacional.

Para la elaboración del inventario se utilizó como referencia la clasificación de servicios desarrollada durante las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT, contenida en el Documento MTN.GNS/W/120, además de que, en cada caso, se identifican las normas legales que contienen la restricción.

En relación con las medidas de alcance local o regional, restrictivas al acceso al mercado o al trato nacional, que no hayan sido incorporadas en el inventario, estas serán incorporadas en un programa de trabajo que la Secretaría General deberá pre-

sentar a los dos meses de aprobada la decisión con el fin de avanzar en el proceso de liberalización del comercio de servicios en la región.

Después de casi un año de aprobada la decisión, el programa de trabajo, previsto en el artículo 6° de la decisión, no ha sido presentado por la Secretaría General. Los Países Miembros, por su parte, están en la obligación de notificar dichas medidas antes del 31 de diciembre del 2002 y, en caso de que no sean notificadas, se considerarán como liberalizadas en forma automática.

De acuerdo con el compromiso de *status quo*, contenido en el artículo 10° de la Decisión 439, cualquier medida adoptada por un País Miembro no se aplicará a los demás países andinos.

El proceso de liberalización futura se regirá por los artículos 5° y 15° de la Decisión 439; en otras palabras, tendrá una cobertura sectorial sustancial y se hará en forma progresiva. Para los sectores sometidos a decisiones sectoriales existentes, la liberalización será decidida por la Comisión de la Comunidad Andina, reunida como Comisión Ampliada, de acuerdo con recomendación previa de los respectivos comités de autoridades o grupos de expertos. Para la realización del proceso de negociaciones, la Secretaría debía presentar una propuesta de trabajo en diciembre del 2001, hecho que no se dio.

#### 4.3. LOS INVENTARIOS DE RESTRICCIONES ANEXOS A LA DECISIÓN 510

De acuerdo con los inventarios anexos a la Decisión 510, los Países Miembros han consignado un total de 290 medidas contrarias a los principios de acceso a los mercados, trato nacional o a los dos. Estas medidas se distribuyen entre medidas horizontales (24), servicios prestados a las empresas (85), servicios de telecomunicaciones (36), servicios de enseñanza (12), servicios de medio ambiente (5), servicios financieros (47), servicios de salud (4), turismo (13), servicios de esparcimiento (5) y transporte (59).

Los inventarios constan de 6 columnas en las que se inscriben: 1) el orden numérico de la restricción; 2) el sector o subsector al cual afecta la restricción y su clasificación; 3) el fundamento legal de la medida; 4) y 5) sí la restricción afecta el acceso a los mercados o al trato nacional; y 6) la descripción de la medida.

En cuanto a los países, Colombia y Venezuela son los que mantienen un mayor número de medidas, 75 cada uno; luego vienen Ecuador con 74, Bolivia con 46 y Perú con 20. Es pertinente señalar que Perú no incluyó restricciones a los servicios financieros, puesto que entiende que todas las medidas que aplica tienen carácter prudencial. La Tabla n.º 5 resume esta situación:

**TABLA N.º 5: MEDIDAS RESTRICTIVAS A LOS SERVICIOS EN LA COMUNIDAD ANDINA**

CONCEPTO	BOLIVIA	COLOMBIA	VENEZUELA	ECUADOR	PERÚ	TOTAL
Horizontales	7	9	5	1	2	24
Serv. prestados a las empresas	16	19	14	30	6	85
Comunicaciones	4	11	7	12	2	36
Enseñanza	1	2	9	0	0	12
Medio Ambiente	1	4	0	0	0	5
Financieros	2	15	20	10	0	47
Salud	3	0	0	1	0	4
Turismo	4	1	6	2	0	13
Esparcimiento	1	0	0	3	1	5
Transporte	7	14	14	15	9	59
Total	46	75	75	74	20	290

Fuente: Decisión 510

En relación con los principios de acceso a los mercados y trato nacional, Bolivia aplica 19 restricciones al acceso al mercado, 11 al trato nacional y 16 a ambos principios; Colombia aplica 24 al acceso al mercado, 15 al trato nacional y 36 a ambos principios; Ecuador aplica 20 restricciones al acceso al mercado, 30 al trato nacional y 24 a ambos principios; Perú, por su parte, aplica 5 restricciones al acceso al mercado, 13 al trato nacional y 2 a ambos principios; Venezuela aplica 26 restricciones al acceso al mercado, 36 al trato nacional y 13 a los dos principios. En resumen, sobre acceso al mercado existen 94 restricciones, sobre trato nacional 105 y sobre ambos principios 91 restricciones, tal como se puede observar en la Tabla n.º 6.

**TABLA N.º 6: FRECUENCIA DE LAS RESTRICCIONES (artículos 6º y 8º)**

País	Acceso al mercado	Trato nacional	Acceso y trato nacional	Total
Bolivia	19	11	16	46
Colombia	24	15	36	75
Ecuador	20	30	24	74
Perú	5	13	2	20
Venezuela	26	36	13	75
Total	94	105	91	290

Fuente: Decisión 510



#### 4.3.1. Restricciones horizontales

##### 4.3.1.1. *Bolivia*

Las restricciones horizontales aplicadas por Bolivia se relacionan con asuntos laborales, ya que establecen porcentajes mínimos de trabajadores bolivianos en las empresas, requisitos de nacionalidad boliviana para desempeñar ciertos cargos y preferencia a bolivianos sobre extranjeros para la ocupación de cualquier empleo. En el campo migratorio, existe la exigencia de visa para poder desempeñar ciertas actividades.

En el ámbito comercial, existen limitaciones de acceso tipificadas por la forma de constitución, dirección y administración de las empresas.

##### 4.3.1.2. *Colombia*

Colombia es el país con un mayor número de medidas horizontales. Estas se refieren, esencialmente, a los porcentajes de participación de trabajadores colombianos en las empresas, obligaciones de visa para ejercer actividades laborales, requisitos para el establecimiento de empresas y facultades para limitar la participación de empresas extranjeras en actividades que determine el Consejo Económico y Social (CONPES).

##### 4.3.1.3. *Ecuador*

El Ecuador, por su parte, solo cuenta con una medida de tipo horizontal. Esta se refiere a la obligación para las compañías extranjeras que se dediquen a la ejecución de obras públicas, a la prestación de servicios públicos o a la explotación de recursos naturales de estar domiciliadas en el Ecuador.

##### 4.3.1.4. *Perú*

Las medidas horizontales aplicadas por el Perú se refieren a las disposiciones de visas para los extranjeros y a la preferencia que deben dar los empleadores para la contratación de trabajadores peruanos.

##### 4.3.1.5. *Venezuela*

En el caso venezolano, las restricciones horizontales se refieren al porcentaje de trabajadores venezolanos que deben estar contratados por las empresas, a la tenencia de nacionalidad venezolana para el ejercicio de ciertas profesiones, a la preferencia de nacionales del país para la contratación, a la obligación de domicilio en Venezuela para el representante legal de las empresas y a la reserva para empresas venezolanas en las actividades de televisión, radiodifusión y los servicios profesionales reglamentados por la ley.

#### 4.3.2. Servicios prestados a las empresas

##### 4.3.2.1. *Bolivia*

En el caso de Bolivia, los servicios prestados a las empresas se refieren principalmente a la reglamentación sobre servicios profesionales y a normas para algunas actividades como publicidad, investigación y seguridad, consultores de servicios y tecnología, y despachantes de aduanas.

##### 4.3.2.2. *Colombia*

En Colombia, la mayoría de las medidas listadas se refiere a servicios profesionales. En algunos casos, como en la pesca, la minería, la investigación y el desarrollo, las medidas se relacionan también con reglamentaciones del sector.

##### 4.3.2.3. *Ecuador*

Las medidas consignadas por el Ecuador en su inventario, en el ámbito de los servicios prestados a las empresas, se relacionan también en su mayoría con los servicios profesionales y la reglamentación de algunas actividades como la pesca, la minería, los servicios culturales, la publicidad y la radio y televisión.

##### 4.3.2.4. *Perú*

El Perú no tiene un gran número de medidas en el campo de los servicios prestados a las empresas. Las existentes se relacionan con los servicios jurídicos, de notariado, de arquitectura, de agentes de aduanas, turismo y viajes, e investigación y seguridad.

##### 4.3.2.5. *Venezuela*

Venezuela también tiene un número elevado de medidas relacionadas con los servicios profesionales. Las demás se refieren a medidas sobre investigación y desarrollo, y a medidas de investigación y seguridad.

#### 4.3.3. Comunicaciones<sup>7</sup>

##### 4.3.3.1. *Bolivia*

En el campo de las comunicaciones, Bolivia reserva para la empresa de correos de Bolivia los servicios de distribución de correo, salvo en el caso del correo expreso, en el que las empresas extranjeras deberán estar domiciliadas en el país. Las demás restricciones se refieren a audiovisuales, cuota de pantalla para empresas dedicadas a la proyección de películas cinematográficas y concesiones para radio y televisión.

---

<sup>7</sup> En este sector, sólo se incluyen las medidas relativas a audiovisuales y correo, puesto que las relacionadas con las telecomunicaciones son reguladas por la Decisión 462.

#### 4.3.3.2. *Colombia*

En el caso colombiano, la mayoría de las medidas relativas a los servicios de comunicaciones se refiere a la radio y televisión, en relación con las cuales se establecen limitaciones a la inversión extranjera, cuotas de pantalla (también para la proyección de películas cinematográficas), limitaciones a la participación de actores extranjeros en las producciones nacionales, recargos en las tarifas para comerciales extranjeros o de producción mixta, y limitación a la inversión extranjera en sociedades concesionarias de televisión. En el caso del correo, se limita la emisión de sellos de correo a la Administración Nacional.

#### 4.3.3.3. *Ecuador*

En Ecuador, las medidas en este sector se concentran en el campo de los servicios audiovisuales y se refieren principalmente a la participación de nacionales ecuatorianos en la propiedad, dirección de las empresas y en la parte artística. En la producción de comerciales, estos deben realizarse en el país con personal ecuatoriano.

#### 4.3.3.4. *Perú*

Las dos restricciones listadas por el Perú en el campo de las comunicaciones se refieren a la cuota de pantalla para las películas cinematográficas, la radio y la televisión; y a la exigencia de la nacionalidad peruana para obtener autorizaciones que faculten la prestación de servicios de difusión.

#### 4.3.3.5. *Venezuela*

El inventario de Venezuela incluye medidas relativas a los servicios postales, según las cuales se requiere concesión para la prestación de servicios de correo por parte de empresas privadas. En el campo de los audiovisuales, se reserva a empresas nacionales la televisión, la radiodifusión y los periódicos en idioma castellano.

Además, se reserva a personas naturales o jurídicas, de nacionalidad venezolana y domiciliadas en el país, el otorgamiento de títulos para establecer y explotar servicios de radiodifusión sonora, la dirección técnica de estaciones de radiodifusión, la locución de los programas, la operación de los estudios y las concesiones para la prestación de servicios de televisión.

### 4.3.4. Enseñanza

#### 4.3.4.1. *Bolivia*

En Bolivia, para acceder al cargo de rector o para ejercer la docencia en universidades privadas, los profesionales extranjeros deben obtener residencia legal.

#### 4.3.4.2. *Colombia*

En Colombia, el funcionamiento de las instituciones privadas de educación superior debe ser aprobado por el Ministerio de Educación, que determinará el campo o campos de acción en el que se pueden desempeñar.

#### 4.3.4.3. *Venezuela*

Las medidas incluidas por Venezuela en el campo de la enseñanza se refieren principalmente a la tenencia de la nacionalidad venezolana para ejercer cargos de docencia, dirección, investigación, etc.

#### 4.3.5. Medio ambiente

##### 4.3.5.1. *Bolivia*

En Bolivia, para el caso de las empresas de servicios de eliminación de desperdicios y servicios de saneamiento y similares, las empresas extranjeras deben asociarse con empresas nacionales para participar en las licitaciones y existe una cuota numérica para otorgar licencias a los proveedores de servicios medioambientales. Las empresas extranjeras tienen limitaciones en la participación en el capital. Por otra parte, las concesiones para servicios de agua potable y alcantarillado son otorgadas con carácter monopólico por un período de 30 años.

##### 4.3.5.2. *Colombia*

En Colombia, por motivos de interés social y con el fin de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red, gas domiciliario y distribución domiciliaria de energía eléctrica se pueda extender a las personas de menores ingresos, se establecen áreas de servicio exclusivo en las que ninguna otra empresa pueda ofrecer los mismos servicios durante un tiempo determinado. Se pueden establecer limitaciones para el suministro de servicios al extranjero en casos de escasez.

#### 4.3.6. Servicios financieros

Tal como ya se anotó, el sector de los servicios financieros se ha venido trabajando en el marco de la CAN y en desarrollo de la Decisión 349 sin ningún resultado concreto hasta el momento.

##### 4.3.6.1. *Bolivia*

Las dos medidas incluidas en el inventario por Bolivia se refieren a seguros y a servicios bancarios. En relación con los seguros —y específicamente con los seguros de vida, accidentes y de salud; los seguros distintos a los seguros de vida; y los reaseguros—, las personas naturales o jurídicas requieren previa autorización de constitución y funcionamiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para realizar sus actividades. Para actuar como agentes de seguros, los extranjeros deberán tener residencia definitiva en el país.

En el caso de los servicios bancarios, las actividades de intervención financiera y de servicios auxiliares financieros deben ser realizadas por entidades financieras autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

#### 4.3.6.2. Colombia

En Colombia, las entidades financieras sujetas al control de la Superintendencia Bancaria deben constituirse como sociedades anónimas mercantiles o asociaciones cooperativas.

En el campo de los seguros, existen amplias regulaciones que reservan esta actividad para las compañías establecidas en el país y la participación de colombianos en estas actividades.

#### 4.3.6.3. Ecuador

En Ecuador, la actividad aseguradora también tiene normas que reservan el sector a las compañías legalmente establecidas en el país.

Para el caso de los servicios bancarios y otros servicios financieros, las medidas incluidas por el Ecuador se refieren principalmente a la forma de organización societaria y a las funciones que deben adoptar las empresas dedicadas a la prestación de estos servicios.

#### 4.3.6.4. Venezuela

En el caso de Venezuela, la actividad aseguradora también está ampliamente regulada con el fin de favorecer a las compañías establecidas en el país.

Para los demás servicios financieros, las demás medidas listadas por Venezuela se refieren principalmente a la forma de constitución de las compañías y a la participación de nacionales de Venezuela en la dirección y administración de las mismas.

### 4.3.7 Servicios de salud

#### 4.3.7.1. Bolivia

Las restricciones bolivianas para los servicios de salud se refieren a limitaciones en las funciones de los supervisores de salud en fábricas extranjeras que ingresen con carácter temporal; requisitos de nacionalidad boliviana para ejercer ciertos cargos; y prioridad a bolivianos para cualquier función o empleo en el campo de la educación para la salud.

#### 4.3.7.2. Ecuador

En el Ecuador, los servicios ofrecidos por las empresas de salud y medicina prepagada privadas deberán ser prestados por sociedades anónimas, nacionales o extranjeras.

### 4.3.8 Turismo

#### 4.3.8.1. Bolivia

Los servicios de hoteles y restaurantes, agencias de viajes y organizaciones de viajes en grupo, deberán ser prestados por empresas legalmente constituidas en el país. Además, para ser guía de turismo se requiere la nacionalidad boliviana.

#### 4.3.8.2. Colombia

En Colombia, el ejercicio de la profesión de agente de viajes y turismo no puede ser ejercido por extranjeros no residentes en el país.

#### 4.3.8.3. Ecuador

En Ecuador, las agencias de viajes extranjeras, además de cumplir con los requisitos establecidos por el Reglamento de Agencias de Viaje, deben tener, por lo menos, el 60% de capital nacional.

#### 4.3.8.4. Venezuela

En Venezuela, la explotación y administración de campamentos turísticos solo podrá ser ejercida por venezolanos. Asimismo, los gerentes de empresas turísticas, así como los guías y los conductores de turismo, sólo pueden ser venezolanos. Además, las empresas de transporte constituidas en países extranjeros deberán tener domicilio en Venezuela para poder embarcar y desembarcar turistas.

### 4.3.9. Esparcimiento

#### 4.3.9.1. Bolivia

En los espectáculos, se deberá contar con un mínimo de 60% de artistas nacionales

#### 4.3.9.2. Ecuador

En Ecuador, salvo en algunos casos establecidos por la ley, los artistas, conjuntos musicales y orquestas extranjeras deberán pagar un impuesto correspondiente al 6% del valor del contrato y realizar una representación gratuita en acuerdo con la municipalidad respectiva.

#### 4.3.9.3. Perú

En Perú, existen una serie de requisitos para el otorgamiento de visas para los artistas extranjeros que deseen presentarse en el país.

### 4.3.10 Transporte

#### 4.3.10.1. Bolivia

Bolivia incluyó en su inventario medidas relacionadas con el transporte marítimo, transporte por vías navegables interiores y servicios portuarios. En relación con el transporte marítimo, se anota la necesidad de domicilio en el país para los propietarios de embarcaciones y buques marítimos, y la obligación para las personas naturales o jurídicas que registren buques de hacerlo ante la autoridad competente. Por otra parte, se exige un mínimo de nacionales en las tripulaciones; y las habilitaciones para capitanes, oficiales, prácticos y pilotos están reservados a bolivianos.

En relación con el transporte por vías navegables interiores, las medidas comprenden la exclusividad para la Fuerza Naval Boliviana del servicio de practicaje y

pilotaje; la exigencia de determinadas normas técnicas para las embarcaciones construidas en el extranjero; la exigencia de domicilio legal en el país para propietarios de embarcaciones; disposiciones de la Dirección General de Marina Mercante para barcos extranjeros que pretendan obtener el pabellón nacional; y la necesidad de estar domiciliado en el país para ser propietario de una embarcación con bandera boliviana.

En el caso de los servicios portuarios, la Administración de Servicios Portuarios de Bolivia es el agente de aduana acreditado en los puertos habilitados o por habilitarse en el tránsito de mercancías de y hacia Bolivia.

#### 4.3.10.2. Colombia

Colombia, por su parte, incluyó en el inventario medidas relacionadas con el transporte por carretera y el transporte marítimo.

El transporte por carretera debe ser prestado por empresas legalmente constituidas y debidamente autorizadas por la autoridad competente colombiana. Los vehículos registrados en otros países podrán circular por el tiempo autorizado por las autoridades, pero no podrán realizar transporte público dentro del país.

En el ámbito del transporte marítimo, se reserva el transporte de cabotaje para naves de bandera colombiana. Los servicios portuarios en los espacios marítimos colombianos serán prestados por naves de bandera colombiana. Así mismo, en las naves de bandera colombiana, el capitán, los oficiales y, como mínimo, el 80% de la tripulación deberán ser colombianos. Esta norma rige también para las embarcaciones con bandera extranjera, salvo las pesqueras, que operen en aguas colombianas por un término mayor de seis meses, continuos o discontinuos.

Por otra parte, solo pueden ser dueños de una nave comercial aérea o marítima, matriculada en Colombia, los nacionales colombianos, y el capital extranjero en las empresas aéreas y marítimas no puede exceder del 40%. En el mismo sentido, cuando el agente marítimo sea una sociedad, el 60% del capital debe ser colombiano.

El practicaaje en aguas jurisdiccionales colombianas es un servicio público controlado y regulado por la autoridad marítima. Solo pueden actuar como pilotos prácticos oficiales, oficiales en servicio activo o en retiro de la Armada Nacional.

Las concesiones para operaciones portuarias sólo podrán ser otorgadas a las *sociedades portuarias*.

#### 4.3.10.3. Ecuador

El Ecuador sólo incluyó en su inventario medidas relativas al transporte marítimo. El cabotaje está, en general, reservado a los barcos ecuatorianos. Las naves ecuatorianas solo podrán ser comandadas por capitanes ecuatorianos de nacimiento y los oficiales podrán ser ecuatorianos nacionalizados.

Ecuador mantiene reserva de carga para el transporte de hidrocarburos.<sup>8</sup> Por su parte, el practicaje solo podrá ser ejercido por prácticos debidamente calificados de nacionalidad ecuatoriana.

#### 4.3.10.4. *Perú*

Las medidas relacionadas con el transporte marítimo son las únicas incluidas por Perú en su inventario. En Perú, como en los demás países de la Comunidad Andina, las actividades de practicaje son reservadas a nacionales peruanos. Lo mismo se aplica a los capitanes / patrones de las naves de bandera peruana, y la dotación de las naves debe ser en su totalidad de nacionalidad peruana, salvo en casos excepcionales en los que se puede autorizar el embarco de personal extranjero.

El tráfico de cabotaje solo podrá realizarse en barcos de bandera peruana o en los buques extranjeros operados por empresas navieras nacionales. Existen además normas para las sociedades que se dediquen al transporte de hidrocarburos, en la que se reserva a nacionales peruanos las concesiones en el transporte de dichos productos y limitaciones en el domicilio de dichas sociedades.

#### 4.3.10.5. *Venezuela*

Venezuela incluyó en su inventario medidas sobre transporte marítimo, por carretera y ferroviario. Se establece que el cabotaje, como en los demás países de la región, está reservado para barcos de bandera venezolana.

Asimismo, los agentes navieros también tienen que ser venezolanos y, en el caso de personas jurídicas el capital de la empresa, debe ser venezolano en un 80%. También tienen que ser venezolanos los capitanes de los buques mercantes nacionales y, por lo menos, el 50% de las tripulaciones. En la Ley de Faros y Boyas, se le da preferencias a los barcos venezolanos en materia de tarifas.

En el campo del transporte por ferrocarril, solo se otorgarán concesiones a personas naturales o jurídicas establecidas y domiciliadas en Venezuela que no dependan, en modo alguno, de gobiernos extranjeros.

Para el transporte por carretera, las empresas que deseen prestar el servicio de transporte colectivo deben estar constituidas y domiciliadas en Venezuela. En algunos casos, se puede autorizar este servicio a empresas extranjeras.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Con las decisiones que la Comisión de la Comunidad Andina ha venido adoptando desde el principio de la década de los noventa, sobre la base del Capítulo XI del

---

<sup>8</sup> Decisión 314, artículo 1°.



Acuerdo de Cartagena, y, posteriormente, con las Decisiones 439 y 510, sobre la liberalización del comercio de servicios, la CAN cuenta con una base legal suficiente para desarrollar la integración en el campo de los servicios, así como para la liberalización de su comercio, que deberá culminar en el 2005.

Sin embargo, es importante que los trabajos en estas materias se reactiven lo más rápidamente posible. Con los inventarios de la Decisión 510, se tiene un panorama general de las restricciones al acceso y al trato nacional, y estamos en mora de continuar con el programa previsto en dicha decisión para lo cual la Secretaría tenía que presentar un programa de trabajo dos meses después de su entrada en vigor.

Es difícil de entender que la región esté actuando en un proceso de negociaciones como el del ALCA y no esté fortaleciendo, al mismo tiempo, el mercado regional para sus proveedores de servicios. Ello limitará la adopción de propuestas de pedidos y ofertas comunes, al tiempo que se perderá la oportunidad para que muchos de nuestros proveedores aprendan a realizar negocios internacionales a partir de sus experiencias en la subregión.

Por otra parte, muchas de las restricciones incluidas en los inventarios no se podrán levantar mediante el simple vencimiento de los plazos, como sucedió con las compras gubernamentales para los servicios, sino que requerirán de entendimientos sectoriales que adopten medidas subregionales complementarias o simplemente necesitarán que se convenga un proceso paulatino de liberalización y de integración, como en los servicios financieros, los audiovisuales o los servicios profesionales.

El programa de trabajo que debe presentar la Secretaría General, en desarrollo del artículo 6° de la Decisión 510, tendrá que contemplar todos estos elementos.

## ANEXOS

### ANEXO N.º 1: INDICADORES DE POBLACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA

#### POBLACIÓN COMUNIDAD ANDINA Miles de Habitantes

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
BOLIVIA	6 894	7 064	7 238	7 414	7 592	7 773	7 957	8 143	8.329	8.516	8.705
COLOMBIA	36 370	37 085	37 810	38 542	39 285	40 042	40 804	41 566	42.321	43.070	43.817
ECUADOR	10 741	10 981	11 221	11 460	11 698	11 937	12 175	12 411	12.646	12.879	13.112
PERÚ	22 354	22 740	23 130	23 532	23 947	24 371	24 801	25 232	25.662	26.090	26.521
VENEZUELA	20 441	20 910	21 377	21 844	22 311	22 777	23 242	23 707	24.170	24.632	25.093
<b>TOTAL</b>	96 800	98 780	100 777	102 792	104 833	106 900	108 979	111 059	113.128	115.188	117.248

Fuente: Secretaría General Comunidad Andina, Proyecto 5.2.5. Estadística

## ANEXO N.º 2: RESULTADOS MACROECONÓMICOS DE LA COMUNIDAD ANDINA

### Inflación de los Países Miembros de la Comunidad Andina (a diciembre respecto al año anterior)

	1999	2000	2001
CAN	15,2	17,3	8,0
Bolivia	3,1	3,4	0,9
Colombia	9,2	8,8	7,7
Ecuador	60,7	91,0	22,4
Perú	3,7	3,7	-0,1
Venezuela	18,8	13,4	12,3

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

### Déficit fiscal de los Países Miembros de la Comunidad Andina (% PIB)

	1999	2000	2001
Bolivia	-3,9	-3,7	-3,8
Colombia	-4,2	-3,4	-2,8
Ecuador	-4,7	0,4	-0,4
Perú	-3,1	-3,2	-2,4
Venezuela	0,4	-1,7	-3,9

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

### ANEXO N.º 3: COMERCIO EXTERIOR DE LA COMUNIDAD ANDINA

#### Exportación de bienes Comunidad Andina (FOB) (en millones US\$)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
<b>TOTAL MUNDO</b>	28 378	29 740	34 252	37 903	45 500	47 677	38 896	43 208	57 423	50 173
<b>CAN</b>	2 225	2 868	3 428	4 801	4693	5628	5 411	3 939	5 167	5 631
Bolivia	91	120	196	218	260	251	320	293	311	367
Colombia	1 014	1 139	1 110	1 937	1839	2115	2 130	1 634	2 161	2 741
Ecuador	178	295	386	359	428	636	540	445	663	760
Perú	276	269	310	405	418	515	468	347	446	523
Venezuela	666	1 045	1 426	1 882	1748	2111	1 953	1 220	1 586	1 240

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

#### Importación de bienes Comunidad Andina (CIF) (en millones US\$)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
<b>TOTAL MUNDO</b>	27 162	29 401	30 731	38 324	37 026	43 982	45 709	35 423	39 754	44 778
<b>COMUNIDAD ANDINA</b>	2 108	2 645	3 279	4 880	4907	5 907	5 209	4 098	5 477	5 873
Bolivia	40	77	103	116	141	166	175	157	168	179
Colombia	694	1 292	1.542	1 845	1848	2 232	1 900	1 438	1 612	1 400
Ecuador	160	181	494	706	653	918	965	578	859	1 170
Perú	596	522	646	1190	1.433	1 564	1 175	980	1 399	1 147
Venezuela	618	573	494	1023	832	1 027	994	945	1 439	1 977

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

**Balanza Comercial de la Comunidad Andina (en millones US\$)**

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
<b>TOTAL MUNDO</b>	<b>1 216</b>	<b>339</b>	<b>3 521</b>	<b>-421</b>	<b>8 474</b>	<b>3 695</b>	<b>-6 813</b>	<b>7 785</b>	<b>17 669</b>	<b>5 395</b>
<b>COMUNIDAD ANDINA</b>	<b>117</b>	<b>223</b>	<b>149</b>	<b>-79</b>	<b>-214</b>	<b>-279</b>	<b>202</b>	<b>-159</b>	<b>-310</b>	<b>-242</b>
Bolivia	51	43	93	102	119	85	145	136	143	188
Colombia	320	-153	-432	92	-9	-117	230	196	549	1.341
Ecuador	18	114	-108	-347	-225	-282	-425	-133	-196	-410
Perú	-320	-253	-336	-785	-1.015	-1.049	-707	-633	-953	-624
Venezuela	48	472	932	859	916	1.084	959	275	147	-737

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

**Balanza de Pagos de la Comunidad Andina (en millones US\$)**

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
<b>I. CUENTA CORRIENTE</b>	<b>-4 329</b>	<b>-6841</b>	<b>-3 822</b>	<b>-7271</b>	<b>1 483</b>	<b>-5 193</b>	<b>-12 838</b>	<b>4 408</b>	<b>13 984</b>	<b>1 700</b>
<b>1. BALANZA COMERCIAL</b>	<b>3 871</b>	<b>1935</b>	<b>5 532</b>	<b>3277</b>	<b>11 754</b>	<b>7 330</b>	<b>-2 467</b>	<b>11 394</b>	<b>22 405</b>	<b>10 607</b>
Exportac. FOB	28 865	29 569	34 683	40 774	46 632	49 127	40 243	44 641	60 074	52 782
Importac. CIF	24 994	27 634	29 151	37 497	34 878	41 797	42 710	33 247	37 669	42 175
<b>2. BALANZA DE SERVICIOS</b>	<b>-4 297</b>	<b>-4 343</b>	<b>-5 194</b>	<b>-5678</b>	<b>-5 718</b>	<b>-7 012</b>	<b>-6 559</b>	<b>-5 029</b>	<b>-5 782</b>	<b>-6 217</b>
<b>3. RENTA DE FACTORES</b>	<b>-6 069</b>	<b>-6 194</b>	<b>-6 489</b>	<b>-7206</b>	<b>-6 909</b>	<b>-7 813</b>	<b>-6 234</b>	<b>-5 772</b>	<b>-6 822</b>	<b>-7 114</b>
<b>4. TRANSFER.</b>	<b>2 166</b>	<b>1 761</b>	<b>2 327</b>	<b>2336</b>	<b>2 368</b>	<b>2 302</b>	<b>2 422</b>	<b>3 815</b>	<b>4 183</b>	<b>4 424</b>
<b>II. CUENTA CAPITAL Y FINANCIERO</b>	<b>5 996</b>	<b>7 407</b>	<b>6 567</b>	<b>7624</b>	<b>10 912</b>	<b>14 434</b>	<b>10 236</b>	<b>-1 588</b>	<b>-7 585</b>	<b>3 841</b>
<b>III. ERRORES Y OMISIONES</b>	<b>-509</b>	<b>-359</b>	<b>-272</b>	<b>-829</b>	<b>-604</b>	<b>-2 467</b>	<b>-1 608</b>	<b>-2 238</b>	<b>-4 031</b>	<b>-4 713</b>
<b>SALDO DE BALANZA</b>	<b>1 158</b>	<b>207</b>	<b>2 473</b>	<b>-476</b>	<b>11 791</b>	<b>6 774</b>	<b>-4 210</b>	<b>582</b>	<b>2 368</b>	<b>828</b>

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística

## ANEXO N.º 4: INDICADORES DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Inversión extranjera directa en la Comunidad Andina  
por país de origen (en millones US\$)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
NAFTA	3623	3959	873	1013	1527	2368	2553	2549	2791	2578
Canadá	76	107	69	131	137	158	368	192	983	460
Estados Unidos	3547	3849	787	871	1362	2127	2120	2347	1783	2104
México	1	3	18	10	28	83	64	10	25	15
COMUNIDAD										
ANDINA	45	108	133	129	103	132	251	111	-26	43
Bolivia	0	0	-1	4	0	-2	2	0	0	0
Colombia	4	28	20	35	16	139	88	21	-20	13
Ecuador	3	5	31	56	22	30	82	24	6	8
Perú	2	4	6	2	11	15	21	44	7	11
Venezuela	35	72	78	31	55	-49	57	22	-20	10
MERCOSUR	25	41	79	179	374	549	602	512	205	305
Argentina	5	16	45	89	232	459	516	330	133	229
Brasil	3	16	32	83	95	83	44	166	55	72
Uruguay	17	9	2	7	46	7	42	15	17	4
Paraguay	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Chile	1	51	189	259	150	293	78	324	22	186
AMERICA CENTRAL	304	349	266	279	215	1950	206	238	304	255
Panamá	304	348	265	273	209	1945	183	228	301	250
Costa Rica	0	0	0	6	6	5	22	10	4	4

Cont.

Resto de América Central	0	0	0	0	0	1	1	0	0	0
UNIÓN EUROPEA	1408	1537	2955	760	1727	4322	2559	2721	2713	1811
Alemania	15	37	57	37	126	161	176	162	191	231
Austria	1	1	1	-1	0	8	2	0	4	7
Bélgica	50	53	4	0	8	30	48	0	19	16
Dinamarca	20	14	12	-2	1	12	0	17	72	15
España	60	79	2.217	183	668	2349	856	311	1105	365
Finlandia	0	0	0	0	0	0	0	2	0	1
Francia	166	197	48	92	109	325	251	360	350	475
Grecia	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Irlanda	0	0	20	5	1	2	4	9	-3	2
Italia	106	98	27	13	156	173	286	139	130	176
Luxemburgo	0	-1	8	-1	0	-5	8	0	105	26
Holanda	553	609	316	194	198	433	329	673	443	288
Portugal	0	0	0	0	2	1	31	5	0	4
Reino Unido	381	333	241	225	385	805	516	975	228	129
Suecia	56	85	4	10	25	15	22	41	40	12
RESTO DE EUROPA	14	40	24	64	69	267	183	75	540	334
Suiza	13	17	18	22	25	140	127	34	63	42
Otros resto de Europa	1	23	6	42	44	128	56	42	477	292
ASIA	336	235	65	92	138	551	195	254	56	75
Japón	217	234	61	84	130	179	101	131	42	36
Resto de Asia	119	1	5	8	8	371	94	122	15	39
ANTILLAS	284	305	406	278	1002	1481	2593	1020	1029	728

Cont.

Bahamas	4	13	5	12	85	74	33	116	27	49
I. Cayman	168	172	225	11	682	810	1794	557	151	309
Aruba	2	-1	0	52	22	-9	9	6	2	3
Curazao	84	84	22	5	10	0	8	5	1	2
Barbados	0	0	0	0	0	4	1	2	0	6
Bermudas	4	2	3	17	17	152	301	150	323	140
I. Virgenes	18	13	157	158	156	446	361	146	507	201
San Martin	0	0	1	10	0	0	0	38	6	-
Trinidad	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
I. Monserrat	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Antillas Holandesas	3	21	-7	14	31	3	87	1	11	17
OTROS PAÍSES	778	1 809	1 263	2 274	4 450	2 689	1 575	420	1 214	2 475
Otros no especificados	579	623	309	344	996	1 199	1 164	845	2 457	1 145
Otros no clasificados	199	1 186	953	1 930	3 454	1 491	411	-426	-1 243	1 331
Inversión total	6 818	8 434	6 252	5 327	9 754	14 603	10 797	8 224	8 849	8 790

Fuente: Secretaría General, Comunidad Andina. Proyecto 5.2.5 Estadística



# LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE EN LA COMUNIDAD ANDINA

RICARDO VIGIL TOLEDO\*

## 1. EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL EN LA COMUNIDAD ANDINA

### 1.1. INTRODUCCIÓN

Los servicios de transporte aéreo en la subregión andina tienen una normativa comunitaria solamente en lo relativo a la política de cielos abiertos y de múltiple designación en el transporte aéreo. Las normas que la conforman son la Decisión 297 sobre integración del transporte aéreo en la subregión andina, la Decisión 320 sobre múltiple designación en el transporte aéreo de la subregión andina, la Decisión 360 que modifica la Decisión 297 y la Decisión 361 que modifica la Decisión 320.

### 1.2. LA DECISIÓN 297 SOBRE INTEGRACIÓN DEL TRANSPORTE AÉREO EN LA SUBREGIÓN

La Decisión 297 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se promulgó en la ciudad de Caracas el 16 de mayo de 1991 y consta de 20 artículos y seis capítulos. El Capítulo I aborda las definiciones; el Capítulo II se refiere a su ámbito de aplicación; el Capítulo III establece las condiciones para la realización de los vuelos regulares y no regulares dentro de la subregión; el Capítulo IV estipula las condiciones para la realización de vuelos extrasubregionales; el Capítulo V crea el Comité Andino de Autoridades Aeronáuticas; y el Capítulo VI consigna las disposiciones generales.

Esta decisión sobre integración del transporte aéreo en la subregión se dio con la finalidad de abrir el mercado aeronáutico y promover acuerdos bilaterales y multilaterales para mejorar los servicios de transporte aéreo. La sanción de la Decisión 297 respondió a la iniciativa del IV Consejo Presidencial Andino, que,

---

\* Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Los comentarios de este informe son a título personal y no reflejan, necesariamente, la posición del Tribunal.

reunido en la ciudad de La Paz, acordó adoptar la política de «cielos abiertos andinos».

El artículo 1° contiene una serie de definiciones para los efectos de la aplicación de la norma. Entre ellas encontramos la definición de primera *libertad*, entendida como el derecho de volar a través del territorio de otro país sin aterrizar; la de *segunda libertad*, entendida como el derecho de aterrizar en otro país con fines no comerciales; la de *tercera libertad*, entendida como el derecho de desembarcar, en un país, pasajeros, carga y correo, y embarcarlos en el territorio cuya nacionalidad posee el transportista; la de *cuarta libertad*, entendida como el derecho de embarcar, en un país, pasajeros, carga y correo, destinados al territorio del país cuya nacionalidad posee el transportista; y la de *quinta libertad*, entendida como el derecho de embarcar pasajeros, carga y correo en un país distinto del de la nacionalidad del transportista y con destino a otro país de la subregión o de fuera de ella, también distinto del de la nacionalidad del transportista.

Otras definiciones importantes son las siguientes: *vuelos regulares*, de acuerdo con la modificación introducida por la Decisión 360, son aquellos vuelos que se realizan con sujeción a itinerarios y horarios prefijados, y que se ofrecen al público mediante una serie sistemática de vuelos (estas condiciones deben cumplirse en su conjunto); *vuelos no regulares*, también de acuerdo con la Decisión 360, son aquellos que se realizan sin sujeción a la conjunción de los elementos que definen los vuelos regulares; *series de vuelos* son dos o más vuelos no regulares que se programan y realizan en conjunto; *certificado de explotación* es el documento emitido por la autoridad aeronáutica de un País Miembro, a través del cual se acredita la autorización otorgada a un transportador aéreo para realizar un servicio aéreo determinado; y *múltiple designación* es la designación por un país de dos o más líneas aéreas para realizar servicios de transporte aéreo internacional.

La Decisión 297, modificada—como ya se dijo— por la Decisión 360 (sancionada en la ciudad de Lima el 26 de mayo de 1994), estatuye que los Países Miembros se conceden el libre ejercicio de los derechos de tercera, cuarta y quinta libertades del aire en vuelos regulares y combinados de pasajeros, carga y de correo, o exclusivos de pasajeros o de carga, que se realicen dentro de la Subregión (art. 5°). Asimismo, establece que los Países Miembros adoptan un régimen de libertad para los vuelos no regulares de carga de sus empresas que se realicen dentro de la subregión (art. 6°).

El artículo 7° dispone que los Países Miembros, de conformidad con la *política andina de transporte aéreo*, revisarán los permisos de operación, los acuerdos bilaterales u otros actos administrativos vigentes entre ellos, y efectuarán las modificaciones en función de las mismas, orientándolos a un libre intercambio de derechos aerocomerciales intrasubregionales que responda al interés comunitario y asegure una sana competencia y la calidad y eficiencia del servicio de transporte aéreo internacional.

Esta importante decisión de política aérea estableció que los Países Miembros aceptasen el principio de múltiple designación en la realización de los servicios regulares de pasajeros, carga y correo. Y ordenó que se diese, como así fue, la reglamentación uniforme necesaria para la aplicación del citado principio. Esta reglamentación se halla recogida en la Decisión 320 que veremos más adelante.

Por último, dispone el otorgamiento automático de las autorizaciones para efectuar servicios de transporte aéreo no regulares (art. 10°) y la obligación de concederse —los Países Miembros— derechos de tráfico aéreo de quinta libertad en vuelos regulares (art. 11°) y un régimen de libertad para los vuelos no regulares de carga de las empresas subregionales que no constituyan un conjunto sistemático de vuelos entre un mismo origen y destino, y que se realicen entre países de la Subregión y terceros países (art. 12°, de acuerdo con la modificación establecida por la Decisión 360).

### 1.3 LA DECISIÓN 320 SOBRE MÚLTIPLE DESIGNACIÓN EN EL TRANSPORTE AÉREO DE LA SUBREGIÓN ANDINA.

La Decisión 320 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena del 17 de junio de 1992 consta de 9 artículos, de acuerdo con las modificaciones establecidas en la Decisión 361 del 26 de mayo de 1994. Esta decisión de política aérea se aprobó —como se ha mencionado anteriormente— por lo dispuesto en la comentada Decisión 297. Por este motivo, ambas decisiones vienen a ser complementarias.

La Decisión 320 establece que los Países Miembros podrán designar a una o más empresas nacionales de transporte aéreo con permiso de operación para la realización de servicios de transporte aéreo internacional regular de pasajeros, carga y correo en cualquiera de las rutas dentro de la Subregión, garantizando el libre acceso al mercado y sin ningún género de discriminación (art. 1°).

La citada decisión dispone que el organismo nacional competente, una vez que designe a una empresa aérea, notificará a cada uno de los organismos nacionales competentes de los Países Miembros en los que el solicitante vaya a ejercer derechos aerocomerciales indicándoles la denominación social, las rutas, frecuencias y equipos con los cuales operará (art. 4°). Asimismo, establece que el organismo nacional competente que sea notificado por otro País Miembro de la designación realizada a una empresa de transporte aéreo permitirá, en forma inmediata, la realización de los servicios en las rutas y frecuencias ya autorizadas por el país designante dentro de un plazo máximo de 30 días de recibida la notificación. Además, éste coordinará con la empresa designada cualquier modificación del horario solicitado que, por razones técnicas, sea necesario efectuar (art. 5°). Y dispone también que el hecho de que una empresa de transporte aéreo haya sido designada para realizar vuelos regulares en nada afecta su capacidad para realizar vuelos no regulares de pasajeros, carga y correo, siempre y cuando cumpla con los requisitos del artículo 10 de las Decisión 297 (art. 6°).

## 2. EL TRANSPORTE MARÍTIMO Y MULTIMODAL

### 2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMATIVA ANDINA: LA LIBERACIÓN DEL ACCESO A LA CARGA ORIGINADA Y DESTINADA POR VÍA MARÍTIMA EN LA SUBREGION (DECISIÓN 288)

Encontrándose en boga las nuevas tendencias del neoliberalismo y la globalización, se promulgó, el 21 de marzo de 1991, la Decisión 288, que estableció la libertad irrestricta para el acceso al transporte de la carga originada y destinada por vía marítima a los cinco países de la Subregión por buques de cualquier bandera, sin reserva ni limitación alguna. Señaló que, en el plazo de 90 días de dictada, los Países Miembros deberían eliminar las restricciones al fletamento de buques, las asignaciones de rutas y los sistemas de fijación de fletes.

Así, en tan escueta decisión, se decretaba inexorablemente el colapso de una marina mercante creada y robustecida al amparo de las leyes y reglamentos de reserva de carga, al no haberse previsto, en el mismo mandato, alternativas para reemplazar este proteccionismo o, por lo menos, un calendario para adecuar el tránsito de una situación a la otra. En otras palabras, evitar las variaciones pendulares de 180 grados no infrecuentes en la región. Es cierto, también, que en los años que precedieron a la dación de la norma se había venido abusando de esta situación de privilegio, hecho que había suscitado las correspondientes quejas entre los usuarios —exportadores e importadores— que se veían seriamente afectados por la obligación que tenían de embarcar en naves de bandera de los países de la Comunidad Andina, aun cuando no existía siquiera la capacidad de bodega propia para ello.

Este hecho sucedía al poco tiempo de haberse perdido, en Ginebra, la última gran batalla en el foro de la UNCTAD para erradicar las llamadas *banderas de conveniencia* o *pabellones de complacencia* —como también se les llamaba—, que constituían un serio impedimento en el desarrollo competitivo de las flotas de los países en desarrollo. Luego, mediante un tibio convenio que no alcanzó el apoyo político necesario por parte de los países desarrollados, fuertemente presionados por los cabildeos de los grupos de armadores, se legalizó —más que erradicarse— esta práctica, ya que se impusieron condiciones blandas para que se configurara, técnicamente, el requisito de «vínculo genuino» que debe existir entre el buque y el Estado que le otorga el derecho de enarbolar su pabellón.

Los armadores de países desarrollados venían beneficiándose de esta práctica, ya que registraban sus buques en países que ofrecían la facilidad de otorgar el derecho a enarbolar su pabellón sin que existiera vínculo alguno entre el país y el buque. De este modo, evitaban el pago de tributos y las leyes laborales de sus respectivos países al contratar a las tripulaciones de sus buques con salarios de países en desarrollo.

Estas ventajas, obtenidas por la falta de reglamentación internacional, hacían desaparecer la ventaja comparativa de los países en desarrollo que, como compensación, tenían el proteccionismo de la reserva de carga para hacer frente a la competencia de los grandes consorcios de los navieros de los países desarrollados.

Con el nuevo convenio se había dado por agotado el tema y, si bien no se había entronizado la libertad irrestricta para conceder el registro de un buque y el derecho a enarbolar el pabellón, el producto final era un tratado al que se le imponía condiciones sumamente onerosas para su entrada en vigor y que no conllevaba sanción alguna para aquellos Estados que no quisieran aplicar las suaves reglas contenidas en él como requisitos para otorgar la «nacionalidad» a los buques extranjeros en los registros nacionales.

Finalizada la batalla en el foro de las Naciones Unidas para la erradicación de esta práctica, los armadores que usaban y abusaban de ella se encontraban en una mejor posición dominante, y los países en desarrollo perdían la ventaja comparativa de seguir operando en un negocio de grandes inversiones. Solo les quedaba el proteccionismo de su reserva de carga contra la cual arremetieron con fuerza intereses de armadores interesados en explotar los tráficos protegidos a través del dogma del neoliberalismo, una vez concluida la negociación en Ginebra.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre las condiciones para la inscripción de buques (Ginebra 1986) nació, como casi todos los convenios en los que se enfrentan intereses contradictorios, de una fórmula de compromiso o transacción en la que primaron los intereses de los armadores de los países desarrollados. Estos, lamentablemente, contaron con el apoyo de algunos armadores de países en desarrollo que veían en este relajamiento de las normas internacionales para la inscripción de buques la posibilidad de contar con los beneficios tributarios que esta práctica ofrecía en caso se abolieran las reservas de carga.

El Convenio de la UNCTAD tenía, sin embargo, la novedad de flexibilizar algunas normas para el fletamento de buques a casco desnudo (*Bareboat Charter Parties*) e introdujo en su articulado un régimen especial para dichos fletamentos. Este hecho creó las bases para establecer, en paralelo con el registro de la propiedad del buque, un registro de fletamentos a casco desnudo para favorecer las garantías marítimas y facilitar el financiamiento en la adquisición de buques en países que no tenían desarrollada una normativa aparente en el campo de las garantías marítimas, es decir, en lo que se refiere a los privilegios marítimos, la hipoteca naval y el embargo preventivo de buques.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Véase más sobre este tema en VIGIL, Ricardo. «El fletamento a casco desnudo: peligros y ventajas». *European Transport Law*, 1987.

## 2.2 LA RESPUESTA A LOS EFECTOS DE LA LIBERACIÓN IRRESTRICTA AL ACCESO DE LA CARGA: LA DECISIÓN 314 Y LAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LA MARINA MERCANTE COMUNITARIA

Con el fin de paliar los efectos catastróficos de la Decisión 288 se expidió, el 6 de febrero de 1992, la Decisión 314 con una serie de medidas promocionales para el desarrollo de las marinas mercantes de la región. Estas medidas incluían, entre otras, el establecimiento del principio de reciprocidad para el acceso a las cargas de la región y la acción concertada por los Países Miembros para el cumplimiento de este requisito; mayor flexibilidad tributaria y laboral para las empresas navieras mediante la adopción de registros especiales para buques; así como la adopción de una legislación que promoviera el desarrollo de la marina mercante de la región mediante financiamiento para la adquisición de buques en línea con las nuevas tendencias internacionales al respecto.

La medida fue acertada pero tardía, y su implementación resultó parcial e incompleta, aunque es cierto que se trabajó en un proyecto de *registro andino de buque* para permitir una mayor flexibilización para la aplicación de normas tributarias y laborales; se dieron las pautas para establecer un estricto principio de reciprocidad en el levantamiento de cargas; y, finalmente, se propuso revisar las legislaciones nacionales de los Países Miembros con el propósito de establecer «reglas de juego claras y precisas», que permitieran a las empresas nacionales de transporte marítimo consolidar las bases de su competitividad. Pero, de todo este conjunto de medidas, sólo la última llegó a cristalizarse y sólo en forma parcial, al adoptarse una legislación que promovió el desarrollo de la marina mercante de la región mediante financiamiento para la adquisición de buques en línea con las nuevas tendencias internacionales al respecto.

La Decisión 314, que excluyó de su ámbito de aplicación el transporte de hidrocarburos de la República de Ecuador, indicó un calendario para la implementación, en forma progresiva, de la Decisión 288 y condicionó la libertad irrestricta proclamada a un estricto régimen de reciprocidad en el tráfico marítimo con terceros países. Asimismo, estableció una política general para el desarrollo de la marina mercante de la Comunidad Andina y recomendó a los Países Miembros la implantación de una política de flexibilización en materia de registro de naves; y la concesión de créditos a largo plazo para la adquisición de buques. Además, fomentó la promoción de consorcios y la implantación de una legislación para liberar a las empresas de transporte marítimo de exigencias laborales, arancelarias y tributarias.

Por otro lado, señaló, como medidas para lograr la concertación de estas políticas a nivel subregional, la acción coordinada para salvaguardar el libre acceso del tráfico y evitar las prácticas desleales en la imposición de tarifas y las orientadas a fomentar los sistemas de transporte multimodal. Finalmente, reformuló las funciones del Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático.

Aunque no llegó a implementarse de manera completa, el mandato contenido en la Decisión 314 constituyó el catalizador para la promulgación de importantes decisiones y resoluciones de la Comunidad Andina, que, al menos, logró alinear la legislación de los países andinos con las nuevas tendencias del derecho marítimo comercial en lo que respecta a las garantías marítimas diseñadas para facilitar la concesión de créditos a largo plazo para la adquisición de buques y, asimismo, dar la pauta para el desarrollo y promoción del transporte multimodal, que se tradujo en la elaboración de una firme norma andina sobre el particular. No se pudo concretar, lamentablemente, la creación de un registro andino de buques que hubiera permitido la flexibilización de las disposiciones tributarias, laborales y arancelaria sin perturbar el orden interno de cada País Miembro, toda vez que la excepción concedida se hacía a los buques inscritos en un registro supranacional. Esta última alternativa no era sino una nueva modalidad de la práctica que habían adoptado los países desarrollados luego de la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre Condiciones de Inscripción de Buques de 1986 y que consistía en la creación de «segundos registros» en territorios de ultramar bajo su soberanía.

De este modo, la Decisión 314, no obstante no llegó a implementarse en forma adecuada, contribuyó de manera significativa al desarrollo y la promoción de la legislación marítima comercial en dos aspectos fundamentales: el marco normativo de las garantías marítimas y la reglamentación del transporte multimodal internacional.

### 2.3. LAS GARANTÍAS MARÍTIMAS EN LA COMUNIDAD ANDINA: LA DECISIÓN 487

La Decisión 487, expedida en cumplimiento de la Decisión 314, refunde en un solo instrumento el contenido del Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993, y el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques de 1999, ambos adoptados en Ginebra bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de la Organización Marítima Internacional. Al hacerlo de esta manera, adopta una posición que fue sostenida durante el proceso de revisión de los anteriores convenios sobre dichas materias, habida cuenta de la complementariedad de uno con el otro.

Esta posibilidad se debatió, primero, en el seno del Comité Marítimo Internacional —que realizó los trabajos preparatorios de ambos convenios— en la Conferencia de Lisboa en mayo de 1985 y, luego, durante el primer período de sesiones del Grupo Intergubernamental Mixto UNCTAD/OMI sobre hipotecas navales y asuntos conexos. En ambos casos, los delegados optaron por mantener los dos convenios separados: uno para los privilegios marítimos y la hipoteca naval, y otro para el embargo preventivo de buques, aunque abogaron por una estrecha coordinación en la revisión de ambos.

Una consideración de orden pragmático, más que de una de técnica jurídica para la codificación de dichos institutos, fue la que finalmente prevaleció. Se es-

timó que, mientras que el Convenio del Embargo Preventivo de Buques de 1952 había alcanzado una notable aceptación por parte de la comunidad internacional, los Convenios de los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1926 y 1967 no habían tenido la misma suerte y el refundirlos en un solo instrumento era sacrificar la uniformidad legislativa alcanzada en estas sensibles áreas del derecho marítimo comercial. Se prefirió, por ello, que la revisión de ambos convenios fuera tratada de manera conjunta en los foros de la UNCTAD y la OMI, que habían reclamado competencia para conocer del asunto pero en instrumentos independientes.

La Comunidad Andina de Naciones no tuvo que hacer frente a esta disyuntiva —toda vez que ninguno de sus Países Miembros son partes contratantes de los Convenios antes citados— y optó, en consecuencia, por consolidarlos en un solo instrumento, hecho que facilitaría su aplicación por la íntima vinculación entre ambos.

Es incuestionable que estos dos últimos convenios significan una necesaria puesta al día de los Convenios de 1926 y 1967 sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, y el Convenio de 1952 sobre el embargo preventivo de buques. La intención para su revisión por parte de la comunidad internacional fue la de promover el desarrollo de las marinas mercantes mediante una revalorización del crédito hipotecario naval para el financiamiento en la adquisición de buques. En este sentido, hay que resaltar que, si bien es cierto que el Convenio de 1926 sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval había alcanzado una relativa aceptación internacional, en él se consignan tal número de privilegios marítimos con preferencia sobre la hipoteca naval que resulta difícil imaginar la existencia de cualquier otro crédito que no tuviere preferencia frente a ella. Obviamente, los intereses de los acreedores de todos esos créditos fueron los que se opusieron —y continúan oponiéndose— a la entrada en vigor tanto del Convenio de 1967, que recortó dichos créditos en relación con la hipoteca, como al Convenio de 1993, que reducía al mínimo los privilegios marítimos para devolver el valor de la hipoteca naval como una verdadera garantía marítima.

Por esta razón, el Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático de la CAN recomendó a los Países Miembros la adhesión al Convenio de 1993 y formuló el proyecto de decisión que luego fue aprobado por la Comisión de la Comunidad Andina. Se ha querido, con ella, poner en vigor para los países de la Comunidad el contenido de ambos convenios internacionales, habida cuenta de que ellos representan la legislación internacional más completa y moderna en esta materia, y que ha sido preparada con la participación de toda la comunidad internacional y en los que se han tomado en consideración el desarrollo y los adelantos tecnológicos habidos en los últimos 50 años.

La Decisión 487 mantiene el espíritu de los convenios internacionales de derecho marítimo privado, que solo están destinados a regular «determinados as-



pectos» sobre los institutos y que tratan y dejan a la legislación nacional la reglamentación de otras cuestiones, siempre y cuando no afecten aquellos aspectos que son preceptivos por mandato del propio convenio y en los que se basa la uniformidad internacional que buscan.

En este sentido, en la parte considerativa de la decisión se indica que ésta sólo regula «determinados» aspectos y se deja el desarrollo de su aplicación a la respectiva legislación nacional de los países miembros. De este modo, se sustituye, con esa nota de caución, la tradicional nomenclatura de los convenios internacionales en esta materia, que, por lo general, llevaban en el nombre el indicativo de que eran convenios para regular «ciertas reglas» en relación con determinado instituto.<sup>2</sup>

### 2.3.1. Los privilegios marítimos y la hipoteca naval

La Decisión 487 se denomina, acertadamente, *De las Garantías Marítimas y el Embargo Preventivo de Buques*. También pudo haberse llamado solamente *De las Garantías Marítimas*, pues el embargo preventivo, en este caso, es el medio para ejecutar o realizar las garantías marítimas que la decisión establece e incluye un solo instrumento, hecho que internacionalmente se ha tenido que hacer en dos convenios distintos por las razones anteriormente indicadas.

El privilegio marítimo es una garantía en la medida en que permite al acreedor contar con un refuerzo a su derecho de crédito para ser pagado con preferencia a terceros y, además, con el derecho reipersecutorio del buque. Los privilegios marítimos están taxativamente enumerados en el artículo 22º y han sido incorporados obedeciendo a su naturaleza social (sueldos y salarios, e indemnizaciones por muerte o lesiones) por servicios rendidos al buque (recompensa por salvamento y derechos de puerto) o por créditos nacidos de culpa extracontractual distintos a los daños a la carga, contenedores o equipaje. Tienen preferencia para el pago sobre la hipoteca naval y sobre cualquier otro crédito. El rango de prelación entre ellos está disciplinado en el artículo 24º.<sup>3</sup>

La decisión reproduce textualmente las normas de los Convenios internacionales antes citados y adiciona ciertas normas recogidas de las legislaciones nacionales de los países comunitarios sobre la hipoteca naval y los privilegios marí-

---

<sup>2</sup> Lamentablemente, esta práctica de nombrar a los convenios con esa aclaración ha desaparecido en los últimos convenios internacionales de derecho marítimo y del derecho de transporte en general. Este hecho puede llevar a pensar que en ellos se busca reglamentar toda la institución; de ahí que, recurrentemente, los jueces tienen, en sus fallos, que recordar el alcance parcial de dichos convenios como lo ha hecho recientemente el Presidente de la Corte de Sesiones de Escocia, Lord Rodger, en un caso sobre la aplicación del Convenio de Varsovia en transporte aéreo. Véase *Lloyds Reports*, 2001, vol. 1, p. 102, columna 2.

<sup>3</sup> GABALDON GARCÍA, José Luis. «El Convenio Internacional sobre Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval». En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Madrid: Civitas, 1993.

timos. Restringe, sin embargo, la aplicación de dichas normas a las naves con más de 500 toneladas de registro bruto para excluir a las embarcaciones menores, sobre todo las de pesca y las destinadas a la navegación fluvial. Contiene, asimismo, una novedad para los países de tradición romanista, en la medida en que establece la posibilidad de que el acreedor hipotecario tome posesión del bien hipotecado sin necesidad de realizar su venta judicial. El dispositivo en cuestión incluye, asimismo, normas de carácter procesal para facilitar esta acción posesoria en concordancia con las disposiciones del Convenio Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques.

Además, la decisión, al reproducir los artículos de ambos convenios, lo hace en forma más holgada para facilitar su lectura y, por ende, su aplicación. Sigue, en ello, la técnica legislativa de los países de tradición latina en cuanto a la forma pero sin sacrificar ni el espíritu ni la letra de ambos convenios. En el caso del Perú, el Proyecto de Ley General de Navegación y del Comercio Marítimo, que actualmente se encuentra en el Congreso de la República para su aprobación desde hace ya buen tiempo, no solo incorpora las disposiciones de la decisión 487, sino que incluye normas procesales para su mejor aplicación sin transgredir ni desnaturalizar la normativa contenida en estos instrumentos internacionales.

Establece, sin embargo, una ligera variante en lo que se refiere a los gastos de remoción de escombros en caso de hundimiento y en el ejercicio del derecho de retención del constructor y reparador de buques. El artículo 5° concordado con el artículo 12° del Convenio contiene una excepción en la prelación sobre la hipoteca naval sobre cualquier otro crédito que no se ajuste a lo prescrito en el artículo 1 del Convenio (artículos 22° y 23° de la decisión) a favor de la autoridad pública por la remoción de un buque hundido y el derecho de retención a favor del reparador o constructor naval. El artículo 12° del Convenio, en su inciso 3, establece la posibilidad de que un Estado Parte pueda establecer, en su legislación nacional, que, en una venta forzosa, los gastos de remoción de escombros se paguen con el producto de la venta antes que los demás créditos; y, en su inciso 4, que el constructor o reparador de buques podrá obtener el pago de su crédito con el producto de la venta forzosa una vez satisfechos los créditos de los titulares de los privilegios marítimos mencionado en el artículo 4° del Convenio y 22° de la decisión.

El legislador andino, tomando en cuenta que estas excepciones están libradas a la legislación nacional, hace una distinción entre ellas. En el supuesto de la remoción de escombros, establece que estos gastos se pagarán, en primer lugar, con el producto de la venta antes de los garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque y las hipotecas navales. En cambio, en lo que se refiere al derecho de retención del constructor o reparador de buques, este derecho estará sujeto a las hipotecas navales que gozarán de preferencias si están inscritas en el registro con anterioridad al derecho de retención. La norma andina pues crea este derecho a favor de los constructores y reparadores de buques, pero sujeta la

prioridad en el pago de su crédito a las hipotecas inscritas y a los privilegios marítimos enunciados en el artículo 22° de la decisión.

Aquí hay una pequeña variante con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 12° del Convenio sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, que señala que el constructor o reparador podrá hacerse pago luego de los privilegios marítimos pero antes que la hipoteca naval se ejecute. El legislador andino estimó que el estatus de preferencia tanto de los gastos de remoción de escombros como el derecho de retención del constructor o reparador de buques estaban condicionados, en el propio convenio, a lo que al respecto dictara la ley nacional. Por esta razón, lo dispuesto en la decisión no estaría trasgrediendo lo dispuesto el artículo 4° y el artículo 12° del Convenio en la medida en que ella está permitida en el Convenio.<sup>4</sup>

### 2.3.2 El embargo preventivo de buques

De acuerdo con la Decisión 487, que reproduce textualmente el convenio respectivo, un embargo preventivo sobre un buque sólo puede hacerse por un «crédito marítimo» y no por ningún otro tipo de crédito; por lo que la lista de lo que constituye un «crédito marítimo» es la parte medular de la decisión en lo que concierne al embargo preventivo de buques.

Durante las discusiones en los trabajos preparatorios que precedieron a la adopción del Convenio de Embargo Preventivo de Buques de 1999, se suscitó un intenso debate en relación con la lista de los «créditos marítimos» en el sentido de si la lista debería ser o no una «lista cerrada», de manera que no se incluyeran nuevos créditos a los taxativamente señalados en el Convenio. Al final se optó por una transacción y se indicó taxativamente los «créditos marítimos» por los cuales podía ser embargado, pero otorgando cierta flexibilidad en algunos créditos marítimos y anteponiendo a la lista las palabras «tales como», de forma tal que se pudiera incluir otros créditos *ejusdem generis* y se le diera así mayor flexibilidad como en el caso de los daños ambientales.<sup>5</sup>

A diferencia del Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval en lo que se refiere al Convenio Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques, la Decisión 487 lo incorpora de manera literal, pero, para su correcta aplicación, requiere la promulgación de normas reglamentarias. En el caso del Perú, el proyecto de Ley general de Navegación que, como hemos referido, se encuentra pendiente de aprobación en el Congreso de la República no sólo incorpora las disposiciones de la Decisión 487 —no podría ser de otra manera—, sino que dicta normas procesales para su mejor aplicación sin transgredir

<sup>4</sup> *Ib.*

<sup>5</sup> Ver al respecto FAGFHOURI, Mahín. «The Internacional Convention on Arrest of Ships, 1999». En: *Estudios en Homenaje a Ricardo Vigil*. Barcelona: J.M. Bosch, 2000.

ni desnaturalizar la normativa contenida en la Decisión 487 y en los convenios mencionados.

Luego de promulgada la Decisión 487, se suscitó un animado debate sobre la posibilidad de enmendar su contenido de manera que la misma fuera de aplicación no sólo para los buques de un tonelaje mayor de 500 toneladas sino, en general, para todas las naves, aun las de navegación fluvial y lacustre. Inclusive, se consideró que su aplicación se extendiera a los artefactos flotantes. Ambas observaciones nos parecen atendibles.

La de las naves menores de 500 toneladas en la Decisión 487 obedece a que el Convenio de Embargo Preventivo de Buques de 1952 —de donde deriva el de 1993— se aplica a la navegación de altura (como lo indica el propio nombre del convenio al referirse a «*sea-going ships*»), que es en la que se requiere uniformidad internacional; pero ello no implica, en modo alguno, que las naves de navegación fluvial o aguas interiores sean inembargables, sino que estas deben regirse por el régimen común del embargo preventivo en las legislaciones nacionales de cada país.

En este sentido, el Convenio de Embargo Preventivo de 1952 y el de 1993 son en realidad excepciones a la regla general de derecho que estipula que todos los bienes del deudor constituyen prenda general sobre la cual puede hacerse efectivo un embargo, salvo las excepciones taxativamente señaladas en la ley. En este sentido, ambos convenios —y la Decisión 487— son excepciones a la regla general de derecho en la medida que los buques sólo pueden ser embargados por créditos marítimos específicamente indicados en dichos instrumentos.

Es cierto que el Convenio de 1952 era sumamente restrictivo en cuanto a los créditos y que, por ello, fue revisado en el Convenio de 1999. Este último amplía el ámbito de aplicación en este sentido, pero deja a criterio de las partes del convenio restringir o ampliar su campo de aplicación y, en consecuencia, puede extenderse a todo buque y no solo a los destinados a la navegación internacional o de altura (art. 10°). Es indudable que el legislador andino ha querido extender este régimen a los buques de menor tonelaje y a los destinados a la navegación fluvial y lacustre. Si se piensa que debería incluirse todo tipo de buque e incluso los artefactos flotantes, bastaría con modificar la definición de «buque» en la decisión.

Finalmente, hay una innovación en la Decisión 487 en relación con el Convenio de Embargo de Buques de 1952 y es la que se refiere a la jurisdicción para embargar de los Países Miembros a buques de una tercera bandera cuyo contrato de transporte prevea la jurisdicción de un tribunal distinto fijado como competente por las partes del contrato.

Recogida del Convenio de 1993, esta es una innovación saludable a nuestro criterio. Como se sabe, el artículo 7° del Convenio de 1952 otorgaba jurisdicción

para conocer del fondo del asunto a los tribunales en los que se había practicado el embargo cuando no existía dicha jurisdicción de acuerdo con la ley del foro. El artículo 7° del Convenio de 1999, recogido por la Decisión 487, mejora esa situación, pues se limita a dar la potestad de embargar el buque para obtener una garantía, aunque en el contrato respectivo se establezca una cláusula de jurisdicción o una ley distinta para conocer el fondo del asunto o aun para practicar el embargo. Esta disposición es saludable a efecto de obtener una garantía en los frecuentes casos en que el buque no pueda ser embargado en el país donde está fijada la jurisdicción y el acreedor podría ver su crédito frustrado.

Debe leerse este artículo concordándolo con el artículo 52° de la decisión que establece la regla general de la competencia para conocer sobre el fondo del asunto. En realidad, el artículo 38° de la Decisión 487, que reproduce el Convenio de 1999 al respecto, confiere jurisdicción, en términos generales, a la corte o tribunal del país donde se practica el embargo o se otorga garantía para el levantamiento del embargo para conocer del fondo del asunto. Este fue un punto duramente debatido durante la Conferencia de Plenipotenciarios, en la que se quiso otorgar jurisdicción al país donde se otorgara una garantía para evitar el embargo preventivo del buque en otras jurisdicciones que podrían reclamar jurisdicción para conocer del fondo del asunto.

La solución del Convenio de 1999, que reproduce la Decisión 487, es saludable por cuanto otorga jurisdicción para practicar el embargo preventivo, pero, si la corte o tribunal del país donde se ha practicado el embargo no tiene jurisdicción para conocer del fondo del asunto porque así lo han acordado las partes o haya declinado su jurisdicción, la decisión permite que el tribunal en el que se ha practicado el embargo establezca un plazo para que el reclamante inicie el juicio respectivo en el tribunal competente. De no ser así, el Tribunal podrá levantar el embargo practicado a la nave.

#### 2.4. EL TRANSPORTE MULTIMODAL EN LA REGIÓN ANDINA: LAS DECISIONES 331, 393 Y 471, Y LA RESOLUCIÓN 425 DE LA JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA

La mención del transporte multimodal en la Decisión 314, conjugado con el interés político de los países de la Comunidad Andina en sintonía con el resto de países de América del Sur que habían visto en la implantación y desarrollo del transporte multimodal una forma efectiva que coadyuvara en el proceso de integración física regional, dio la pauta para la elaboración de una normativa al respecto. Pudo haberse logrado una norma uniforme a nivel sudamericano, pues todos los países del sub-continente iniciaron idéntico ejercicio, pero el intento se convirtió a la larga en una serie de acuerdos diferentes. Se perdió una excelente oportunidad de armonizar la normativa sobre esta importante materia a nivel sudamericano, oportunidad que ha vuelto a ponerse sobre el tapete con ocasión

de la revisión por parte del Comité Marítimo Internacional<sup>6</sup> y de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) del régimen internacional del transporte de mercancía por mar.

A nuestro parecer, la mejor definición del transporte multimodal internacional es la consignada en el propio Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal de 1980. En él, textualmente se dice:

Por transporte multimodal internacional se entiende el porte de mercancías por dos modos de transporte por lo menos, en virtud de un contrato de transporte multimodal, desde un lugar situado en un país en que el operador de transporte multimodal tomas las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega situado en un país diferente. Las operaciones de recogida y entrega de mercancías efectuadas en cumplimiento de un contrato de transporte unimodal, según se definan en ese contrato, no se considerarán un transporte multimodal internacional.

Esta definición determina el «sistema integrado» en el transporte multimodal internacional al fijar la verdadera identidad del *operador de transporte multimodal* (OTM) como porteador, es decir, como principal y no como agente. Esta modalidad es también la seguida por las Reglas UNCTAD/Cámara de Comercio Internacional. No es, empero, un sistema integrado perfecto, pues admite un tratamiento diferenciado para el tramo marítimo en la cadena de transporte integrado. Este sistema se diferencia del denominado «sistema de la RED», imperante en los países de la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica; y, en general, en los países desarrollados. En esta modalidad, el OTM actúa como agente para concertar los otros medios de transporte a nombre del embarcador, pero no asume la responsabilidad del transporte de manera integral sino sólo con el deber de ejercer la «debida diligencia» en seleccionar al porteador «efectivo» en cada tramo de la cadena de transporte. Este porteador efectivo será, finalmente, el responsable de la pérdida o el daño a las mercancías transportadas.

La definición de las Reglas UNCTAD/CCI es más cauta y, por supuesto, más escueta. Dice, simplemente: «*El Contrato de Transporte Multimodal es el contrato*

<sup>6</sup> El Acuerdo de Alcance Parcial para el Transporte Multimodal de Mercancías de los países del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) fue aprobado el 27 de abril de 1995, pero su vigencia fue suspendida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Uruguay. Brasil lo implementó por Decreto N.º 15673 del 19 de julio de 1995 y Paraguay por Derecho N.º 16927 del 16 de abril de 1997. Argentina, por su lado, ha promulgado la Ley N.º 24921 publicada en el Boletín Oficial el 12 de enero de 1998 y Brasil promulgó la Ley N.º 9.61 del 19 de febrero de 1998. Existe también el Acuerdo de ALADI aprobado en la III Reunión Ordinaria de Ministros de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones de América del Sur, pero no ha entrado en vigor al haber sido solamente suscrito por Bolivia, Perú y Venezuela. Habida cuenta de la Decisión del Tribunal de Uruguay es que se han promulgado legislaciones nacionales en Argentina y Brasil, y es difícil que el Acuerdo de ALADI, que sigue los lineamientos de las Decisiones 331 y 393 de la Comunidad Andina de Naciones, entre en vigor.

*para el transporte de bienes por dos modos de transporte, por lo menos». Sin embargo, a continuación, califica al operador de transporte multimodal (OTM): «Como la persona que celebra un contrato de transporte multimodal y asume la responsabilidad para su ejecución como porteador». Las Reglas UNCTAD/CCI, en este punto, participan del mismo régimen que el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional de 1980, pero se diferencian de éste en que están basadas en el sistema de Responsabilidad de La Haya/Visby. En cambio, las Decisiones de la Comunidad Andina, el Tratado de MERCOSUR y el Acuerdo de ALADI de los Ministros de Transportes de América del Sur responden al sistema de las Reglas de Hamburgo.*

Las Decisiones 331 y 393 establecen que el OTM es toda persona que celebra un contrato de transporte multimodal y asume la responsabilidad como porteador, como principal y no como agente. Señala, además, que será responsable por las mercancías durante el período comprendido desde el momento en que las toma bajo su custodia hasta el momento que las entrega. En este aspecto, por mérito de la enmienda contenida en el Decisión 393, la normativa andina se alineó con la definición del Convenio de Naciones Unidas (1980) y se apartó de la definición originalmente consignada en la Decisión 331, que seguía la de las Reglas de la UNCTAD/CCI.

Como es evidente, existe una gran diferencia entre el sistema «integrado» y el sistema de la «RED», y ello ha sido motivo principal por el que el Convenio de las Naciones Unidas de 1980 no ha entrado en vigor, ya que el sistema «integrado», alentado por los países en desarrollo, no ha suscitado mayor interés entre los países desarrollados, que prefieren el sistema de la «RED», en el que el OTM actúa como agente y no como principal. Sin embargo, en la normativa andina, así como en general en toda la de América del Sur, la reglamentación está basada en el sistema «integrado».

Si bien la labor de la Comunidad Andina en la formulación de las normas comunitarias al respecto ha sido ejemplar, la verdadera implantación del transporte multimodal en la subregión no ha sido del todo satisfactoria, más que por razones de falta de normativa, por las recurrentes y especiales circunstancias que constituyen el escenario natural de todo el subcontinente: falta de infraestructura física; una accidentada geografía; un ingente contrabando; el tráfico de estupefacientes; los problemas fronterizos y políticos; y, en general, la falta de un verdadero sentimiento de integración.

La normativa andina sobre Transporte Multimodal, así como las Reglas UNCTAD/CCI, estuvieron fuertemente influenciadas por el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional de 1980, por el carácter «integrado» en la cadena de transporte multimodal, aunque de manera imperfecta, y con el sistema de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo, en cuanto a los fundamentos de la responsabilidad del operador de transporte multimodal.

Estos dos «pecados originales» del Convenio de Naciones Unidas de 1980 hacían muy remota la posibilidad de su entrada en vigor, habida cuenta del interminable debate entre ambos sistemas de responsabilidad para el transporte de mercaderías por mar y la obligación del operador de transporte multimodal de actuar como principal y no como agente. Además, el Convenio elevaba el límite de responsabilidad para el tramo terrestre y aéreo, aunque inexplicablemente lo rebajaba en caso el daño o la pérdida hubiera ocurrido en el tramo marítimo. Para ponerse a buen recaudo, sus objetores negociaron condiciones duras para su entrada en vigor y exigieron como requisito que fuera ratificado por lo menos por 30 países.

Además, se alegó, para fundamentar la oposición al Convenio, que éste contenía disposiciones de orden público orientadas a exigir el licenciamiento previo de los operadores de transporte multimodal y obligarlos a consultas con los usuarios y las entidades el Gobierno para la fijación de los fletes, considerados por algunos como verdaderos anatemas en el comercio internacional. Estas imprecaciones eran infundadas, toda vez que el Convenio estaba en línea con los trabajos que había hecho la UNCTAD por regular el transporte marítimo de mercancías en el régimen de carga regular con el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas y, obviamente, con las Reglas de Hamburgo. Estos tres instrumentos estaban orientados a constituir el Estatuto del Transporte Internacional de Mercaderías en Régimen de Carga General, para diferenciarlos del transporte a granel que se rige por la libertad contractual contenida en las pólizas de fletamento, que pertenece más al llamado «Derecho de los Formularios» que a la normativa preceptiva de los convenios internacionales.

Es probable que, con el desencanto que ha sobrevenido a las expectativas y promesas que suscitó la irrupción de las tendencias del neoliberalismo y la globalización, se pueda visitar nuevamente este convenio que contribuyó a dar forma a las iniciativas legislativas que al respecto fueron emprendidas en América del Sur y que fue el catalizador de las Reglas UNCTAD/CCI. Al parecer, con algunas modificaciones, podría convertirse en un instrumento útil para la regulación de esta forma de transporte. Habría que visitarlo con una mirada nueva, contrastándolo con las disposiciones del Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, que también contienen dispositivos sobre consultas entre usuarios y armadores, y aun de reserva en la participación del tráfico. En la práctica, como es sabido, ello no ha ofrecido ninguna dificultad.

#### 2.4.1. Las Decisiones 331 y 393 de la Comunidad Andina

La partida de nacimiento de estas decisiones, además del mandato general contenido en la Decisión 314, está en las Reglas UNCTAD/CCI, cuyo origen se remonta a una prolongada sesión de la Comisión Permanente del Desarrollo de los Servicios de la UNCTAD en la madrugada del 6 de noviembre de 1992. Como quiera que a esa fecha no había sido notificada ni la entrada en vigor del



Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 (Reglas de Hamburgo) ni del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de 1980, se solicitó a la Secretaría que, en consulta con la Cámara de Comercio Internacional de París, formulara un conjunto de reglas relativas a los documentos de transporte multimodal internacional de mercancías basadas en las Reglas de la Haya/Visby, que, se suponía, era el único régimen imperante en dicho momento para el transporte de mercaderías por mar.

Era, obviamente, una medida interina, toda vez que hubiera sido inconcebible que la propia UNCTAD propiciara una iniciativa en contra justamente de dos convenciones adoptadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Pero como lo interino se hace permanente, las reglas cobraron rápidamente vida propia al haber sido acogidas con beneplácito por la comunidad comercial internacional por la calidad y flexibilidad de su contenido, y la facilidad de su incorporación en los créditos documentarios. Desde entonces, han venido prestando un servicio calificado al comercio internacional.

Lo que debió haber hecho la Comisión del Desarrollo de los Servicios de la UNCTAD era solicitar juegos de reglas alternos, basados uno en el sistema de responsabilidad de La Haya/Visby y otro en las Reglas de Hamburgo. De esta manera, se hubieran ofrecido al mercado dos opciones. A distinto precio, obviamente, pero dejando en libertad a los comerciantes que eligieran lo que más conviniera a sus intereses. Esta alternativa hubiera contribuido a resolver los problemas que enfrenta la falta de uniformidad en la reglamentación del transporte multimodal mediante *acuerdos de adopción voluntaria* sin necesidad de mover la pesada maquinaria para la elaboración, otra vez, de un nuevo convenio internacional para regular esta compleja situación (tal como sucede ahora).

Las actuales Reglas UNCTAD/CCI son aceptadas plenamente por los medios bancarios internacionales, ya que son compatibles con la última revisión de las Reglas y Usos Uniformes de la CCI relativos a los créditos documentarios. Las reglas tienen la ventaja evidente de su flexibilidad y de su sometimiento a las disposiciones preceptivas en materia de transporte de cada país, ya que, si bien es cierto que incorporan el sistema de responsabilidad de las Reglas de la Haya Visby, explícitamente hacen prevalecer las disposiciones imperativas de los convenios internacionales o las leyes nacionales que se apliquen al contrato de transporte multimodal.

Fue con este panorama que los países de la Comunidad Andina, en cumplimiento del mandato de la Decisión 314, empezaron a trabajar en el proyecto de una normativa sobre transporte multimodal y eligieron como documentos de trabajo tanto el texto del Convenio de Transporte Multimodal de 1980 como el de las Reglas UNCTAD/CCI en lo que les fuera aplicable. Fruto de esa simbiosis fue la Decisión 331, adoptada el 4 de marzo de 1993. Ésta se convirtió en la pri-

mera normativa regional en vigencia para la reglamentación del transporte multimodal de manera obligatoria e inmediata.

Sin embargo, fue erróneo utilizar las Reglas UNCTAD/CCI como modelo para la legislación regional, pues ello no solamente impidió una mayor aceptación de un texto que siguiera las líneas maestras del Convenio de 1980, sino que dio a dichas Reglas, originalmente concebidas para adopción voluntaria entre comerciantes, la fuerza preceptiva de la ley. El modelo iniciado con la Decisión 331 fue seguido luego por la India y algunos países del sudeste asiático que felizmente discontinuaron esta práctica. Tampoco se tuvo en consideración que, a la fecha en que se promulgó la decisión, ya habían entrado en vigor las Reglas de Hamburgo y que, además, se encontraba en abierta contradicción con el Decreto Legislativo 714 del Perú, promulgado el 7 de noviembre de 1991, justamente sobre la base del Convenio de Transporte Multimodal de 1980.

Luego de compulsar esta situación, los países andinos acordaron revisar la mencionada Decisión 331, modificando los artículos 9º, 11º y 16º, y derogando así el artículo que reintroducía para el transporte multimodal las excepciones de error en la navegación y en la administración del buque, así como el concepto de la «*Debida diligencia antes de comenzar el viaje*» como causales de excepción general de culpa. Esta enmienda fue promulgada como Decisión 393 y, con ella, se revirtió el sistema al del Convenio de 1980 y se dejó solamente el límite de responsabilidad del sistema de la Haya-Visby, hecho que la hace una alternativa atractiva como fórmula de compromiso.

También se tuvo en consideración que, paralelamente, los países que conforman el Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) venían trabajando en un proyecto de normativa que seguía los lineamientos generales del Convenio de Transporte Multimodal, con algunas modificaciones pero sin alterar la estructura del sistema de responsabilidad, y que era menester propender a la uniformidad legislativa de la región. Además, también existía, por ese entonces, un proyecto de Convenio de Alcance Parcial sobre Transporte Multimodal Internacional, preparado por la Secretaría de la ALADI, también elaborado de acuerdo con las líneas maestras del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal de 1980.

Por ese entonces, los proyectos de MERCOSUR y de ALADI contenían disposiciones mucho más estrictas en lo relativo al fundamento de la responsabilidad que las contenidas en el propio Convenio de Transporte Multimodal de 1980 y así establecían una responsabilidad objetiva para el operador de transporte multimodal con exoneraciones taxativamente señaladas: el operador sería responsable si el hecho que había causado la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se producía cuando las mercancías estaban bajo su custodia, salvo que fuera por una de las taxativas de exoneración. En otras palabras, poco importaba si mediaba o no culpa o que se tratara de un caso de fuerza mayor o que el

«operador hubiera tomado todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias» (fórmula ritual de los Convenios de Naciones Unidas). El operador siempre sería responsable salvo que probara que la pérdida o el daño obedecían a una de las taxativas señaladas.

Sin embargo, el proyecto del MERCOSUR, al ser sometido a consideración de los Gobiernos para ser aprobado como un Acuerdo de Alcance Parcial de conformidad con el Tratado de Montevideo de 1980, introdujo, en su artículo 10°, una causal genérica de exoneración por razones de «fuerza mayor» o «caso fortuito» debidamente comprobados. Este añadido modificó sustancialmente la propuesta inicial, aun cuando invierte la carga de la prueba de manera que el transportador debe probar que ha adoptado todas las medidas para evitar el daño, medida que, en buena cuenta, es similar a la fórmula del Convenio de Transporte Multimodal de 1980 y, en puridad de verdad, de las propias Reglas de La Haya Visby y de las Reglas de Hamburgo, ya que se trata de una responsabilidad basada en culpa.<sup>6</sup>

Básicamente, las decisiones refundidas alinean la normativa andina con las disposiciones del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional de Mercaderías pero con una importante variante en el límite de responsabilidad que continúa siendo el límite de la Haya-Visby para el tramo marítimo, que es el mismo de las Reglas UNCTAD/CCI. Este hecho las hace muy atractivas como alternativa, en la medida en que es una fórmula intermedia entre ambos instrumentos en este punto que es esencial para la adecuada distribución de riesgos entre transportista y usuario, que es el factor que se analiza en última instancia, ya que de él depende, en gran medida, el análisis de la viabilidad económica del régimen por su incidencia en el flete y en las primas de seguro.

La normativa incluye, además de las decisiones bajo comentario, otras normas que complementan la estructura del transporte multimodal constituidas por la Decisión 477 que reglamenta el tránsito aduanero internacional para dar cumplimiento al anexo del Convenio de Transporte Multimodal Internacional de Mercaderías, así como la Decisión 478 sobre asistencia mutua y cooperación entre las administraciones aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad andina. Finalmente, la Resolución 425 de la entonces Junta del Acuerdo de Cartagena reglamenta el registro de operadores de transporte multimodal.

La Comunidad Andina ha aprobado, asimismo, el Documento de Transporte Multimodal que debe utilizarse para el fiel cumplimiento de las disposiciones antes mencionadas.

#### 2.4.2. El nuevo convenio internacional «puerta a puerta»

Este artículo se escribe en momentos en que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL) viene trabajando en un Proyecto de Convenio para regular tanto el transporte de mercaderías por mar como el trans-

porte multimodal de mercaderías sobre la base de un proyecto que elaboró el Comité Marítimo Internacional.<sup>7</sup> Este circuló en el Primer Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo de UNCITRAL bajo el título «*Door to Door Transport*» (Transporte Puerta a Puerta) y pretendía involucrar, en un solo instrumento, la armonización de los regímenes de responsabilidad que actualmente rigen para el transporte internacional de mercaderías por mar, conocidos como las Reglas de la Haya/Visby, con las Reglas de Hamburgo. Asimismo, intentaba hacerse extensivo a la reglamentación internacional del transporte multimodal, hecho que, a nuestro parecer, es inadecuado, por cuanto, de un lado, rebasa el mandato inicial y, de otro, lo hace poco viable, habida cuenta de la reticencia de la comunidad comercial de fijar normas preceptivas en un instrumento internacional en esta materia.

En la Conferencia del CMI en Singapur en febrero del 2000 y ante el asombro general, se logró una variación a lo que constituye el antecedente directo del actual proyecto,<sup>8</sup> posición tradicional que el CMI había venido sosteniendo desde 1921, cuando se redactaron las Reglas de la Haya, de defender la «culpa náutica» y de ejercer la debida diligencia para poner la nave en estado de navegabilidad *solamente antes de comenzar el viaje*. Al recomendarse la abolición de estas dos tradicionales excepciones sostenidas por más de 80 años, se allanaba el camino para la tan ansiada uniformidad en los sistemas de responsabilidad en el transporte de mercaderías por mar, siempre y cuando se respetaran los límites de responsabilidad relativamente bajos y la inquebrantabilidad del derecho a aplicarla.

Sobre la base de esta conclusión y al estado de las cosas, el ejercicio debió concentrarse en un convenio «puerto a puerto» y no en uno de «puerta a puerta», ya que existen razones suficientes para demostrar que, en esta oportunidad, es posible llegar a un consenso internacional para armonizar los regímenes de La Haya Visby y Hamburgo, y poner la legislación marítima en línea con los distintos convenios internacionales sobre el transporte internacional por mercaderías por aire, tierra y ferrocarril. Esta posibilidad facilitaría luego la reglamentación internacional del transporte multimodal, bien por otro convenio específico, bien remozando el actual Convenio de 1980 o, en todo caso, por acuerdos de adopción voluntaria.

---

<sup>7</sup> Organización internacional no gubernamental que agrupa a las asociaciones de derecho marítimo. Fundada en 1897 en Amberes, ha sido la principal promotora de los convenios internacionales de derecho marítimo, llamados los Convenios de Bruselas. Actualmente, tiene estatus consultivo con las Naciones Unidas, con la UNCTAD, con la UNCITRAL y con la Organización Marítima Internacional (OMI). Es sumamente influyente en los foros internacionales, habida cuenta que representa importantes intereses, especialmente armatoriales.

<sup>8</sup> Ver *CMI Yearbook 2001*, vols. I y II. Mechelsesteemweg 196, 2018 Antwerp.

Para los países de América del Sur, no resulta conveniente hacer extensivo dicho proyecto de convenio al transporte multimodal. Si en algo han coincidido los regímenes existentes en esta parte del mundo es que el OTM, o quien emite un documento de transporte que incluye simultáneamente el uso de dos medios diferentes de transporte, asume una responsabilidad integral por el cumplimiento del contrato de transporte, es decir, actúa como el porteador contractual y no como un mero comisionista de transporte que sólo está obligado a ejercer la debida diligencia para contratar los otros medios de transporte.

La comunidad sudamericana ha preferido así el sistema «integral» (aunque imperfecto) al sistema de la «RED», que es de uso común en los mercados de la Unión Europea y de Norteamérica, porque ello se ajusta mejor a la política de integración física por la que apuestan firmemente dichos países.

Debemos dejar sentado, en esta oportunidad, lo consignado en otra oportunidad en el sentido de que si se persiste en el empeño de hacerse un convenio que reconciliara los regímenes existentes en el transporte de mercancías por mar y se hiciese extensivo al transporte multimodal, debería asumirse *ab initio* un compromiso, a firme, de que las condiciones para la entrada en vigor del futuro convenio deberán ser onerosas. Debería seguirse el temperamento que adoptó la comunidad internacional al adoptar el Convenio de las NN.UU. sobre las condiciones para la inscripción de buques, que impuso el requisito de la adhesión o ratificación de por lo menos 40 Estados que representen, en su conjunto, cuando menos, el 25% de la flota mercante mundial o, cuando menos, los impuestos al Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Internacional de Mercaderías 1980, que requiere para su entrada en vigor la ratificación de al menos 30 países.

Si faltara el requisito que antecede, lo único que se estaría haciendo es contribuir a aumentar el caos existente en el sistema internacional de responsabilidad por el transporte de mercaderías al añadir una opción más en esa maraña de legislaciones nacionales y regionales que ocasionan tantos problemas de conflictos de leyes y que encarecen el transporte.

Ese mismo sentimiento está recogido en la posición que sostuvo la Cámara de Comercio Internacional en la Conferencia del CMI en Singapur en febrero del 2000, en la que, si bien saludaba los esfuerzos por modernizar y simplificar los regímenes de responsabilidad existentes mediante documentación y con transmisión electrónica de datos, era opuesta en añadir otro sistema preceptivo a los actualmente existentes.

La Comunidad Andina debería considerar visitar nuevamente el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional de 1980 y adherirse a él, sumándose a México y Chile, que ya son partes contratantes de él. En el supuesto caso en que entrara en vigor, a lo que coadyuvaría la adhesión de los países andinos, ello solo implicaría un ligero aumento en el límite de la respon-

sabilidad, pero se respetaría íntegramente la estructura de las decisiones andinas sobre el particular.

Como es sabido, los países de la Comunidad Andina tienen, con las Decisiones 331 y 393, una excelente fórmula de compromiso, ya que, por un lado, han uniformizado el sistema de responsabilidad de acuerdo con el Convenio de Hamburgo eliminando las excepciones del error en la navegación y en la administración del buque y, por otro, mantienen un límite de responsabilidad de las Reglas Haya/Visby, hecho que las hace muy atractivas, pues están en línea con lo que se acordó en la Conferencia del CMI en Singapur e incluso con los resultados del Primer Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo de UNCITRAL sobre el proyecto de Convenio de Transporte Puerta a Puerta.

Lo que es menester —y ciertamente es posible— es armonizar toda la legislación sobre transporte multimodal en todos los países de América del Sur para apoyar la legítima aspiración expresada en las Cumbres de Presidentes de América del Sur en las Reuniones de Brasilia en el 2000 y en Guayaquil en el 2002.

Finalmente, como en la esencia de todos los sistemas de reglamentación del transporte de mercaderías se encuentra implícita la teoría de la «distribución de riesgos» entre transportista y cargador (quienes transfieren su responsabilidad a los aseguradores de la responsabilidad civil y a los aseguradores de la carga, respectivamente), es menester oír a los aseguradores a fin de evitar que el ejercicio, impecable en sus planteamientos jurídicos, pudiera verse divorciado de la realidad comercial por el encarecimiento del producto.

### 3. EL TRANSPORTE TERRESTRE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

En la Comunidad Andina, se han promulgado un conjunto de normas comunitarias que regulan lo relativo al transporte terrestre internacional tanto de mercancías como de personas. Debido a los alcances de este trabajo, únicamente haremos referencia a las reglas que gobiernan el modo terrestre en lo concerniente al transporte de mercancías sin abordar lo referente al traslado de personas.

El comercio intrasubregional andino moviliza un importante volumen de carga empleando medios terrestres de transporte, concretamente camiones. A diferencia de Estados Unidos y Europa, en que los servicios ferroviarios están bien consolidados, en la Subregión, la integración física a través de este medio del transporte no se ha desarrollado, fundamentalmente como consecuencia del costo económico de la infraestructura vial agravado por la accidentada geografía de los Países Miembros, el elevado costo de vehículos ferroviarios y la falta de iniciativa privada y estatal para la promoción de este servicio.

Así, los operadores de transporte multimodal, transitarios, *freight forwarders* o agentes en general usan, principalmente, el transporte carretero cuando se trata

de transportes unimodales terrestres, en los que se tenga que atravesar la frontera de dos o más países. Y ello se debe a la existencia de una satisfactoria red de carreteras que integran el mercado andino y a la presencia de un factor económico que potencia el uso de este modo de transporte en el comercio intracomunitario: el costo financiero determinado por la mayor velocidad de circulación del capital en giro y la menor demora del transporte.

Las normas que conforman el ordenamiento comunitario en materia de transporte terrestre internacional de mercancías son las siguientes: la Decisión 399 sobre el transporte internacional de mercancía por carretera; la Decisión 467 sobre la infracciones y el régimen de sanciones para los transportistas del transporte internacional de mercancías por carretera; la Decisión 491 sobre el Reglamento Técnico Andino sobre Límites de Pesos y Dimensiones de los Vehículos destinados al Transporte Internacional de Pasajeros y Mercancías por Carretera; la Resolución 272 sobre los criterios para calificar la idoneidad del transportista, determinar la capacidad mínima de carga útil en vehículos propios y vinculados, y establecer los requisitos del contrato de vinculación (Decisión 399); y la Resolución 300 que es el Reglamento de la Decisión 399. Otras normas comunitarias también vinculadas al transporte terrestre subregional son las Decisiones 271 y 277 sobre el sistema andino de carreteras, y la Decisión 290 sobre la póliza andina de seguro de responsabilidad civil para el transportador internacional por carretera

### 3.1. LA DECISIÓN 399 SOBRE EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

Esta decisión se promulgó en la ciudad de Lima el 17 de enero de 1997 y consta de 215 artículos y 5 disposiciones transitorias. El Capítulo I trata de las definiciones; el Capítulo II, de los principios fundamentales; el Capítulo III, de su ámbito de aplicación; el Capítulo IV, de las condiciones para el transporte; el Capítulo V, de las autorizaciones para el transporte; el Capítulo VI, de la tripulación; el Capítulo VII, de la habilitación y del registro de los vehículos y unidades de carga; el Capítulo VIII, del contrato de transporte; el Capítulo IX, de los derechos y obligaciones, y de la responsabilidad; el Capítulo X, de la jurisdicción y competencia; el Capítulo XI, de los aspectos aduaneros; el Capítulo XII, de los aspectos sobre migración; el Capítulo XIII, de los organismos nacionales competentes; el Capítulo XIV, de los centros nacionales o binacionales de atención de frontera; el Capítulo XV, del régimen andino de transportistas autorizados y de vehículos habilitados; el Capítulo XVI, de las disposiciones generales; el Capítulo XVII, de las disposiciones complementarias; y el Capítulo XVIII, de las disposiciones finales.

La Decisión 399 constituye la ley comunitaria más importante en materia de transporte carretero o terrestre de la subregión andina. Refunde, en un solo texto, institutos de derecho público y de derecho privado vinculados con el tráfico terrestre, y, por la estructura de su contenido, bien puede considerarse dicha decisión como un auténtico código comunitario de transporte por carretera.

La regulación sistemática de las condiciones de contrato de transporte terrestre, así como los derechos, obligaciones y responsabilidades derivados del mismo, junto con aspectos administrativos como las condiciones y autorizaciones para el transporte, y la habilitación y el registro de vehículos y unidades de carga, configuran los elementos necesarios para que este conjunto de normas que gobiernan el transporte terrestre en la Comunidad Andina tenga por finalidad asegurar la eficiencia del servicio.

El sistema de responsabilidad adoptado por la Decisión 399 (art. 149°) está basado en la culpa del transportador autorizado, a diferencia del sistema de responsabilidad objetiva o «estricta». El transportador autorizado estará exento de responsabilidad si la pérdida o daño está comprendida en una de las causales del artículo 148.

La decisión adopta un sistema de responsabilidad limitada del transportador autorizado, cuando sobreviene pérdida, deterioro, falta o retraso en la entrega de las mercancías. Este límite de responsabilidad guarda estrecha relación con el precio de las mercancías, fijado en la carta de porte internacional por carretera (CPIC) o en el contrato de transporte (art. 140°). Si el precio de las mercancías no consta documentalmente, éste se determinará con arreglo a la cotización internacional vigente y, si no la hubiere, según el valor usual de la mercancía en el lugar y en el momento en que debieron ser entregadas al destinatario o consignatario (art. 141°). También estipula que si no se puede determinar el precio, el valor de las mercancías no podrá exceder del límite máximo de US \$ 3,00 (tres dólares de los EE.UU.) por kg de peso bruto transportado.

El transportador autorizado perderá el beneficio de limitar su responsabilidad, si se prueba que la pérdida, el deterioro, falta o retraso en la entrega proviene de una acción u omisión imputable a él, realizada con la intención de causar tal pérdida, deterioro o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendría tal pérdida, deterioro, falta o retraso (art. 150°).

La Decisión 399 derogó las Decisiones 257 y 358 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

### 3.2. LA DECISIÓN 467 SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE INFRACCIONES Y EL RÉGIMEN DE SANCIONES PARA LOS TRANSPORTISTAS DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

La Decisión 467 de la Comisión de la Comunidad Andina se sancionó en la ciudad de Lima el 12 de agosto de 1999 y tiene 17 artículos distribuidos en tres capítulos: el capítulo I trata de la competencia y de los sujetos de la sanción; el capítulo II, de las sanciones y clasificación de las infracciones; y el capítulo III, del procedimiento.

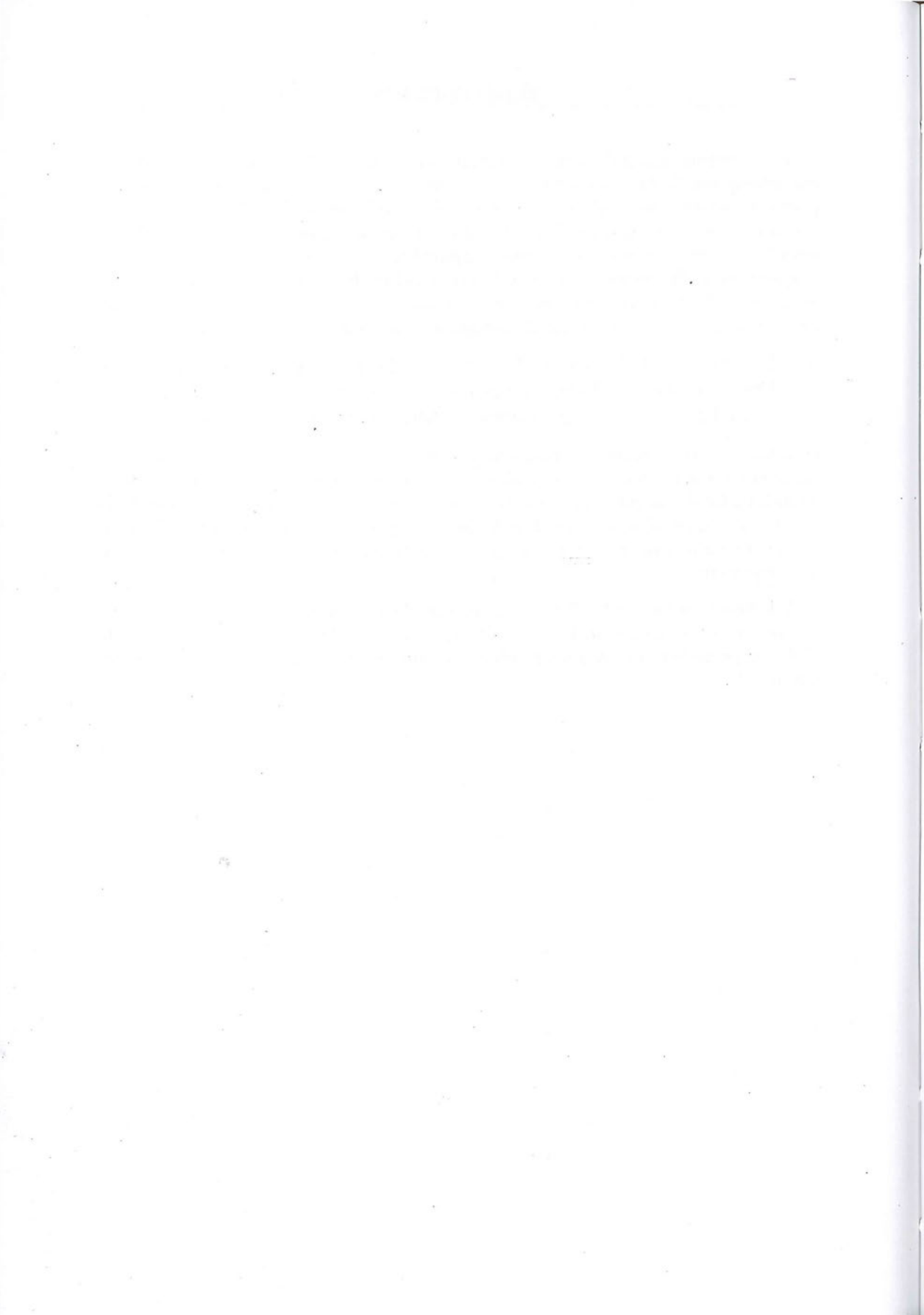


La decisión está debidamente concordada con la Decisión 399, siendo un complemento de ésta. Establece que el sujeto pasivo de la sanción es el transportista autorizado; y el sujeto activo, el organismo nacional competente de transporte terrestre de cada País Miembro, a que se refiere la mencionada Decisión 399. Establece que las sanciones aplicables son la amonestación escrita, la suspensión de las autorizaciones y la cancelación de las autorizaciones (art. 3°); asimismo, clasifica las infracciones en gravísimas, graves y leves (art. 4°). Por último, el Capítulo III está dedicado a regular el procedimiento respectivo.

### 3.3. LA DECISIÓN 491 SOBRE EL REGLAMENTO TÉCNICO ANDINO RELATIVO A LOS LÍMITES DE PESOS Y DIMENSIONES DE LOS VEHÍCULOS DESTINADOS AL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE PASAJEROS Y MERCANCÍAS POR CARRETERA

Esta decisión comunitaria es eminentemente técnica y propende la regulación de los pesos y medidas de los vehículos usados en el transporte carretero intrarregional. La finalidad principal de esta norma es evitar el deterioro irracional de la red de carreteras de la Comunidad Andina, estipulando los límites que deben soportar los vehículos que transitan por ellas en atención al elevado costo de su mantenimiento.

Las Resoluciones 272 y 300 de la Secretaría General de la Comunidad Andina se dieron en la ciudad de Lima, el 28 de agosto de 1999 y el 7 de octubre de 1999, respectivamente. Ambas resoluciones son normas reglamentarias de la Decisión 399.



# LA REGULACIÓN DE LA INTERCONEXIÓN EN LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD ANDINA Y SU PAPEL INTEGRADOR A PARTIR DEL MODELO REGULATORIO PERUANO

LUIS VINATEA RECOBA\*

El presente trabajo muestra un análisis particular de la normativa comunitaria en materia de interconexión de servicios de telecomunicaciones. Su propósito no es otro que el de mostrar cómo los servicios, la tecnología y el comercio pueden, a través de una sola plataforma, actuar como soporte o mostrarse como expresión de procesos de integración regional.

Las normas comunitarias anuncian permanentemente sus propósitos integradores. Una forma de que esos propósitos se conviertan en realidad es mediante el planteamiento de regulaciones de ámbito regional que incorporen maneras de actuar, políticas que, al hilo de las implementadas en cada uno de los países de la comunidad, permitan llevar a cabo procesos de integración.

Lo central de las decisiones y normas que seguidamente comentaremos no es que ellas instauran un punto de partida en materia de implementación de políticas comerciales y de servicios. En verdad, ellas se plantean en paralelo o como complemento de los procesos de apertura comercial y de servicios en los que están envueltos las naciones que forman parte de la comunidad, de manera que la normativa comunitaria es una pieza adicional y fundamental en el proceso de «mejora de la participación de los Países Miembros de la Comunidad Andina en el comercio internacional».<sup>1</sup>

## 1. LA CONFORMACIÓN PROGRESIVA DE UN MERCADO COMÚN

La Decisión 439 CAN («Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina») se plantea como

---

\* Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica, MBA, profesor de Derecho de las Telecomunicaciones en la misma casa de estudios y en la Universidad de Piura. Actualmente es socio del estudio Vinatea & Toyama Abogados.

<sup>1</sup> Decisión 439, parte considerativa, 6° Considerando.

objetivo la integración a través de la creación de un mercado común de servicios. Ese mercado, liberalizado intraregionalmente, permite el establecimiento de pautas iniciales de comercio equitativo que actúan como base para la formulación de estrategias competitivas de carácter nacional (para cada País Miembro) y particular (para las empresas de los Países Miembros).

La conformación de un mercado común es un asunto tremendamente ambicioso, pues supone no solo la creación de condiciones para que dicho mercado exista sino, también, el establecimiento de pautas e incentivos para que se desarrollen actividades que en su conjunto muestren su existencia.

La pregunta que uno puede hacerse respecto a ese mercado abierto de servicios es hasta qué punto él, una vez «abierto», es capaz de hacer circular tráfico comercial suficiente y tornarse en atractivo. Y no sólo eso, la segunda pregunta es qué se necesitará para que el mercado en cuestión sea dinámico y, finalmente, se integre y sea común.

Una de las cuestiones de mayor complejidad es cómo lograr la atractividad de un mercado de servicios de distinto tipo, pues de ello dependerá que el mismo sea estimado como un mercado en el que las personas realicen tráfico comercial. Un mercado será atractivo cuando en él no hayan barreras de entrada; cuando, en él, el poder de compradores y vendedores, y el grado de competencia sean relativos y la competencia, leal. En pocas palabras, un mercado de servicios será atractivo cuando en él concurren actividades que permitan el libre desarrollo de otras.

Una de las actividades que permite el desarrollo de otras actividades y, de hecho, contribuye a la formación de mercados (comunes o no) es la actividad de las telecomunicaciones. En efecto, ellas suelen actuar como plataforma para el desarrollo de otros servicios, desde el momento en que ellas son capaces de transportar información, pieza clave en el comercio de bienes y, naturalmente, servicios. De hecho, las mismas telecomunicaciones se comercializan como servicios.

La apertura de los mercados de servicios y el de telecomunicaciones no es la excepción sino, más bien, un exponente de ello, y requiere de soporte tecnológico para poder gobernar la descentralización de operaciones que supone todo régimen de apertura. Precisamente, la propia Comunidad Andina reconoce esta cuestión cuando otorga «la máxima prioridad a la integración intrasubregional de las telecomunicaciones andinas» como una forma de «contribuir a incrementar la competitividad y la diversificación de la capacidad exportadora».<sup>2</sup> Y es que resulta incuestionable que actividades tecnológicas que son capaces de enlazar nego-

---

<sup>2</sup> Decisión 462 CAN.

cios pueden permitir el desarrollo de actividades comerciales que, al estar consolidadas, permiten el desarrollo sostenido de mercados.

El desarrollo de un mercado abierto para la prestación de servicios de telecomunicaciones es, pues, pieza clave de todo proceso de implementación y apertura de mercados, de manera que la conformación de un mercado común de servicios necesita tomar a la apertura del sector telecomunicaciones como punto básico de apoyo.

Nos parece, entonces, que la conformación de un mercado común requiere tanto de la apertura de los diversos mercados como de la apertura del mercado de las telecomunicaciones para subsistir. El fenómeno de la apertura del sector de las telecomunicaciones es general y hoy la apertura es la manera más efectiva de desarrollar mercados. Hay, pues, una relación de mutuo beneficio en ello. La conformación progresiva de un mercado común, objetivo expreso de la Comunidad Andina, es un proceso que dependerá no sólo de la concesión de facilidades normativas que auspicien la apertura sino de la formalización de ciertas reglas que permitan el desarrollo de actividades que, como la de las telecomunicaciones, permitan apoyar el desarrollo de otros servicios.

## **2. LA INTEGRACIÓN A TRAVÉS DEL INTERCAMBIO DE SERVICIOS**

La integración como objetivo final muestra la necesidad del establecimiento de un medio para ello. Según vimos, la conformación de ese medio es, de acuerdo con la Decisión 439, la creación de un mercado común. Dicho mercado, para existir, requiere, a su vez, de la dinamización de un régimen general de prestación de servicios que es el que precisamente se pretende establecer a partir de la Decisión 439.

Los servicios pasaron a convertirse, luego de la transformación de los procesos productivos tradicionales (modelo centralizado), en una actividad típicamente centralizada. La flexibilidad de los procesos productivos se logra paulatinamente mediante la centralización de servicios. Dichos servicios, por efecto de la centralización, han ido adquiriendo especialización y se han convertido en pieza clave del desarrollo de las demás actividades. Como lo destaca la propia decisión 439, «los servicios constituyen un componente esencial del intercambio comercial de bienes, transferencia de tecnologías, así como de la circulación de capitales y personas al interior de la subregión». Ello determina que los servicios requieran no solo de la creación de un marco de desarrollo para su libre prestación sino que dichos servicios sean, de hecho, un factor de integración de enorme importancia.

Pero la importancia de los servicios como factor de integración no reside únicamente en la centralización que éstos tienen y su especialización. Su real im-

portancia radica en que los servicios son prestados por personas. Y los protagonistas de la integración son, precisamente, las personas. Son las personas quienes participan de los procesos de desarrollo económico y es en beneficio de éstas que dichos procesos se realizan. No debe sorprender, por tanto, que los esfuerzos comunitarios por llevar a cabo procesos de integración se centren en las actividades que, de modo directo, realizan las personas.

Complementa lo anterior el hecho de que, hoy en día, los servicios son, a pesar de las actividades productivas, una de las actividades que centralizan la mayor cantidad de fuerza laboral. Esta hecho determina que sean uno de los factores claves para el desarrollo de la Subregión.

### **3. LAS TELECOMUNICACIONES Y EL INTERCAMBIO DE SERVICIOS**

Según se vio, el desarrollo mismo del sector servicios es vital para la Subregión y para economías como las desarrolladas en ella. La exportación de servicios es probablemente una de las claves principales de nuestro desarrollo como región, pero dichos servicios requieren de un factor de extensión que sólo lo puede proveer la tecnología. En efecto, la prestación de servicios tiene la particularidad de poder ser prestada en uno u otro lugar, de manera que la posibilidad de transferir el resultado de dicha prestación es importantísimo para el desarrollo de la actividad de servicios.

Las telecomunicaciones, servicios que por su propia naturaleza facilitan otros, son pieza clave en el desarrollo de otros servicios. Estas tienen la particularidad de proporcionar un medio. Y ese medio es fundamental para la difusión de cualquier servicio, pues el mismo se puede ofrecer a cualquiera que esté fuera del ámbito regional.

La Decisión 462 CAN («Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Región Andina») está de acuerdo con lo señalado, pues ella declara, como principio básico, que el proceso de liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina «contribuye a incrementar la competitividad, diversificar la capacidad exportadora de estos servicios y a fortalecer la posición comunitaria como bloque, para lograr una inserción efectiva en el mercado global». Pero no solo eso, la Decisión 462 anuncia como su objetivo «fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar un mercado común andino de servicios», contribuyendo así al proceso de integración de la subregión andina.

Resulta bastante claro que las telecomunicaciones y su proceso de liberalización son para la comunidad una herramienta fundamental. Lo central es determinar qué características debe tener esa herramienta y de qué debe valerse la misma para ser efectiva.

A nosotros, sobre este particular, nos parece que la Comunidad ha centrado su atención en el único medio —la interconexión— que, desde el punto de vista regulatorio, puede proveer una plataforma de tipo técnico y de servicios para el desarrollo de otros. La interconexión de redes y servicios es la pieza clave de toda regulación. Sin la interconexión de redes y servicios como régimen regulado en un contexto de libre competencia, es imposible hablar de liberalización y, por tanto, es imposible hablar de desarrollo de mercados de servicios internos y, naturalmente, de desarrollo de mercados de servicios externos. Menos aún podremos hablar de estrategias regionales. Y es que la interconexión es la clave del desarrollo de las políticas liberalizadoras, porque de la regulación efectiva de la interconexión depende el derecho de acceso de cualquier operador a las infraestructuras e instalaciones esenciales detentadas por los operadores dominantes. Sin dicho acceso es imposible que éstos compitan en igualdad de condiciones y es imposible que puedan ofrecer servicios competitivos y a bajo costo que puedan instituirse en herramienta de apoyo para la prestación de otros servicios.

#### **4. EL PROCESO LIBERALIZADOR EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES EN LA COMUNIDAD ANDINA**

La Decisión 439 es el punto de partida para la formulación de un marco general para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina. Ella señaló como su objetivo el establecimiento de un conjunto de principios y normas para la liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios a fin de alcanzar la creación del Mercado Común Andino de Servicios mediante la eliminación de las medidas restrictivas al interior de la Comunidad Andina.

Dentro de los términos de la mencionada decisión, «comercio de servicios» alude a una relación comercial mutuamente entablada por empresas de Países Miembros de la Comunidad, dentro o fuera de sus países pero dentro, sí, de la Comunidad. Se trata, sin duda, de una norma que, actuando como un marco general, señala la apertura de las telecomunicaciones a la libre competencia como regla para el desarrollo del sector servicios en telecomunicaciones.

Las primeras medidas de este proceso de apertura comunitario se constituyen en la formulación de algunos principios centrales: a) el del derecho de acceso al mercado de prestación de servicios; b) el de tratamiento de nación más favorecida; c) el de trato nacional y establecimiento de la regla de no discriminación; d) el de transparencia; y 10) el de *statu quo*, mediante el compromiso de no dictar nuevas reglas que incrementen el grado de disconformidad normativa. Estos principios de recepción fundamental en cualquier mercado interno de prestación de servicios de telecomunicaciones se erigen como la base de la formulación comunitaria en materia de apertura. Ambas medidas se articulan con el desarrollo de reglas para la determinación del proceso mismo de liberalización, de manera

que cada país vaya liberalizando sus mercados en forma coordinada con los demás países de la comunidad.

#### 4.1. EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

El proceso de liberalización de los servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina se ha establecido «mediante la eliminación de las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones» y mediante la armonización de las normas y términos necesarios para la conformación de un Mercado Común Andino de Telecomunicaciones.

La Decisión 462 ha ratificado los principios en los que se basa el proceso de liberalización; ha fijado el ámbito de aplicación de ella misma a las medidas implementadas por los Países Miembros que afecten el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones; y ha señalado el cronograma de liberalización, estableciendo que, para el primero de enero del 2002, deben quedar eliminadas las medidas restrictivas de todos los servicios de telecomunicaciones, incluidos los de telefonía básica local, de larga distancias nacional e internacional, y los de telefonía móvil terrestre.

La eliminación de las medidas restrictivas ha sido propuesta por la normativa comunitaria, específicamente a través de la decisión 462, de la siguiente manera:

##### 4.1.1. Acceso y utilización de redes

Las condiciones básicas en materia de acceso y utilización de redes, desde el punto de vista comunitario, exigen que cualquier proveedor de cualquier País Miembro acceda a las redes de operadores de servicios públicos de telecomunicaciones para el suministro de servicios. Como es sabido, el derecho de acceso a las redes es la condición básica para el ejercicio de actividades empresariales en el sector, de manera que de su regulación depende la efectividad o no de un proceso de liberalización.

Naturalmente, el derecho de acceso, más que un acto de reconocimiento, es una condición de efectividad que, por ser tal, se verifica con el establecimiento de medidas de garantía de acceso. La Decisión 462 sugiere facilidades para el acceso a circuitos que permitan la interconexión de redes de servicios públicos y que hagan, además, interfaz con las redes fijas. Sin esa posibilidad de interconexión, la competencia no podría ser efectiva.

De igual modo, la libertad de uso de protocolos elegidos por el propio operador, condición propia de todo proceso de liberalización, encuentra un límite en la necesidad de «asegurar la disponibilidad de las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones para el público en general».

Finalmente, la Decisión 462 admite la posibilidad de que las regulaciones de los países internos adopten medidas limitadoras cuyo objeto sea la protección de



la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones y de la integridad técnica de las redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones.

#### 4.1.2. Homologación de títulos habilitantes

La normativa comunitaria prevé la posibilidad de establecer mecanismos de homologación de títulos habilitantes, y eso implica que cada Estado miembro de la comunidad instituya mecanismos administrativos que permitan la adecuación de títulos habilitantes obtenidos por proveedores de Países Miembros.

Se trata de uno de los procesos más complejos pero, a la vez, más coherentes de un sistema común que propugna la integración de la liberalización. Naturalmente, el procedimiento de homologación es, más bien, una vía rápida para obtener las autorizaciones correspondientes para la obtención de un servicio con sujeción a las reglas administrativas, técnicas y económicas del país homologante, por lo que ésta, en verdad, es una vía de simplificación o una manera de verificación de la previa calificación obtenida por un proveedor en su país de origen. Con todo, el mecanismo de homologación no libera al proveedor de someterse a toda la normativa del Estado homologante, normativa que, en todo caso, debe observar, al menos, los mínimos impuestos por la normativa comunitaria al Estado miembro.<sup>3</sup>

#### 4.1.3. Protección a la libre competencia

La normativa comunitaria establece que cada País Miembro adoptará o mantendrá medidas adecuadas con el fin de impedir prácticas anticompetitivas por parte de los proveedores que presten servicios de telecomunicaciones. Dentro de tales medidas se encuentran las de impedir la realización de prácticas anticompetitivas de subvención cruzada, la utilización de información obtenida de competidores con fines anticompetitivos y la falta de transparencia en el uso de la información.

Resulta evidente que todo el proceso de liberalización reposa en el marco protector de la libre competencia, de modo que la Decisión 462 reafirma un principio que ya venía impuesto por la Decisión 439 y por la Decisión 285 referida a la prevención y distorsión en la competencia por el ejercicio de prácticas restrictivas de la libre competencia.

#### 4.1.4. Transparencia

Los Países Miembros de la CAN tienen la obligación de facilitar y poner a disposición de los demás países y de los proveedores y usuarios la legislación aplicable al sector, y las tarifas y especificaciones de las interfaces técnicas.

---

<sup>3</sup> Actualmente, ninguno de los Países Miembros ha establecido procesos de homologación dentro de su legislación.

#### 4.1.5. Interconexión

Las normas sobre interconexión en la Decisión 462 establecen, en primer lugar, la obligación de los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones de interconectarse con los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo con la normativa de interconexión de cada país. Dicha interconexión debe proveerse a) en términos y condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones, calidad y cargos; b) con cargos de interconexión que sean transparentes y razonables, que estén orientados a costos y tengan en cuenta su viabilidad económica, y que estén suficientemente desagregados; c) en forma oportuna; y d) a solicitud en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red y con sujeción a cargos que reflejen el costo de la construcción de las instalaciones adicionales necesarias.

La misma norma establece que, en caso de negativa a la provisión de interconexión, será la autoridad competente quien determine su procedencia.

La Decisión 462, fuera de la señalación del marco de interconexión antes reseñado, establece tres criterios básicos para hacer viables los procesos de interconexión: transparencia en los procedimientos, posibilidad de recurrir a las autoridades para reclamar por violaciones a la libre competencia y, finalmente, armonización de las normas de interconexión entre los países.

### 4.2. LA REGULACIÓN DE LA INTERCONEXIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA

#### 4.2.1. Del monopolio a la liberalización: la necesidad de la interconexión

Dentro de las muchas consecuencias derivadas del proceso de tránsito de un modelo de servicio público en régimen de monopolio a uno de libre competencia, destaca la necesidad de la interconexión de redes y servicios, debido a que el proceso de desintegración vertical de la cadena de valor del operador monopolístico obliga a sustituir algunos eslabones de la misma por operadores que prestarán sus servicios en régimen de pluralidad de redes y operarán las mismas con necesidad de acceso a la red del operador dominante para hacer efectivo el derecho a la competencia.<sup>4</sup> El proceso de desconcentración aludido y la dependencia de los usuarios de cada una de las redes desintegradas hacen de la interconexión una condición de interoperatividad,<sup>5</sup> pues, de no ser por ella, los usuarios de una red no podrían comunicarse con los de otra red, así como tampoco podrían hacerlo los propios operadores, quienes por ese mismo hecho restarían todo valor comercial a su red.<sup>6</sup> Pero no solo eso; una competencia equilibrada exige que

<sup>4</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás DE LA QUADRA SALCEDO. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 1999, p. 151.

<sup>5</sup> CARRASCO, Angel y MENDOZA, Ana. «Interconexión y acceso a redes». En: ARPÓN DE MENDÍVIL, GÓMEZ ACEBO Y POMBO, ABOGADOS. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid: Aranzadi, 1999, p. 461.

<sup>6</sup> *Ib.*

los operadores entrantes no requieran instalar infraestructura paralela a la ya existente, especialmente al nivel de última milla o bucle de abonado, debido a que ello resultaría ser una inversión redundante y antieconómica.

#### 4.2.2. El acceso a la red como condición de la liberalización y efecto de la pluralidad de redes

De la necesidad de interconexión surge, nítido, el derecho de los operadores a la red o, lo que es lo mismo, el «derecho de los operadores a disfrutar de redes preexistentes como requisito para prestar sus servicios». <sup>7</sup> El derecho aludido apunta a establecer una disminución de las barreras de entrada propias de un sector en el que las infraestructuras se convierten en activos estratégicos y, por tanto, en elementos sobre los cuales las empresas plantean sus políticas de actuación en mercados concretos. Lo dicho podría significar una limitación al derecho de propiedad del operador dueño de las infraestructuras, pues el derecho de acceso facultaría a los operadores entrantes a servirse de infraestructuras compartidas por mandato legal; pero es indudable que dicho derecho de propiedad, no obstante no discutirse la titularidad del operador de la red respecto a ella, ni es absoluto ni puede ejercitarse al margen del interés social, aspecto que por cierto queda solucionado por la normativa comunitaria, que califica a la interconexión y, por extensión y con mayor razón, al acceso como derechos fundamentales.

La opción del modelo regulatorio comunitario apunta a establecer un régimen de acceso pleno a las redes preexistentes, reforzado por disposiciones que obligan a los Países Miembros a emitir mandatos legales que establezcan la obligación de interconexión para todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, requisito que además es condición esencial de la concesión de servicios portadores o finales. Evidentemente, se trata de una opción normativa propia de un régimen de liberalización inicial que, de momento, no merece mayores reparos; sin embargo, es indudable que la cuestión puede cambiar una vez que hayan ingresado operadores suficientes y, por tanto, se haya generado un régimen de competencia basado en el uso generalizado o, eventualmente, indiscriminado de infraestructuras establecidas, desincentivándose la inversión en ellas. <sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> CALLOL GARCÍA, Pedro. «La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector». *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1999, p. 403.

<sup>8</sup> El asunto preocupa a autores como Callol, que sugiere como contrapartida, en situaciones como esa, la restricción únicamente al acceso de redes preexistentes y no a las nuevas, que, en ese caso, podrían no interconectarse obligatoriamente. El tema no parece tan discutible habida cuenta que el paralelismo de redes e infraestructuras es un fenómeno que se presenta como consecuencia de la creación de nuevos servicios soportados por tecnologías inalámbricas y de la necesidad de provisión de mayor ancho de banda, aspecto que resulta estratégico para las empresas que ingresan a los mercados contando con la infraestructura como base de su estrategia empresarial. *Id.*

#### 4.2.3. La regulación de la interconexión en la Resolución 432

La Resolución 432 establece obligaciones específicas para los Países Miembros de la Comunidad Andina, que «se ajustarán a las obligaciones establecidas en la Resolución 432 y las establecidas en las Decisiones 439 y 462, así como a las normas nacionales de cada país miembro». Agrega la misma norma que «para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión». Estas disposiciones establecen el carácter obligatorio de la norma comunitaria y su alcance a cualquier empresa que actúe como prestadora de servicios. Debe tenerse presente, en este punto, que la Resolución 432 no limita su campo de actuación a «los servicios de transporte de comunicaciones de larga distancia», sino que la extiende a «servicios que sirven de soporte a otros servicios», no necesariamente públicos. Ello quiere decir que la normativa alcanza a cualquier operador de servicios públicos (portadores o finales), no así a los de valor añadido, que, en todo caso, se someten a la normativa de cada País Miembro. Evidentemente, el ámbito de aplicación de la norma es amplísimo y están dentro del mismo prácticamente todas las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones. Ello da una idea bastante clara de la posibilidad de establecer multiplicidad de redes y la conformación de una red integrada que permita actuar como plataforma de la prestación de servicios de telecomunicaciones, y éstos, a su vez, de la prestación de otro tipo de servicios.

Establecido su amplio ámbito de aplicación, la Resolución 432 establece principios básicos propios de todo sistema normativo liberalizado: libertad de acceso (como condición básica del sistema: sin libertad de acceso no hay posibilidad de liberalización), neutralidad (para evitar competencia desleal y el aprovechamiento de ventajas proporcionadas por la posición de dominio), no discriminación (derecho fundamental que evita el favorecimiento propio o de terceros), obligatoriedad de la interconexión entre empresas de servicio público (como condición básica de interoperatividad y funcionamiento mutuo de redes), transparencia (libre acceso a la información relevante de las condiciones de cada interconexión) y fijación libre de puntos de red de acuerdo con posibilidades económicas y técnicas (que permite el libre desarrollo y la formulación de estrategias competitivas).

##### 4.2.3.1. Las condiciones generales de la interconexión

La interconexión puede establecerse, de acuerdo con las normas de contenidas en la Resolución 432, mediante dos mecanismos: el de tipo negociado entre los propios operadores y el de *oferta básica de interconexión*, que debe ser previamente aprobado por la autoridad competente y sobre el que se puede construir un acuerdo negociado. Lo central es que ambos mecanismos de interconexión están «procedimentalizados» y regulados, sujetos a plazos y a aprobaciones definitivas. Ello, en el marco de la liberalización de los servicios, reclama una solución como

la propuesta por la Resolución, en la medida en que es precisamente en el proceso de interconexión en el que caben las mayores posibilidades de limitación del derecho de acceso.

En términos generales, los acuerdos de interconexión deberán contener cláusulas que establezcan: a) los servicios por prestar, b) los procedimientos que se usarán para el intercambio de información necesaria y el buen funcionamiento de la red pública; c) las medidas a tomar para garantizar la privacidad de las comunicaciones de los usuarios y de la información manejada en la misma; d) los procedimientos a seguir para el intercambio de cuentas, aprobación de facturas, liquidación y pago de las mismas; e) la duración del contrato; f) los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión, etc.

#### 4.2.3.2. Las condiciones económicas y técnicas de la interconexión

Los contratos de interconexión o cualquier instrumento que los sustituya o autorice contemplan la necesidad de establecer condiciones económicas y técnicas que permitan llevar a cabo el proceso de interconexión entre operadores sin que éste se frustre por efecto de dificultades en el proceso físico de conexión de redes. Esta necesidad implica considerar el tratamiento del punto de interconexión y el acceso real y físico al mismo tiempo, así como determinar los costes reales que implica usar la infraestructura de quien proporciona las facilidades para culminar el proceso de interconexión.

La fijación de condiciones económicas en la Resolución 432 se concentra en que los cargos de interconexión deben estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de rentabilidad, de manera que tales cargos no resulten siendo una limitación al derecho de acceso a las redes. Este tema resulta esencial en toda la regulación debido a que es precisamente en el tema económico en el que se verifican las principales limitaciones al derecho de acceso.

Independientemente del establecimiento de requisitos claros que aludan a la orientación de costos, lo relevante de la regulación económica es que la interconexión, desde el punto de vista económico, debe ser «económicamente eficiente y sostenible, atendiendo a los cargos de interconexión orientados a costos que preserven la calidad a costos eficientes». Además, la interconexión se debe desarrollar bajo el concepto de desagregación de componentes, requerimiento que lleva a la regulación a establecer un número determinado de «instalaciones esenciales y funciones de la red» que deben ser consideradas por todas las regulaciones de los Países Miembros.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> La lista presentada por la Resolución 432 es la siguiente:

- a) Origen y terminación de llamadas
- b) Conmutación
- c) Señalización
- d) Transmisión entre centrales

Por otro lado, las condiciones técnicas que mínimamente deberán pactarse en la interconexión son aquellas dirigidas a establecer, al menos, la ubicación geográfica de los puntos de interconexión, la ubicación de equipamientos, los diagramas de interconexión, los requisitos de capacidad, etc.

#### 4.2.3.3. La solución de las controversias

La Resolución 432 establece dos cuestiones fundamentales en materia de solución de controversias: la primera es que la solución de cualquier conflicto deberá ser sometida a la competencia de la autoridad competente en materia de telecomunicaciones y, segundo, que, en cualquier caso, no procederá la desconexión de cualquiera de los operadores participantes en la relación de interconexión, salvo mandato específico y definitivo de dicha autoridad.

### 5. RECEPCIÓN DEL MODELO REGULATORIO DE LA COMUNIDAD ANDINA EN EL DERECHO PERUANO

La recepción del modelo regulatorio en materia de telecomunicaciones de la Comunidad Andina en la legislación peruana es fruto de un proceso que se inicia con la emisión de la Decisión 439 del mes de junio de 1998. A pesar de que el proceso de liberalización —como se verá luego— se inicia a principios de los años 90, lo real es que el proceso de apertura y eliminación del régimen de concurrencia limitada ocurre hacia fines de 1998, con lo que el modelo normativo peruano actúa, más bien, como un antecedente al régimen regulatorio propuesto por la Comunidad Andina. De hecho, la Decisión 462, que data del mes de mayo de 1999, es posterior a la apertura del régimen peruano, que ocurre en el mes de agosto de 1998. Aún más, la normativa expresa en materia de interconexiones, recogida en la Resolución 432, fue emitida en el mes de octubre del 2000, con lo que el régimen de regulación de la interconexión en el caso de la normativa peruana es un régimen que se adapta a la normativa posterior, más que un régimen que dicta a propósito de aquella.

Y es precisamente aquí donde se encuentran, por ejemplo, algunas cuestiones divergentes, debido a que el modelo peruano de apertura no contempla, en términos absolutos, identidad con las normas de la Comunidad. Nos referimos, por ejemplo, a las normas emitidas sobre instalaciones esenciales, cuyo listado es

- 
- e) Servicios de asistencia a los abonados, tales como emergencia, información, directorio, operadora y servicios de red inteligente
  - f) Acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea factible y económicamente viable, tales como derechos de paso, de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general
  - g) La facturación y recaudación, así como toda aquella información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios

más amplio en la normativa comunitaria que en la nacional. De hecho, la normativa peruana, que alcanza uno de sus principales hitos de apertura con el inicio de la prestación de servicios bajo sistemas automatizados de selección del operador de larga distancia (sistema multicarrier), tuvo que adaptarse a las normas comunitarias que establecían un listado más amplio que el contenido en la ley peruana (p. ej., facturación y cobranza).

Con todo, es importante resaltar que la normativa comunitaria, al fijar normas de sometimiento de los Estados miembros (hecho que activa mecanismos de revisión normativa), establece ya un mecanismo de articulación de fuentes productoras de normas, además de establecer la vigencia de una verdadera articulación normativa estableciendo la obligatoriedad de normas como las contenidas en la Resolución 432 y en la Decisión 462.

### 5.1. EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN PERUANO

En el año de 1993, con posterioridad a la emisión del Decreto Legislativo N.º 702, norma que dio inicio al proceso de liberalización del sector telecomunicaciones en el Perú, se estableció la estrategia de cambios del sector telecomunicaciones con la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones, norma que, refundida por el Decreto Supremo N.º 013-93MTC, clasificó los servicios de telecomunicaciones; definió el régimen de otorgamiento de concesiones, autorizaciones, permisos y licencias; y delimitó las características del espectro radioeléctrico, entre otros. Después de unos meses de promulgada la Ley de Telecomunicaciones, se dispuso mediante Ley N.º 26285, aprobada el 29 de diciembre de 1993, la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia. Para ello se fijó un periodo de concurrencia limitada previo a la apertura del mercado durante el cual se adecuarían estos servicios a un régimen de libre competencia. Asimismo, se dispuso que el plazo de concurrencia limitada, en ningún caso, sería mayor de cinco años, contados desde la fecha de otorgamiento de las nuevas concesiones.

Con el mercado de las telecomunicaciones parcialmente abierto y estando en la necesidad de contar con una política integral frente a la apertura total del mercado de las telecomunicaciones, el 1 de agosto de 1998, mediante Decreto Supremo N.º 021-98TC, el régimen de concurrencia limitada impuesto por la Ley N.º 26825 cedió frente a un nuevo régimen, este sí de libre competencia, en el que los operadores de servicios pasaron a competir en los mercados generados por la liberalización de servicios, redes e infraestructuras.

### 5.2. TRATAMIENTO OTORGADO A LA INTERCONEXIÓN POR LOS LINEAMIENTOS DE APERTURA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

La política de apertura del mercado de las telecomunicaciones en el Perú tiene como visión y principio regulador básico a la libre competencia, que actúa como clave de la expansión telefónica. De este modo, y desde el punto de vista estra-

tégico, el modelo peruano se aparta de un diseño monopólico y pasa a regirse por un modelo de plena competencia en el que el reto del Estado es lograr la articulación de los intereses de distintos operadores que compiten entre sí y alcanzar, por esa vía, los objetivos trazados por él en materia de telecomunicaciones.

El Estado se ha fijado como metas a) alcanzar una teledensidad de 20 líneas telefónicas por cada 100 habitantes; b) incorporar a los servicios de telecomunicaciones a 5000 nuevas localidades o centros poblados; c) incrementar el acceso a internet; d) tener disponibilidad de tecnologías de vanguardia; e) completar íntegramente la digitalización de la red; y f) alcanzar un plazo de atención de nuevas líneas que no supere los cinco días para el 98% de las solicitudes.

Como se aprecia, la concepción del modelo, y sin que ello constituya una crítica, es esencialmente telefónico y tradicional,<sup>10</sup> y eso se traduce en una serie de políticas tarifarias; de otorgamiento de concesiones (para la prestación de servicios públicos); de acceso a usuarios al portador de larga distancia; de tasas contables; de acceso universal; de numeración y espectro; de regulación de operadores y competencia; y de interconexión. La política de interconexión actúa como piedra de toque de toda la estrategia estatal de desarrollo de las telecomunicaciones y es, a nuestro juicio, la clave de todo el sistema, pues una estrategia de desarrollo del sector telecomunicaciones basada en la libre competencia solo es comprensible si existe apertura para la interconexión.

Pero no solo eso: la interconexión y la obligación a ella fijada a todo operador de servicios públicos de telecomunicaciones es una forma de lograr un «balance entre la necesidad de garantizar el acceso de los operadores a las distintas redes y la de permitir mantener y modernizar la red, generando incentivos para su expansión.

Los aspectos relevantes de la política de interconexión diseñada por el Estado son los siguientes:

- a) La fijación de los puntos de interconexión
- b) El establecimiento de cargos de interconexión por defecto
- c) Acceso a instalaciones esenciales

### 5.3. POLÍTICA DE FIJACIÓN DE PUNTOS DE INTERCONEXIÓN

Los operadores establecidos deben definir, por lo menos, un punto de interconexión en cada área local, tanto en la interconexión local-local como en la de

---

<sup>10</sup> En oposición a políticas que tienen como norte, más bien, el desarrollo de tecnologías menos tradicionales como es el caso de las tecnologías que apuntan al desarrollo de servicios de valor añadido.



larga distancia local y larga distancia-larga distancia. Los puntos de interconexión adicionales estarán sujetos a negociación.

La fijación del punto de interconexión es fundamental por una cuestión de orden técnico (allí habrá la unión física de redes) y por una razón de limitación de responsabilidades económicas y técnicas, es decir, el Pdl es el lugar que delimita la responsabilidad de los operadores de telecomunicaciones, de forma que todos los actos o perturbaciones ocurridos en una red delimitada por el Pdl generan responsabilidad del operador frente a sus usuarios y los del operador interconectado. Solo se cobrará por cargo de interconexión donde tenga presencia cada uno de los prestadores de servicios a ser interconectados.

Los operadores de larga distancia deben aceptar comunicaciones para terminarl as en un área local donde estos últimos no tengan puntos de interconexión. Las tarifas entre operadores y los descuentos por volumen serán objeto de negociación.

#### 5.4. POLÍTICA DE CARGOS DE INTERCONEXIÓN

Los cargos de interconexión son los que resulten de la negociación de las partes. A falta de acuerdo de partes, OSIPTEL tiene facultades para fijar los cargos. Dado el rol regulador y resolutorio de este organismo en última instancia, el mismo deberá anticipar públicamente los valores de los cargos de interconexión *por defecto*.

El establecimiento de los cargos por defecto se realiza con sujeción al reglamento de interconexión y sobre la base de: a) La información de costos, proporcionados por las empresas; b) a falta de lo anterior, información comparativa internacional; y c) complementariamente, la simulación de una empresa eficiente, que recoja los parámetros de la realidad peruana.

Al definirse los cargos de interconexión por defecto debe establecerse *un solo cargo de interconexión a nivel local sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional*. El cargo de interconexión será único por departamento por la terminación de llamada.

Los costos de provisión de interconexión, así como los costos de modificación de red de los operadores que se interconectan, estará sujeta a una lista de precios por defecto preparada por OSIPTEL y basada en la información proporcionada por las empresas. Las partes negociarán los pagos por efectuar.

#### 5.5. POLÍTICA DE INSTALACIONES ESENCIALES

La política de instalaciones esenciales determina que se consideran instalaciones esenciales:

1. La terminación de llamada que incluye la conmutación y señalización necesaria

2. El transporte, en cuanto al circuito de interconexión y equipos necesarios que enlazan las redes a ser interconectadas en la misma localidad
3. Servicios auxiliares tales como guía telefónica y la información necesaria para poder facturar, y otros servicios que cumplan con la definición de instalación esencial

#### 5.6. DEFINICIÓN DE INTERCONEXIÓN

La interconexión es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse, según la clasificación legal correspondiente, con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza prestados por otro operador.<sup>10</sup>

La definición adoptada por el OSIPTEL no está referida a los aspectos técnicos ni pretende hacer mención al aspecto físico equiparable a una unión de redes, sino que hace mención a los acuerdos regulados que tienen por finalidad establecer una comunicación entre los usuarios de distintas empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones.

#### 5.7. OBLIGATORIEDAD

La interconexión ha sido calificada legalmente como de interés público y social, por lo que resulta obligatoria. Esta característica esencial se convierte en condición básica de la concesión de los servicios portadores o finales y los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones. La única posibilidad de negativa es debida al incumplimiento de condiciones técnicas para la interconexión.

#### 5.8. DESAGREGACIÓN EN SERVICIOS ESENCIALES

Para fines de interconexión, una red o servicio puede ser desagregado en «instalaciones esenciales». Se entiende que es instalación esencial toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

1. sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o número limitado de ellos; o
2. cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico y en lo técnico.

Las instalaciones esenciales se definen en el Anexo 2 del Reglamento de Interconexión de la siguiente manera:

1. **Terminación de llamada.** Es el completamiento o la originación de una comunicación conmutada hacia o desde el cliente a una red, incluyendo la señalización correspondiente.

2. **Conmutación.** Consiste en el establecimiento de una trayectoria de transmisión temporal dentro de una red local, vía central local o central tándem entre una red local y otra central de conmutación a la cual está conectada la red local de otro abonado; o en el establecimiento de una trayectoria de transmisión temporal entre centrales de conmutación.
3. **Transporte.** Consiste en el enlace de transmisión entre centrales de conmutación locales o centrales tándem, o entre una central local y una de larga distancia. El transporte puede ser dedicado o común.
4. **Señalización.** Consiste en el transporte de la información necesaria para establecer la comunicación entre usuarios.
5. **Servicios auxiliares.** Dentro de este concepto se incluye, entre otros, servicios de directorio, de emergencia, de facturación y cobranza necesarios para la operación de otras redes de servicios públicos.

El régimen de instalaciones esenciales ha sufrido, en el caso peruano y a propósito de la sujeción a la normativa comunitaria, cambios que han llevado a formular regulaciones específicas en materia de facturación y cobranza.

#### 5.9. PRINCIPIOS APLICABLES A LA INTERCONEXIÓN

Como cualquier contrato, los de interconexión deben regirse por el principio de buena fe contractual, tanto en su negociación como en la ejecución. Adicionalmente, la normativa señala, para este tipo de contratos, los principios sobre los que se deben basar, siendo estos el de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia.<sup>11</sup>

El principio de neutralidad<sup>12</sup> tiene por finalidad que el concesionario de un servicio que es soporte de otros servicios o que tenga una posición dominante en el mercado no utilice esas ventajas al prestar otros servicios de telecomunicaciones en detrimento de sus competidores y restringiendo la libre y leal competencia.

Por el principio de no discriminación<sup>13</sup> se impide a los operadores el uso de prácticas discriminatorias o tratamientos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, a fin de que ninguno se vea favorecido en detrimento de los otros agentes que operen en el mercado de telecomunicaciones.

---

<sup>10</sup> Artículo 3° de la Resolución N.° 001-98-CD/OSIPTTEL.

<sup>11</sup> Artículo 7° de la Resolución N.° 001-98-CD/OSIPTTEL.

<sup>12</sup> Artículo 8° de la Resolución N.° 001-98-CD/OSIPTTEL.

<sup>13</sup> Artículo 9° de la Resolución N.° 001-98-CD/OSIPTTEL.

## 5.10. CONFIDENCIALIDAD APLICABLE A LA INTERCONEXIÓN

Luego de determinar, a grandes rasgos, las bases sobre las que se sustentan los contratos de interconexión, cabe mencionar que estos acuerdos tuvieron inicialmente el carácter de confidenciales —además de ser escritos y contemplar aspectos básicos como son los puntos de conexión de las redes, fechas y periodos en los cuales se realizará la interconexión y condiciones tarifarias, entre otras—<sup>14</sup> para luego convertirse, en aplicación de las normas sobre transparencia establecidas por la Comunidad Andina, en contratos accesibles al público.

## 5.11. REGLAS ECONÓMICAS

### 5.11.1. Cargos de interconexión

Uno de los puntos más relevantes dentro del tema de los contratos de interconexión es el referido a los cargos de interconexión o cargos de acceso.<sup>15</sup> Cuando los operadores interconecten sus servicios, se pagarán, entre sí, cargos de acceso de acuerdo con las instalaciones que acuerden brindarse.

En este sentido, puede definirse a los cargos de interconexión como la retribución que corresponde al propietario de una red por recibir las señales provenientes de otra red.

Los cargos de interconexión son aprobados por OSIPTEL y contemplan la sumatoria de los siguientes conceptos:

- Los costos de interconexión: que son los incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son atribuibles de manera directa a la misma
- Las contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local: están referidos a los costos comunes no atribuibles de manera directa a los servicios de interconexión
- Un margen de utilidad razonable: el que será aprobado por el OSIPTEL y deberá estar basado en el costo promedio ponderado del capital del operador que provee el servicio

Existen dos modalidades principales de cargos de interconexión:

- por tiempo de ocupación de las comunicaciones debidamente completadas y/o volumen de información; y
- por cargos fijos periódicos.

---

<sup>14</sup> Artículo 12° de la Resolución N.º 001-98-CD/OSIPTEL.

<sup>15</sup> NAKAGAWA M. Virginia, en: *Themis. Revista de Derecho* n° 38, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, pp. 299-314.

Sin embargo, las empresas pueden acordar otras modalidades, siempre y cuando demuestren que son más eficientes a juicio del OSIPTEL.

El artículo 23° del Reglamento de Interconexión establece que los operadores de redes pueden otorgarse descuentos a los cargos de acceso por volumen de tráfico o por honorarios en que éste se cursa. Añade que estos acuerdos deben respetar el principio de no discriminación.

#### 5.11.2. Costos de interconexión

Respecto a los costos de interconexión, el artículo 15° del Reglamento de Interconexión indica bajo qué principios básicos se establecerán dichos costos. Estos son los siguientes:

- a. Los costos de interconexión incluirán únicamente los costos asociados a las instalaciones y activos necesarios para la realización de la interconexión.
- b. Para calcular el valor de los activos se considerará su valor de adquisición.
- c. Para determinar los factores de depreciación, se tomará en cuenta la vida útil de los activos de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el Perú.
- d. Los costos de interconexión incluirán los de planeamiento, suministro, operación y conservación de la infraestructura necesaria. No se incluirán los costos de modernización o mejoramiento de la red, salvo que se hubiese tenido que incurrir en ellos para efectuar la interconexión.
- e. No forman parte de los costos de interconexión aquellos en los que el concesionario u otros operadores vinculados directa o indirectamente incurran o hayan incurrido que no estén relacionados directamente con proporcionar el acceso a la instalación.

Por regla general, la obligación de pago de los cargos de interconexión se genera desde la fecha de suscripción de documentos técnicos denominados actas de aceptación, salvo que exista pacto en contrario o mandato de OSIPTEL en otro sentido.

#### 5.11.3. Determinación de costos de adecuación de redes

En general, los costos de adecuación a la red se establecen por acuerdo de partes, norma que viene reiterada por la mayoría de mandatos y contratos vigentes.

#### 5.11.4. Costos de coubicación

Cuando el punto de interconexión pactado en el acuerdo de interconexión se fija en las instalaciones de uno de los operadores y la otra requiera instalar, en las mismas, equipos o medios relacionados con la interconexión, es obligatoria la

provisión de facilidades tales como el espacio físico y energía adecuados, y los otros servicios generales que sean facilitados por el operador que brinda las instalaciones, desde la fecha efectiva de vigencia de la relación de interconexión y sin perjuicio de los acuerdos que suscriban las partes relativos a la contraprestación por dichas facilidades. *Esta contraprestación se basará en criterios de costos y se efectuará por cuotas fijas periódicas.*

#### 5.11.5. Costos por transporte conmutado

El transporte conmutado, denominado también tránsito local, es el conjunto de medios de transmisión y conmutación de un portador local que enlazan las redes de distintos operadores concesionarios en la misma localidad.

La relación entre los distintos operadores concesionarios no requerirá necesariamente de un contrato de interconexión. Para dichos efectos, bastará con que exista interconexión entre el operador que provee el transporte y cada uno de los operadores cuyas redes enlaza.

El transporte conmutado generará un cargo únicamente cuando la llamada es destinada u originada a redes móviles o de terceros operadores.

Por tratarse de una instalación esencial, los cargos que se establezcan deben ser aprobados por OSIPTEL.

#### 5.12. REGLAS TÉCNICAS

En lo que atañe a las reglas técnicas, se establece que los operadores de redes o servicios de telecomunicaciones interconectados entre sí deberán realizar procedimientos que garanticen el cumplimiento de determinados puntos.<sup>16</sup> Estos son los siguientes:

1. Facilidades de atención al público brindadas por cada operador (emergencias, información)
2. Intercambio de información entre operadores sobre consultas y reclamos de los usuarios de uno de ellos
3. Coordinación entre los operadores para reparación de averías en las redes y/o servicios interconectados
4. Intercambio de información sobre modificaciones técnicas u operativas que afecten el cumplimiento de las normas de funcionamiento establecidas en el contrato de interconexión
5. Medidas que deben adoptarse cuando uno de los operadores opere su red y afecte el servicio ofrecido por otro operador

---

<sup>16</sup> Artículo 26° de la Resolución de Presidencia N.° 001-98-CD/OSIPTEL.

6. Intercambio de planes o variaciones, que permita realizar una planificación futura de las modificaciones previstas
7. Intercambio de información relativa a la intensidad de tráfico de interconexión a la hora cargada, a fin de redimensionar la capacidad de los medios de interconexión

Como se observa, la propia norma prevé que, dentro de los acuerdos de interconexión, los operadores deberán intercambiar información que tenga por finalidad brindar un mejor servicio, optimizando la calidad de sus servicios en beneficio de los usuarios.

### 5.13. CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN

#### 5.13.1. Proyecto técnico

El contrato de interconexión se realiza de acuerdo con un proyecto técnico de interconexión convenido entre las partes y que forma parte integrante del contrato respectivo.<sup>17</sup> Este proyecto establece las condiciones técnicas y operativas necesarias para realizar la interconexión de acuerdo con los servicios ofrecidos por las empresas.

Como ya se indicó, los acuerdos de interconexión constan por escrito y de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones deben contemplar entre otros aspectos los siguientes:

1. Capacidad de interconexión y previsiones para el futuro, de modo que el tráfico de señales entre las redes tenga y mantenga una calidad razonable
2. Puntos de conexión a las redes
3. Fechas y períodos en los cuales se realizará la interconexión
4. Características de las señales transmitidas o recibidas, incluyendo arreglos de encaminamiento, transmisión, sincronización, señalización, numeración, tarifas y calidad de servicio y seguridad de telecomunicaciones
5. Garantías por ambas partes tendientes a mantener la calidad de los servicios prestados mediante las redes interconectadas
6. Condiciones tarifarias y económicas de la interconexión con la consideración de, entre otros aspectos, costos y margen razonable de utilidad
7. Fechas o períodos de revisión de las condiciones del contrato

---

<sup>17</sup> Artículo 31° de la Resolución N.º 001-98-CD/OSIPTEL.

### 5.13.2. Trámite

La **negociación** para establecer términos y condiciones en un contrato de interconexión está sujeta a un plazo que no puede ser mayor a 60 días calendario.<sup>18</sup>

El operador que solicita la interconexión deberá enviar una solicitud escrita con tal fin al operador con quien desea interconectarse, siendo importante que ingrese a la negociación con un esquema preliminar y adecuándolo conforme avancen las conversaciones. Este responderá dentro del plazo de siete días calendario de recibida la solicitud y requerirá la información necesaria para la interconexión. El plazo de negociación se empieza a computar a partir de la fecha en que el solicitante entrega la información que le es requerida.

El operador de la red o servicio al que se hubiese solicitado la interconexión debe presentar cada contrato de interconexión al OSIPTEL con treinta y cinco días de anticipación a la fecha en que éste deba entrar en vigencia, a fin de que el organismo se pronuncie sobre los términos del contrato.

Cabe anotar que, dentro del procedimiento, el OSIPTEL puede solicitar, a las partes, la información adicional que necesite para efectuar la evaluación del contrato de interconexión, para lo cual fijará un plazo para la presentación. Antes de la entrada en vigencia del contrato, el OSIPTEL emitirá un pronunciamiento por escrito en el que exprese su conformidad o, en todo caso, señale las modificaciones o adiciones que crea conveniente, las mismas que serán incorporadas al contrato con carácter de obligatorio.

Si una vez que transcurre el plazo de 60 días para la negociación, las partes no han convenido en los términos y condiciones de la interconexión, a solicitud de una de ellas o de ambas, el OSIPTEL está facultado a emitir un mandato de interconexión que incluye las normas específicas a las que se sujetará, las especificaciones técnicas, los cargos de interconexión y cualquier aspecto que se considere necesario.<sup>19</sup>

El proyecto del mandato de interconexión es remitido a los operadores participantes a fin de que se formulen los comentarios u objeciones dentro del plazo que fije el OSIPTEL, el mismo que no podrá ser inferior a 10 días calendario.

El mandato de interconexión es emitido dentro de un plazo máximo de tres meses, computados a partir del vencimiento del plazo de negociación, y debe ser publicado en el diario oficial *El Peruano*. El mandato es de cumplimiento obligatorio.

<sup>18</sup> Artículo 35° de la Resolución N.° 001-98-CD/OSIPTEL.

<sup>19</sup> Artículo 37° de la Resolución N.° 001-98-CD/OSIPTEL.



Por último, señalaremos que el contrato de interconexión, sus modificaciones y los mandatos que expida el OSIPTEL entran en vigencia desde el día siguiente de notificada la resolución.

#### 5.13.3. Observaciones

El OSIPTEL puede objetar con expresión de causa los contratos de interconexión, si éstos se apartan de los criterios de costos que corresponda aplicar o atentan contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de terceros operadores.

Si se dan las circunstancias indicadas en el párrafo precedente, el OSIPTEL puede requerir a las partes contratantes para que revisen el acuerdo que entre ellas hubiese convenido, bajo apercibimiento de expedir un mandato estableciendo las condiciones por las que se regirá la interconexión. El plazo que se otorga a las partes para la revisión es indicado en el requerimiento que se les formule y no puede ser mayor a treinta días.

#### 5.13.4. Causales de no negociación

La empresa que solicita la interconexión queda eximida de negociar o celebrar un contrato de interconexión<sup>20</sup> cuando se den los siguientes casos:

1. La interconexión no esté contemplada por la Ley o sus reglamentos.
2. Cuando a juicio del OSIPTEL, se ponga en peligro la vida o seguridad de las personas, o se cause daño a las instalaciones y equipos de la empresa a la que se le solicita la interconexión.
3. Cuando las condiciones técnicas existentes no sean adecuadas. En este caso, el OSIPTEL podrá señalar un plazo prudencial para que el concesionario que brinda las facilidades de interconexión haga las provisiones técnicas del caso con las especificaciones de calidad que se requieran.

Existe un mecanismo aplicable cuando cualquiera de las causales descritas en el párrafo anterior es sobrevenida a la suscripción del acuerdo de interconexión o una vez dictado el mandato. En este caso, la finalidad es corregir o suprimir los hechos generados por la situación detectada, poner término a la interconexión o suspenderla mientras la duración subsista.

En estos casos, el operador afectado notifica por escrito al otro operador sobre la existencia de la situación producida y propone la medida aplicable, remitiendo una notificación al OSIPTEL dentro de los cinco días siguientes al envío de la notificación. El operador notificado en un plazo no mayor a 15 días absol-

---

<sup>20</sup> Artículo 112° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

verá el cuestionamiento formulado; y, de creerlo necesario, enviará una contrapropuesta de solución y una copia al ente regulador dentro de un plazo similar al utilizado para el envío de la notificación.

Vencido el plazo de 15 días al que se ha hecho mención, sin que el operador afectado haya recibido una contrapropuesta o si, habiéndola recibido, ésta no lo satisficiera, se iniciará un periodo de negociaciones por un plazo no mayor de 30 para conciliar las posiciones discrepantes. De no alcanzar una solución dentro del plazo indicado, cualquiera de las partes puede poner el asunto en conocimiento del OSIPTEL, iniciándose el procedimiento que corresponda de acuerdo a la normativa vigente.

#### 5.13.5. Registro

Se ha establecido normativamente que el OSIPTEL cuente con un sistema de información que permita acceder a los operadores, inversionistas y público en general a los datos generales relacionados con los contratos de interconexión, mandatos y cualquier otro dato adicional. Sobre el particular, indicamos que determinada información tiene el carácter de reservada, en tanto que puede haberse determinado que su difusión puede perjudicar al operador u operadores contratantes.<sup>21</sup>

## 6. EL MODELO REGULATORIO PERUANO COMO EXPRESIÓN DEL POTENCIAL INTEGRADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LOS SERVICIOS

A partir de lo presentado en las líneas precedentes es fácil advertir que la relación existente entre la legislación peruana y la comunitaria es de tipo complementaria. Son, en verdad, casi inexistentes los casos de relaciones de conflicto entre ambas regulaciones, de manera que ambas pueden actuar como el marco adecuado para el desarrollo de mercados de telecomunicaciones capaces de generar relaciones comerciales intrarregionales.

Pero, ¿es solo el afán integrador el motor de la regulación comunitaria? En verdad, la apuesta de la normativa comunitaria por la asunción de un modelo liberalizador es clara y la receptación de dicha apuesta en la normativa peruana también. A propósito de ello pensamos, una vez más, que la integración, lograda a través del intercambio comercial y de la formulación de plataformas (como la tecnológica y la de telecomunicaciones), es un medio para el desarrollo y que ese desarrollo debe expresarse no solo mediante la verificación del crecimiento de los

---

<sup>21</sup> El tema de la confidencialidad de la información ha sido previsto en el artículo 12° de la Resolución N.º 001-98-CD/OSIPTEL y tratado en el Reglamento de Transparencia del OSIPTEL (Resolución de Consejo Directivo N.º 013-99-CD/OSIPTEL).

sectores vinculados al mercado de servicios sino, especialmente, en función del acceso de las personas a los servicios de telecomunicaciones, como una forma de comprobar el efectivo desarrollo de los Países Miembros de la comunidad.

Al verificar la relación existente entre los marcos normativos peruano y comunitario, y confrontarlos con los que nos dan las estadísticas, nos encontramos con que la telefonía fija se ha mantenido casi en la misma teledensidad (número de líneas por cada 100 habitantes) pasando de 6,14 en 1998 a 6,02 líneas por cada 100 habitantes en el mes de junio del 2002. Ciertamente, el desarrollo es importante si se considera que el número de líneas por cada cien habitantes en el año 1994 era de 3,21, pero las cifras no son impactantes si se considera que en 1998 se inició la apertura y que la televisión por cable inicia su proceso de liberalización muchísimo antes y no es tratada en ninguna de las resoluciones de la CAN.

El panorama en la telefonía móvil sí es más prometedor por cuanto se ha pasado de 2,91 teléfonos móviles en 1998 a 7,66 en el 2002. Pero es en el de la televisión por cable en donde sí se ha dado la explosión más importante y donde sin duda se ha generado la mayor cantidad de redes. En efecto, en este segmento, se ha pasado de 5859 suscriptores de televisión por cable a 340 595, casi 7000 veces el número de suscriptores en ocho años.

Según se puede ver, las decisiones y resoluciones comentadas muestran objetivos específicos que parecieran agotarse en sí mismos. En verdad, nos parece que la normativa comunitaria apuesta por un modelo acertado; y, en el Perú, parece que las cosas están tomando un curso curioso. Parecieran estar dándose, por lo menos en el Perú, los pasos necesarios para la migración hacia tecnologías convergentes, con el atractivo principal de que la mayor explosión de redes de televisión por cable se está dando fuera de la ciudad de Lima. Es bastante claro que esas redes tienen capacidad para portar todo tipo de señales y que es posible que, a partir de ellas, se puedan implementar distintas tecnologías. Lo central será ver de qué manera, realmente, las regulaciones comunitarias son capaces de ofrecer la flexibilidad suficiente como para que el desarrollo del sector de telecomunicaciones de cada País Miembro pueda ser proyectado e intercambiado a nivel de la región.

El marco regulatorio peruano es expresión de la regulación comunitaria, porque, siendo partícipe del modelo de apertura y liberalización, muestra que, si bien el desarrollo en los segmentos tradicionales (telefonía) no es definitivamente halagador, sí lo es en materia de desarrollo de sectores que son, en sí mismos, conductos ideales para la realización y prestación de múltiples servicios. Así, la televisión por cable admite la anexión de negocios de diverso tipo (voz, textos, mensajería física y virtual, correo, impresos, etc.). Y puede hacerlo en red o, lo que es lo mismo, integrando.

Las normas sobre interconexión son esenciales en ese proceso. En el momento en que esas redes se interconecten con la red fija de telefonía e incluso con las de telefonía móvil, se podrá apreciar un explosivo crecimiento del sector y, por cierto, del sector servicios ya no solo en uno de los países sino en la región.

# LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA COMUNIDAD ANDINA

JORGE L. VALDEZ CARRILLO\*

## 1. ESTADO Y SEGURIDAD EN EL SIGLO XXI: INTEGRACIÓN, EXCLUSIÓN Y GLOBALIZACIÓN

Las tres únicas situaciones en las que la «balanza del terror» de la Guerra Fría fue puesta a prueba, es decir, el Bloqueo de Berlín (1948-1949), la Guerra de Corea (1950-53) y la Crisis de los Misiles en Cuba (1962), pusieron de manifiesto el desarrollo de determinadas reglas para administrar el conflicto que proporcionaban la certeza de que ninguno de los actores directamente involucrados estaría dispuesto a romper esas reglas. Con ello, las percepciones fatalistas que prevalecieron al inicio de la Guerra Fría fueron cediendo terreno ante la evidencia de que el temido apocalipsis no llegaría por el temor, en uno y otro de los actores, a una destrucción generalizada.

Sin embargo, los conflictos contemporáneos tienen una naturaleza distinta, unos caracteres que hasta podrían llegar a dar paso a una cierta nostalgia por ese viejo orden. Las escenas de violencia en el mundo, que gracias al avance en la tecnología de las telecomunicaciones nos llegan desde los lugares más remotos, nos muestran que las reglas de juego preexistentes no se aplican más, pues los conflictos se originan muchas veces en la dinámica interna de una sociedad determinada. De este modo, resulta imprescindible que el Estado respectivo pueda estar en condiciones de cumplir con aquellas responsabilidades que justifican su existencia y, conforme se espera de él, de resolver dicho conflicto.

Compromisos políticos y sociales logrados a principios del siglo XX en las sociedades desarrolladas les permitieron salvar y fortalecer el capitalismo mediante

---

\* Embajador en el Servicio Diplomático del Perú, ex Secretario General de Relaciones Exteriores, ex Representante Permanente del Perú ante la ONU, Nueva York y ex-asesor del Secretario General de la Comunidad Andina.

la expansión de la autoridad del Estado. Sin embargo hoy, para la mayor parte de los países medianos y pequeños caracterizados por estructuras estatales débiles y poco eficaces, la propia autoridad del Estado es afectada en diversos campos, y muchas de sus atribuciones soberanas están siendo limitadas, no por la integración sino por dos procesos separados: la globalización económica y la fragmentación política. Esta última se expresa, entre otros factores, en la marginalidad y la exclusión social, en los fundamentalismos religiosos y en los separatismos independentistas o autonomistas, cualquiera sea la base que sustente su pretendida legitimidad. Ambas fuerzas, que actúan en direcciones opuestas, erosionan la capacidad del Estado. En un caso, la globalización nos asocia a la integración, a la interdependencia, a la apertura y al multilateralismo. En el otro, la fragmentación nos asocia con la desintegración, la marginalidad, la autarquía, el separatismo y la heterogeneidad. Así, el Estado se encuentra bajo presión desde dos lados: como resultado de las tendencias de la economía global, de una parte; y, como resultado de las presiones políticas, de la otra. Todo ello apunta a afectar su autoridad, y, como resulta evidente, la política puede ser, en un Estado débil, tan volátil como ya lo es la economía.

Este hecho plantea, a su vez, una evidente contradicción, pues los agentes económicos que corren en la ola de la globalización y enarbolan sus banderas son precisamente quienes requieren que el Estado proporcione el orden y la seguridad jurídica para que el comercio y la actividad económica puedan prosperar. Esas, entre otras, son las condiciones indispensables para la inversión y, donde quiera que esas condiciones no se hagan presentes, la inversión y el empleo serán evasivos y, con ello, la propia democracia estará bajo presión y sujeta a tensiones. Pero la democracia es indispensable para hacer frente a conflictos existentes y para vencer la marginalidad y la exclusión social. En consecuencia, la propia democracia requiere también que el Estado se fortalezca y prospere.

Frente a este preocupante escenario, las agrupaciones regionales surgen como una opción destinada a promover condiciones que fortalezcan al Estado y aseguren su viabilidad. De este modo, la integración es, en el siglo XXI, un proceso esencialmente político, que busca fortalecer los marcos jurídicos, económicos, sociales y de seguridad en cada uno de los países que compromete, con el fin de proporcionarles mejores posibilidades de desarrollarse como sociedades, consolidar sus democracias y, simultáneamente, facilitar sus términos de inserción en las corrientes mundiales del comercio, las finanzas y del conocimiento.

Por ello, las prioridades de la integración se han ido ampliando progresivamente. El proceso andino se inició en otro escenario internacional y apuntando únicamente a la conformación de un bloque económico que pudiese alcanzar la escala de mercado que justificase su industrialización. Hoy, esa realidad ha cambiado y con ello sus propósitos. El Sistema Andino de Integración se desarrolla dentro de un marco de regionalismo abierto y cubre una agenda que abarca aspectos tan ricos y variados como la meta de un mercado común en el 2005, con

libre tránsito de bienes, servicios, capitales y personas; y una agenda de cooperación política que se expresa, entre otros, en programas ambientales, de competitividad, de infraestructura, de desarrollo social, de participación ciudadana y, como corresponde a un esquema de regionalismo abierto, de relaciones con terceros.

## 2. MARCO TEÓRICO DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA COMUNIDAD ANDINA

La integración es entonces un hecho esencialmente político, pero con consecuencias, entre otras, en el orden jurídico, toda vez que dos o más Estados concurren en la común voluntad de obligarse soberanamente entre ellos, limitando el ejercicio unilateral de determinadas atribuciones soberanas para ejercerlas a través de una institución común.

Para efectos de poder contextualizar el ámbito de desarrollo de la política exterior de un proceso de integración, resulta de importancia tener presente, también, cuándo se produce esa delegación de atribuciones a una institución común y qué otras posibilidades existen que no limiten la acción internacional de esos Estados. Con ese propósito, resulta también necesario determinar qué atribuciones o modalidades de ejercicio de soberanía se verían afectadas o limitadas.

Stephen Krasner señala cuatro modalidades de ejercicio de la soberanía: soberanía legal internacional, soberanía westfaliana, soberanía doméstica o nacional y soberanía interdependiente.<sup>1</sup> La primera está referida a las prácticas asociadas con el reconocimiento recíproco entre Estados; la segunda, a la autonomía de la organización política formal respecto a actores externos en la administración de un territorio determinado, es decir, a la capacidad de cada Estado para decidir en asuntos internos sin injerencias de otros Estados; la tercera, a la capacidad de las autoridades de ejercitar de manera efectiva el control de sus poblaciones dentro de sus fronteras; y la última, a la capacidad de las autoridades públicas de regular el flujo de información, ideas, bienes, personas, contaminantes o capitales, más allá de los límites del país que administra el Estado respectivo.

La integración, como consecuencia del ejercicio de atribuciones soberanas de un Estado, produce efectos al menos en tres de esas cuatro acepciones. Como se desarrolla más adelante, en este mismo acápite, la integración da lugar a la constitución de un nuevo sujeto de las relaciones internacionales, con personería internacional especializada y, por tanto, sujeto a reconocimiento por Estados y otros agentes de las relaciones internacionales.

---

<sup>1</sup> KRASNER, Stephen D. *Sovereignty, Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 3-29.

En segundo lugar, la integración, al suponer el establecimiento de una estructura o institucionalidad determinada que se establece como autoridad externa, sea ésta colegiada o independiente, también limita la propia capacidad de los Estados de decidir en ciertos asuntos de manera autónoma y libre de la influencia de actores externos (soberanía westfaliana). Ello se explica, jurídicamente, como consecuencia del ejercicio mismo de soberanía, que supone aceptar la limitación usualmente presente en todo acto internacional; y, políticamente, porque toda integración conjuga intereses diversos y hasta contrapuestos, y la manera de superar esta situación proviene de la convicción de que el proceso tiene costos, pero ofrece beneficios significativamente mayores para cada uno de los países participantes. En un esquema de integración, la suma de las partes no es un aumento cuantitativo de potencialidades, sino que se articula con un propósito que la convierte en incremento cualitativo en los resultados.

En tercer lugar, la integración busca responder a la necesidad de fortalecer la capacidad del Estado para cumplir con responsabilidades primordiales, incluyendo el bienestar de la población respectiva. En ese sentido, las agrupaciones regionales surgen como una opción destinada a proporcionar, a determinados Estados,<sup>2</sup> las condiciones indispensables para asegurar su viabilidad en el mundo globalizado. La integración en la post-Guerra Fría otorga una dimensión cualitativamente diferente a la concepción tradicional de crear bloques económicos cerrados. Esta nueva dimensión resume, de manera muy nítida, el ejercicio de la soberanía interdependiente de la que habla Krasner.

Pero no todos los procesos que incorporan a dos o más Estados constituyen intrínsecamente procesos de integración. Existen elementos que permiten diferenciar la intensidad y profundidad de la integración, y a esta de esquemas —inclusive avanzados— de cooperación bilateral o multilateral. En ese sentido, resulta apropiada la distinción que hace José Manuel Sobrino<sup>3</sup>, quien precisa que «[e]l reparto de competencias entre la Organización y sus miembros es un criterio que nos permite, precisamente, distinguir entre aquellas organizaciones internacionales [...] a las que sus Estados miembros no han cedido el ejercicio de competencias soberanas y [...] aquellas en las que se produce una transferencia real del ejercicio de competencias soberanas».

---

<sup>2</sup> Este no es necesariamente un caso aplicable a todos los Estados. En algunas regiones del África, por ejemplo, la integración no contribuirá a resolver problemas estructurales más complejos, sino que un esfuerzo en esa dirección pudiera eventualmente agravarlos; mientras que en otras, como en el Sur del África, tal vez sea la mejor opción para la articulación de los intereses nacionales dados los intercambios históricos, aun en los tiempos del abominable *apartheid* sudafricano, y la intrínseca dependencia en relación con factores climáticos y geográficos.

<sup>3</sup> SOBRINO HEREDIA, José Manuel. «Derecho de Integración, Marco Conceptual y Experiencia de la Unión Europea». En: SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Integración y Supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en los países andinos*. Lima: CAN, 2001, p. 30.



Se distinguen así procesos internacionales orientados a propiciar formas cooperativas de vinculación de aquellos cuya finalidad es propiamente la integración, entendiéndose que, en estos últimos, los Estados participantes ceden competencias soberanas para ser ejercidas por un órgano comunitario.

Esta caracterización establece una primera consideración: la diferencia existente entre política exterior común y política externa comunitaria. En ese sentido, una política exterior común se expresa en aquellas acciones emprendidas por un determinado grupo de países respecto a terceros, a través de sus respectivos órganos nacionales de ejecución, dentro de un marco y con una dirección, objetivo y temporalidad cooperativamente concertados; mientras que una política externa comunitaria es definida y ejecutada por instituciones comunes, independientes de los gobiernos y que responden, exclusivamente, a los propósitos de la integración, que eventualmente pueden o no coincidir con los objetivos específicos de corto plazo de uno de sus Estados miembros.

Para que una institución sea común se requiere que goce de independencia orgánica respecto a los gobiernos nacionales y que esté compuesta por personalidades independientes, cuyo compromiso y referente funcional sea exclusivamente el avance y consecución de los objetivos de la integración. En ese sentido, solamente sería política externa comunitaria aquella que resulte como consecuencia de definiciones adoptadas por un órgano comunitario de naturaleza supranacional y que sea ejecutada por el mismo a través de sus agentes.

Naturalmente, en este último caso, las atribuciones que la institución común asume estarán siempre limitadas por el principio de la especialidad, vale decir que solamente podrán ser ejercidas en aquellos aspectos de la agenda internacional para los cuales la institución ha sido facultada, aunque debe reconocerse que, como toda cesión de atribuciones de soberanía, corresponde a la política exterior una naturaleza evolutiva, tanto en virtud de nuevas normas positivas o de variaciones en las existentes como, también, en virtud de la aplicación de competencias implícitas.

Ahora bien, ¿será esta cesión voluntaria de los Estados suficiente para que la Comunidad Internacional acepte como un interlocutor o agente válido a la nueva entidad que se presenta ante ellos bajo la forma comunitaria? La norma general de derecho internacional es que solamente los Estados parte de un tratado están obligados por sus disposiciones, pero eso no excluye la posibilidad que el organismo pueda suscribir tratados con terceros Estados, que no son parte del mismo, y que estos sean internacionalmente válidos.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 695.

Más aún, como recordaba Alberto Ulloa, la doctrina jurídica consideraba antiguamente de manera exclusiva a los Estados como sujetos del Derecho Internacional. Sin embargo, la evolución de la reflexión en torno del ordenamiento jurídico internacional fue progresivamente incorporando al hombre, a ciertas entidades internacionales e, inclusive, dentro de los propios Estados, a colectividades beligerantes reconocidas.<sup>5</sup>

Es que, desde el siglo XIX, las relaciones internacionales han evolucionado de los acuerdos bilaterales y el contacto estrictamente diplomático a otras formas de cooperación e integración. El Congreso de Viena (1815) sentó las bases para un sistema multilateral que luego se iría desarrollando con la Comisión Europea del Danubio y la Unión Telegráfica Universal. Posteriormente, la Liga de las Naciones y las Naciones Unidas proporcionaron una idea más avanzada de instituciones orientadas a la preservación de la paz universal y, como consecuencia de ellas, proliferaron un elevado número de esquemas especializados en asuntos de cooperación técnica, económica y social, entre otros aspectos. En materia de integración, el caso europeo resulta sumamente ilustrativo, pues evoluciona como parte de una dinámica inicial que no era ajena a la propia formación de los Estados Nacionales europeos.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. 2ª ed. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1938, tomo I, p. 76.

<sup>6</sup> En el caso de la integración entre Estados, los esfuerzos posteriores a la II Guerra Mundial tienen antecedentes en un prolongado proceso en el cual las sociedades se han integrado en naciones, y las naciones se han integrado entre sí progresivamente. En ambas situaciones, un factor determinante puede haber sido la voluntad de un Estado, o de uno de los agentes que luego forman parte del Estado, con poder suficiente para imponerse. Alternativamente, la percepción por los diversos agentes o Estados, de una ganancia colectiva mediante la integración, superior a la lograda individualmente, puede precipitar la materialización de un proceso conducente a la emergencia de una nueva entidad. Esa ganancia no es exclusivamente económica; puede, también, estar referida a mayores márgenes de seguridad o de poderío respecto de terceros, u otras formas de mejorar el bienestar de sus poblaciones.

Para efectos de la realidad andina, nos conciernen aquellos ejemplos en los que la continuidad territorial y la concurrencia de voluntades soberanas son características del proceso integrador.

Destaca en la formación del *Estado-nación* europeo, posterior a las guerras napoleónicas, el caso del *Zollverein* (literalmente Unión Aduanera). Los aproximadamente cuarenta Estados alemanes existentes a principios del siglo XIX se encontraban aislados unos de otros, cada uno con su sistema aduanero, con barreras comerciales y sin un arancel externo común, y eso determinaba que las industrias alemanas que habían surgido durante las guerras napoleónicas fueran desplazadas de sus propios mercados por las industrias británicas. La eliminación por Prusia de sus impuestos internos y la adopción de un arancel externo forzaron a otros Estados alemanes a seguir el ejemplo prusiano en los años siguientes y, en 1830, había cuando menos cuatro diferentes uniones aduaneras. Prusia integra estas cuatro uniones aduaneras bajo una autoridad central, el Consejo Aduanero, y protege a sus miembros de la competencia externa, pero garantizando el libre comercio entre ellos.

Luego de la victoria sobre Austria, las facultades gubernamentales son transferidas a un Consejo Federal, compuesto por delegados gubernamentales, y a un Parlamento aduanero, con diputados directamente elegidos por voto popular. Ello transformó lo que había sido hasta entonces una confederación en un Estado federal. Con la victoria sobre Francia y la proclamación del Im-

Naturalmente, ello no permite establecer una ecuación que iguale a un organismo con un Estado en términos de capacidad internacional, pues, en el caso del primero, su carta constitutiva y otras normas que lo regulan determinarán los poderes específicos de que dispone en su relación con terceros, mientras que para el Estado corresponde una capacidad jurídica plena. Esta diferenciación resulta imprescindible, en especial para determinar en qué medida los acuerdos internacionales asumidos por una organización obligan también a los miembros de dicha organización.

---

perio Alemán en 1871, las dos entidades anteriores fueron reemplazadas por el Parlamento y el Consejo Ejecutivo del Imperio.

En el análisis del caso alemán es importante resaltar dos aspectos: que la integración económica se produjo antes que la unificación política y que el poderío militar y las sucesivas victorias de Prusia proporcionaron la vitalidad y el liderazgo necesario para vencer muchos de los obstáculos existentes.

En 1921, un exmiembro del *Zollverein*, Luxemburgo, firmó con Bélgica la Convención de Bruselas. Desde entonces, ambos países tienen las mismas tarifas aduaneras y una balanza de pagos integrada. La unión se expandió luego de la II Guerra Mundial e incluyó a Holanda, dando lugar al BENELUX. En 1948, se eliminaron los aranceles entre sus miembros y se fijó un arancel externo común. Un año después, evidenciada la insuficiencia de la unión aduanera, se incluyó la coordinación sistemática de políticas económica y de comercio internacional.

En mayo de 1950, Robert Schuman, Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, propuso la creación de un mercado común para el carbón y el acero. En abril de 1951, Francia, Alemania Occidental, Italia y los tres miembros del BENELUX, motivados por la necesidad de erradicar cualquier potencial conflicto franco-alemán bajo la fusión de sus industrias básicas, suscribieron en París el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, delegando poderes a una autoridad independiente para administrar estos sectores.

Sobre esa base, sus seis miembros firmaron en marzo de 1957 el Tratado de Roma, que entró en vigor el 18 de enero de 1958, y cuyo objetivo era el establecimiento de la Comunidad Económica Europea, compuesta por un Mercado Común Europeo y una unión económica, para «progresivamente alinear las políticas económicas de los Estados Miembros», así como «promover el crecimiento armónico de la actividad económica, una expansión regular y balanceada, aumentar la estabilidad, un más rápido mejoramiento en los niveles de vida y una relación más próxima entre los Estados participantes».

Simultáneamente, se suscribió, también en marzo de 1957, el Tratado que establecía la Comunidad Europea de la Energía Atómica, con la misión de «contribuir, mediante el establecimiento de las condiciones necesarias para la creación y crecimiento rápidos de industrias nucleares, a la elevación del nivel de vida en los Estados miembros y al desarrollo de los intercambios con los demás países».

En 1992, con el Tratado de Maastricht nace la Unión Europea, producto de los avances integradores logrados a través de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Comunidad Económica Europea. Su novedad radica en que los Estados miembros renuncian a parte de su soberanía a favor de un órgano comunitario autónomo, la Comisión, a la que han dotado de competencias propias, independientes de los Estados miembros. En ese sentido, la Comisión Europea está facultada para adoptar actos de soberanía que, por sus efectos, son equivalentes a los estatales.

La Europa unida se fundamenta en principios elementales con los que los Estados miembros se sienten comprometidos y cuya aplicación se confía a las instituciones comunitarias, como son la consagración de una paz duradera, la unidad, la igualdad, la libertad, la seguridad y la solidaridad.

En consecuencia, no cabe duda de que los organismos internacionales y, específicamente, los procesos de integración 1) son sujetos de las relaciones internacionales, 2) existen como consecuencia de actos jurídicos entre Estados, y 3) son aceptados y reconocidos en normas de derecho internacional positivo. Los tratados de integración estaban previstos en las disposiciones del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), que reconocía las uniones aduaneras y zonas de libre comercio como excepción a la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida, principio básico que inspirara al GATT y que es posteriormente recogido por la actual Organización Mundial del Comercio.<sup>7</sup>

Ahora bien, en el derecho internacional, a diferencia del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, no existe una normatividad expresa que regule de manera precisa cómo se constituye una entidad o sujeto diferente al Estado.

En el caso de estos, según la doctrina, el Estado existe por la voluntad de sus ciudadanos y sin perjuicio del reconocimiento internacional que pueda recibir, el mismo que, de esta manera, tiene únicamente un carácter meramente declarativo.<sup>8</sup>

Para los organismos internacionales, su existencia está supeditada a la aceptación y expresión de voluntad explícita por los Estados que lo conforman y su reconocimiento por otros sujetos de las relaciones internacionales. Aunque su carta constitutiva no le otorgue personería jurídica internacional de manera expresa, la organización internacional tiene un carácter funcional, como lo determinó la Corte Internacional de Justicia cuando sentenció que, no obstante que la Carta de la Organización de las Naciones no contiene ninguna provisión explícita respecto a la personería jurídica de la Organización, de la Carta en su conjunto puede concluirse que «la Organización es una persona internacional», puesto que para alcanzar sus fines «los atributos de la personería internacional resultan indispensables [...] esto significa que es un sujeto del Derecho Internacional susceptible de poseer derechos y deberes internacionales y que tiene la capacidad de resguardar sus derechos mediante reclamos internacionales».<sup>9</sup>

He considerado pertinente desarrollar las ideas anteriores para que el lector pueda percibir las múltiples posibilidades o matices diferenciales para ejecutar las acciones de proyección externa que ofrece un proceso de integración, puesto que estos, en la medida en que avanzan, tienden a desarrollar intereses intrínsecos de la integración que no responden de manera particular a uno o más de sus miembros sino a los fines del conjunto que se expresan en el propio proceso en

<sup>7</sup> SECRETARÍA DEL GATT. *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Los Textos Jurídicos*. Ginebra: GATT, 1994, p. 32.

<sup>8</sup> NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA CORROCHANO. *Derecho Internacional Público*. Lima: IDEI - PUCP, 2001, tomo II, pp. 19 - 32.

<sup>9</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Reports*. 1949, p. 178-179 (traducción del autor).

el que se encuentran comprometidos y que, de esta manera, va adquiriendo así vida propia, con intereses que pueden o no coincidir con los intereses de corto plazo de alguno o algunos de sus integrantes pero que, en el largo plazo, deben significar mejoras cualitativas para todos ellos.

En el caso de la Comunidad Andina, como se tratará de presentar en los acápitales siguientes, se ha establecido la llamada *política exterior común*, vale decir, un amplio y ambicioso esquema de política exterior concertada a través de los órganos comunitarios entre cinco Países Miembros, pero ejecutada por cada uno de ellos a través de sus órganos de servicio exterior. Ello se complementa con una incipiente y aún muy reducida capacidad internacional del órgano comunitario por excelencia, la Secretaría General, que se limita, al menos por ahora, a mantener una ocasional presencia observadora en determinados foros internacionales y a establecer programas de cooperación con otros Estados o agrupaciones.

### **3. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA EXTERIOR COMÚN DE LA COMUNIDAD ANDINA**

En general, los procesos de integración se inician a partir de actividades económicas y comerciales, y evolucionan, desde esos aspectos, hacia otras dimensiones. De esta manera, se hace posible construir la base material que hará llevadero y justificará el proceso. En algunos casos (Europa en los años 60, MERCOSUR en la década del 90), la interrelación preexistente era importante y formaba parte de intercambios históricos de larga data que, de una manera u otra, mantenían una relación con la estructura y con cierto grado de especialización en el aparato productivo de cada uno de los países involucrados. En otros casos, como el de la Comunidad Andina, por ejemplo, el vínculo económico comercial preexistente carecía de significación al tener todos sus miembros una estructura productiva predominantemente primario exportadora, que hacía el proceso más complejo y lento en sus avances.

El proceso andino de integración se inicia en respuesta a un modelo que buscaba, en lo esencial, adquirir la escala de mercado que hiciese posible el proceso de industrialización que alimentaba, en los años sesenta, el modelo conocido como de sustitución de importaciones. El Acuerdo de Cartagena, en su versión original, solamente situaba a los países andinos en el espacio mundial al referirse, en su artículo 1º, a la necesidad de reducir la vulnerabilidad externa de los mismos.

Al final de su primera década, el modelo ya evidenciaba dificultades que podían asociarse, entre otros factores, a un déficit político en el diseño y, por ello, en 1979, al celebrarse los primeros diez años del Acuerdo de Cartagena, los Presidentes de los cinco países emiten una declaración que busca vigorizar la integración desde la más alta instancia política. Esa ocasión sirvió para que los Ministros de

Relaciones Exteriores constituyeran, aunque sin asociarlo a la estructura institucional del Acuerdo de Cartagena, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo Andino, uno de los primeros mecanismos de coordinación y concertación política regionales no especializado,<sup>10</sup> al que le correspondió tener destacada participación en asuntos referidos a la paz y seguridad, como, por ejemplo, la crisis de Nicaragua que produjo la salida de Anastasio Somoza de ese país<sup>11</sup>; y también en asuntos referidos a estabilidad democrática, cuando el golpe del coronel Alberto Natush Busch depuso al entonces presidente de Bolivia, Walter Guevara Arze. El Consejo puso en evidencia, en ambas oportunidades, el potencial ofrecido por la actuación conjunta con potencias medianas y pequeñas del ámbito regional, y la posibilidad de llegar a desempeñar un papel catalítico para lograr niveles mínimos de equilibrio con la potencia hemisférica en el marco de la Organización de Estados Americanos.

Sin embargo, los años ochenta, caracterizados principalmente por la interrupción en los flujos de financiamiento internacional que se expresaron en la llamada crisis de la deuda, ocasionaron una nueva parálisis en el impulso relativo que trabajosamente había adquirido la integración andina. El Consejo de Cancilleres no pudo sustraerse de esa situación ni de la mayor subordinación a la potencia hemisférica, que en términos generales produjo la alta vulnerabilidad evidenciada. Además, ello se había ya visto agravado por la confrontación militar, conocida como Falso Paquisha, en enero de 1981, entre Perú y Ecuador. Como resultado de ambos factores, la actividad del Consejo decrece y surgen, a mediados de la década, otros mecanismos regionales de concertación bajo la forma del Grupo de Contadora y el Grupo de Apoyo a Contadora, que dan lugar al hoy ensanchado y poco ágil Grupo de Río.

Pero la percepción del potencial político andino ya había quedado evidenciada. Es así como, en mayo de 1987, se incorpora al Acuerdo de Cartagena el «Protocolo de Quito», que introduce al Acuerdo el Capítulo XIV, referido a la cooperación económica y social, y amplía el ámbito de la integración, entre otros aspectos, a temas sociales y políticos, como son la eliminación de la pobreza, la afirmación de la identidad cultural andina, la participación ciudadana y la atención de las zonas rurales.<sup>12</sup> Al mismo tiempo, estableció en otros artículos<sup>13</sup> que

<sup>10</sup> Otras experiencias anteriores, como la Comisión Permanente del Pacífico Sur, tenían un ámbito de aplicación referido a una determinada especialización o área específica de actividad. No había hasta entonces mecanismo multilateral no especializado para la concertación política regional.

<sup>11</sup> Debe recordarse que fue la declaración emitida por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo Andino, que reconocía el estado de beligerancia en Nicaragua, uno de los factores determinantes en precipitar la salida de Nicaragua de Anastasio Somoza y de prevenir que el apoyo que este pudiese recibir, entre otros, de los Estados Unidos continuase alimentando la violencia que asolaba al pueblo nicaragüense.

<sup>12</sup> Art. 148° del Acuerdo de Cartagena.

<sup>13</sup> Art. 140° y 141° del Acuerdo de Cartagena, respectivamente.

«los Países Miembros emprenderán acciones en el ámbito externo, en materias de interés común, con el propósito de mejorar su participación en la economía internacional» y que «[a] efectos de lo previsto en el artículo anterior, la Comisión adoptará programas para orientar las acciones externas conjuntas de los Países Miembros, especialmente en lo relativo a las negociaciones con terceros países y grupos de países, así como para la participación en foros y organismos especializados en materias vinculadas a la economía internacional».

Sin embargo, aun cuando comienzan a figurar preocupaciones vinculadas a la agenda y objetivos en el campo social, la proyección externa se percibía todavía exclusivamente circunscrita a mejorar la inserción de los países andinos en la economía internacional. Asimismo, las decisiones y acciones para tal propósito quedaban limitadas a la Comisión, único órgano colegiado de la membresía hasta entonces, que era ejercido —y continúa siendo— por los Ministerios de Comercio Exterior —o por las instituciones que en cada caso pudieran a través del tiempo haber desempeñado esas funciones— mas no por las Cancillerías, que suelen tener la visión política más desarrollada, además de la infraestructura y capacidad operativa que pueda permitir, en mejor grado, cumplir con esos propósitos.

Durante el vigésimo aniversario del Acuerdo de Cartagena (1989), en el Manifiesto que lleva el nombre de esa ciudad, se propusieron algunas iniciativas de clara orientación política. Dentro de ellas, destacó la elaboración de un estudio sobre la posibilidad de establecer un pacto subregional para la solución pacífica de controversias y el fomento de la confianza, elemento que volverá a aparecer posteriormente, con mayor minuciosidad y desarrollo, en la Declaración de Galápagos (18 de diciembre de 1989). Es sin duda el interés de Ecuador de buscar marcos jurídicos alternativos al Protocolo de Río de Janeiro de 1942,<sup>14</sup> a la vez que el recuerdo en los demás países andinos de las consecuencias regionales del conflicto peruano-ecuatoriano de 1981, lo que estimula esos pronunciamientos, aunados a la constatación de que cada choque armado entre ambos países adquiriría una dimensión mayor que la anterior.

Pero a principios de los años noventa, el proceso de integración adquiere renovado vigor. En el Acta de Barahona se formalizan compromisos importantes que dan lugar a un crecimiento exponencial en el comercio intracomunitario; a pesar de ello, el Perú asume una actitud dubitativa respecto a la integración, comportamiento que condujo, en 1997, a su retiro temporal de la misma. Paralelamente, se da inicio a un proceso que alimenta la dimensión política de la integración, que se ve súbitamente interrumpido por la ruptura de relaciones entre

---

<sup>14</sup> Protocolo Peruano Ecuatoriano de Paz, Amistad y Límites, suscrito en Río de Janeiro el 29 de enero de 1942, con la garantía de su ejecución por los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile y los Estados Unidos.

Perú y Venezuela como consecuencia de la decisión del Gobierno peruano de cerrar el Congreso y apartarse del cauce constitucional.

Es recién en el año 1995, con la suscripción del Acta de Quito por los cinco Presidentes andinos, que aparecen, con absoluta nitidez, directrices de un nuevo diseño estratégico para vigorizar el proceso de integración, que se asienta en tres líneas centrales de acción: la profundización del proceso, la proyección externa del mismo y su agenda social. Para ello, se anticipa la creación de la Comunidad Andina y se esboza la nueva estructura institucional que quedaría finalmente plasmada en el Protocolo de Trujillo (1996).

En Trujillo, entre otros órganos de la integración, se institucionalizó el Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que adquiere así no solamente una vida renovada sino, también, responsabilidades muy específicas que conciernen al proceso de integración. Este último, junto con la Comisión del Acuerdo de Cartagena, son los dos órganos con capacidad de adoptar decisiones con capacidad vinculante para los cinco Países Miembros.<sup>15</sup> Trujillo significó, en buena cuenta, la afirmación del hecho político que constituye la integración y, como tal, del papel que están llamados a cumplir los Ministros de Relaciones Exteriores en el avance y consolidación de este proceso, por encima de la función intermediaria en las instancias políticas que suelen cumplir los Ministerios de Comercio Exterior respecto a los intereses de los sectores productivos.<sup>16</sup>

De esta manera, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores quedó encargado por el propio Acuerdo de Cartagena, entre otras funciones, de «[f]ormular la política exterior de los países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración». Al mismo tiempo, quedó facultado para «[s]uscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación, coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia y representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de in-

---

<sup>15</sup> Debe señalarse, sin embargo que el Secretario General también tiene facultad de adoptar normas para determinados asuntos con carácter vinculante, aunque no decisiones.

<sup>16</sup> Resulta a este respecto de la mayor importancia tener presente que los sectores productivos muchas veces no representan sino intereses de grupo y no necesariamente las mejores posibilidades de expansión de la base productiva de un país determinado. La reestructuración casi generalizada de los aparatos productivos con fines de eficiencia y competitividad ha sido una característica fundamental del proceso europeo, norteamericano y japonés. Donde ello no ocurría, se debió confrontar o bien la desaparición del sector o bien enormes cargas fiscales como subsidios u otras medidas de protección, como lo evidencia la agricultura europea, el sector financiero japonés o la industria del acero norteamericana, entre muchos otros ejemplos.



terés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo». En otras palabras, el Consejo es facultado con atribuciones de formulación, representación y coordinación en materia de política externa.

El Protocolo de Sucre (1997), al plantearse la necesidad de una «estrategia comunitaria de relacionamiento con otros esquemas de integración regionales y extra-regionales» y la definición de una «Política Exterior Común», precisa con mucho mayor minuciosidad los alcances que hasta ese momento se había dado a la llamada proyección externa andina.

La reseña efectuada permite apreciar cómo elementos propios de la cooperación política, como son la proyección externa de la Comunidad y la cooperación para el desarrollo de una agenda social, se han ido incorporando progresivamente al esquema original de la integración para darle sustancia y vigor y, también con ello, la capacidad de responder a los intereses esenciales de los países andinos en materia de generación de empleo y mayor competitividad internacional, así como a los nuevos desafíos que se desprenden de un entorno internacional esencialmente dinámico y en permanente evolución. Este hecho, a su vez, determina que las formas de organización de la integración y sus mecanismos operativos se sitúen bajo un proceso de permanente cambio y sujetos a los requerimientos que puedan desprenderse de la mejor manera de adecuarse a nuevos escenarios y demandas internas de la población andina.

#### **4. EL MARCO NORMATIVO DE LA POLÍTICA EXTERIOR COMÚN ANDINA Y EL DISEÑO DE SU FUNCIONAMIENTO**

A partir de las estructuras institucionales construidas en Trujillo y de lo dispuesto en Sucre, queda definido entonces que el gran marco jurídico que sustenta la política exterior común es el Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, se hacía todavía necesario establecer ciertas pautas que precisaran, en todo lo posible, las características de dicha política y sus modalidades operativas y de ejecución, entre otros aspectos.

Es así como el Consejo Andino de Cancilleres adopta una serie de decisiones y normas<sup>17</sup> que van conformando el cuerpo jurídico que la regula y que incluye

---

<sup>17</sup> Decisión 458 del 25 de mayo de 1999 publicada en la Gaceta Oficial 444 del 1 de junio de 1999; Decisión 475 del 3 de febrero del 2000, publicada en Gaceta Oficial 530 del 4 de febrero del 2000; Decisión 476 del 27 de abril del 2000, publicada en Gaceta Oficial del 2 de mayo del 2000; Decisión 499 del 22 de junio del 2001, publicada en Gaceta Oficial 680 del 28 de junio del 2001; y Resolución del Secretario General 528 del 13 de julio del 2001, publicada en Gaceta Oficial 688 del 16 de julio del 2001.

principios, objetivos, criterios, mecanismos o actores, modalidades de acción, áreas de acción, mecanismos de seguimiento y de coordinación, a la vez que criterios generales y mecanismos de información para que las agencias diplomáticas de los países andinos en el mundo puedan desarrollar la política exterior común.

#### 4.1. PRINCIPIOS

La política exterior comunitaria nace de la convicción de que existe una identidad común andina que integra a sus cinco Estados miembros. Más allá de la común voluntad que expresa el Acuerdo de Cartagena por alcanzar «el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros», existe una identidad andina que adquiere vigencia desde una doble vertiente. Por un lado, tenemos los factores históricos, rasgos culturales y condiciones de desarrollo económico y social que caracterizan a los pueblos andinos; y, por el otro, la percepción de terceros que sitúa a estos países como una agrupación con la cual estarían dadas las condiciones para poder establecer vinculaciones más profundas, pero cuyo equilibrio dependerá exclusivamente de que se preserven y consoliden como unidad.

Es cierto que comentarios diversos en los cinco países, no con poco apasionamiento, pretenderían cuestionar la existencia de tal identidad.<sup>18</sup> Nadie puede negar, después de todo, que el proceso de emancipación de las repúblicas americanas durante el siglo XIX se caracterizó por la tendencia a la fragmentación y no a la unión. Tampoco se puede desconocer que la integración trae consigo, en el corto plazo, costos relativos, pero también es cierto que ofrece, en una perspectiva más prolongada, beneficios bastante mayores. Esos costos, reales o imaginarios, tocan siempre, de alguna manera, un interés particular. No siempre se trata de empresarios o sectores productivos amenazados. Muchas veces, puede tratarse de aquellos que perciben que, de profundizarse ese modelo, sus posibilidades de seguir ejerciendo o de recuperar determinada capacidad para la toma de decisiones requerirán ser consensuadas con terceros, no dependiendo exclusivamente de aquellas facultades casi autocráticas que nuestros sistemas políticos han alimentado históricamente. Estos son solamente algunos de los factores que no dejan de estar presentes en ese tipo de debates.

Por ello, cuando concebimos la integración andina como un esquema de regionalismo abierto, no cabe esa supuesta dicotomía que la sitúa como alternativa excluyente a la eventual participación en otros procesos de cooperación, integración o, simplemente, de liberalización del comercio.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Lo hemos vivido intensamente en el Perú en las últimas semanas a partir de la adopción de la Decisión 535 del 14 de octubre del 2002. Esta establece un *arancel externo común* para los cinco países a partir de enero del 2004.

<sup>19</sup> Sobre el particular bastaría con mencionar dos ejemplos que son la participación del Perú en el Foro de Cooperación Asia Pacífico, APEC, y la participación colombo-venezolana en el Grupo de

Pero además, en el plano internacional, la Comunidad Andina ha ido adquiriendo progresivamente un perfil propio que hace que muchos de sus Estados miembros sean hoy vistos solamente como parte de un conjunto y que la negociación de acuerdos de liberalización comercial no pueda situarse sobre bases de uno a uno sino, cuando menos, de cinco a uno. En otras palabras, los cinco países andinos con Canadá, o los cinco países andinos con la Unión Europea o con cualquier otra potencia.<sup>20</sup> En consecuencia, el reconocimiento internacional también contribuye a configurar una identidad andina que se suma o refuerza aquella que confluye de los valores intrínsecos de las naciones andinas.

A partir de ello, la política exterior común se sustenta en los principios de bienestar y desarrollo que alientan el proceso de integración, y en aquellos del derecho internacional consagrados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, respectivamente. En otras palabras, los países andinos reconocen que el desarrollo de su acción conjunta frente a terceros o, eventualmente en el futuro, la que pueda desarrollarse bajo modalidades comunitarias deberá enmarcarse en aquellos propósitos de la integración, así como en aquellas normas internacionales que les son comunes, por lo que se sustenta también en los propósitos de paz y seguridad, y en la solución pacífica de controversias.

Un aspecto indispensable para la consolidación y profundización reside en aquellos valores compartidos que promueven la vigencia de un orden democrático fundado en la participación ciudadana, en la justicia social y en la defensa y promoción de los derechos humanos. En consecuencia, esos valores son también parte de los principios que sostienen la política externa común andina,<sup>21</sup> y esta, por lo tanto, debe buscar el respaldo internacional necesario para promover su plena vigencia y consolidación en el espacio andino, a la vez que servir de referente en la conducta comunitaria respecto a terceros.

#### 4.2. OBJETIVOS

La política exterior común es, ante todo, una forma de respuesta a algunos de los desafíos que confrontan los países andinos en un mundo caracterizado por el

---

los Tres, con México. Existen, además, multiplicidad de *acuerdos de complementación económica* con terceros suscritos por cada uno de los países andinos. Todo ello, sin embargo, estaría llamado a entrar dentro de pautas mucho más precisas con una Unión Aduanera.

<sup>20</sup> Mucho se ha especulado recientemente, en particular en el Perú y Colombia, acerca de la posibilidad de alcanzar acuerdos bilaterales de libre comercio con los Estados Unidos dentro de plazos más o menos breves. Vale la pena recordar que el presidente Bush, en la Cumbre de las Naciones Unidas, celebrada en Monterrey, sobre financiamiento del desarrollo adelantó que su Gobierno tenía como metas concluir este año acuerdos de libre comercio con Chile y Singapur, este último concluido en noviembre de este año y que sus «puntos focales» o prioridades iniciales habrían de ser Centroamérica, el sur del África, Marruecos y Australia.

<sup>21</sup> Enunciados en el artículo 1° de la Decisión 458.

fenómeno de la globalización. De allí se deriva que su primer objetivo sea la mejora persistente en los niveles de vida de los pueblos andinos, aunado a la defensa y promoción de la identidad, de los valores y de los derechos e intereses comunes que incorporan dicho objetivo, así como la afirmación de los países andinos en sus rasgos en intereses esenciales frente a un fenómeno mundial que amenaza subyugar sociedades para sumirlas en modelos estandarizados.

De este objetivo tan importante, se desprenden otros, como pueden ser la consolidación y profundización del proceso de integración; el desarrollo y consolidación de la democracia y el *estado de derecho*; la promoción del respeto a los derechos humanos; y, principalmente, el incremento en la capacidad de negociación internacional de los países andinos, que tiene varias expresiones.

Tomemos como ejemplo el de la negociación comercial internacional. En ella, países como los andinos continúan buscando esencialmente mejores condiciones de acceso para sus exportaciones de bienes —como si la globalización no hubiese internacionalizado los sistemas de producción y comercialización de los mismos—, mientras que los países industrializados buscan garantías relacionadas con servicios, propiedad intelectual y preservación de mecanismos que permitan el subsidio de sectores estratégicos, entre otros. Observando esta situación, podremos percatarnos de que la negociación comercial propiamente dicha se ha ido haciendo cada vez más compleja y especializada. En ese sentido, es evidente que la negociación conjunta nos permite compartir el grado de especialización que podamos haber alcanzado cada uno de los países en áreas específicas e, indudablemente, mejorar nuestra capacidad de negociación en forma significativa.

Sin embargo, más allá de este factor, resulta incuestionable que el poder de cinco negociadores, que representan cada uno un mercado de diez, veinte o treinta millones de habitantes, no es equivalente en una negociación comercial al del negociador que representa un mercado de más de ciento diez millones de habitantes. La potencialidad que ello ofrece resulta significativa si es aprovechada adecuadamente y, ciertamente, si es que el sentimiento de unidad consigue prevalecer sobre aquellos intereses específicos que, desde dentro de cada uno de los cinco Países Miembros, actúan en direcciones centrífugas en la promoción de intereses individuales y de muy corto plazo.

La integración, por otra parte y como se ha reseñado en la parte inicial, es también una manera de fortalecer la capacidad de los Estados para prevenir conflictos o atender aquellas circunstancias que puedan llegar a producirlos. Ello, al amparo de la adhesión a los principios de paz y seguridad que abrazan los países andinos, vincula inexorablemente a la política exterior andina con la promoción de la paz y seguridad internacional, y eso, a su vez, la compromete con la erradicación de todos aquellos aspectos que actúan, directa o indirectamente, en la generación de conflictos o amenazas, estén estos vinculados a la pobreza y la exclusión, al problema mundial de las drogas, o a la corrupción y el terrorismo, entre otros.

Finalmente, la integración debe velar también por que el modelo de desarrollo que oriente a las sociedades andinas adquiera progresivamente la sostenibilidad necesaria que contribuya a prevenir el continuo deterioro del capital natural de los países andinos y a revertir el que ya se ha producido, así como promover la equidad y el conocimiento necesarios para que la satisfacción de sus necesidades materiales no comprometa las posibilidades en el futuro. Ello, a su vez, compromete a la política exterior andina con la promoción de la cooperación política para el desarrollo de políticas ambientales y productivas afines a estos propósitos y que permitan una activa participación en los procesos de negociación de regímenes internacionales en aspectos tan diversos como pueden ser los referidos a la diversidad biológica; a los lineamientos ambientales para prevenir y contrarrestar la contaminación; al acceso y protección de recursos genéticos; y a la protección del conocimiento tradicional, entre otros.

#### 4.3. CRITERIOS Y ÁMBITOS DE ACCIÓN

La política exterior común de los países andinos debe, ante todo, responder a intereses comunes. Ello supone que la misma debe atender procesos o circunstancias en las cuales los cinco países hayan identificado un interés común a ser promovido o defendido. Pero, por otra parte, su ámbito de desarrollo está orientado a abarcar la totalidad de los ámbitos en los que se desenvuelve la política exterior de un Estado, esto es, asuntos políticos, económicos, comerciales y socioculturales, y eso supone, a su vez, un enorme esfuerzo por el establecimiento de prioridades para un eficaz ordenamiento de recursos.

En segundo lugar, la política exterior común requiere ser consistente con la política exterior que desarrolla nacionalmente cada uno de los Estados. Ello no podría ser de otra manera, toda vez que la política exterior común andina es ejecutada por los órganos competentes de cada uno de los países andinos.

A partir de lo anterior, en 1999, en la ciudad de Cartagena, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores estableció tres criterios fundamentales para aplicación y desarrollo de la política exterior común: la gradualidad, la integralidad y la flexibilidad.

El criterio de gradualidad implica que la política exterior común deberá incorporar progresivamente a su acervo temas de la cada vez más nutrida agenda internacional. Es evidente que conciliar entre cinco países la casi infinidad de asuntos —la mayor parte de ellos altamente especializados— que puedan suscitar interés en cada uno sería virtualmente imposible. Con este fin, el establecimiento de prioridades, producto de la conciliación de intereses, ha venido siendo determinante en la configuración de una agenda inicial.

Por su parte, el criterio de integralidad no está referido a una vocación universal respecto a los temas internacionales, como podría llegar a suponerse. Está más bien referido al análisis de aquellos temas que son incorporados a la política

exterior común desde una perspectiva «que atienda el carácter multidisciplinario de la agenda política y económica internacional y la creciente interrelación de los asuntos internos y externos derivada de la globalización». Este criterio busca precisamente compensar aquel déficit político que desde el Protocolo de Quito (1987) se había venido acumulando en la negociación con terceros.

Lo anterior resulta de la mayor importancia para permitir alcanzar los mejores términos de inserción posibles en la economía internacional, así como para poder llegar a desarrollar todo el potencial de negociación en ese y otros campos de las relaciones internacionales que pueda ofrecer la negociación conjunta. La negociación confiada únicamente al enfoque de los *ministerios de comercio exterior* responderá casi sin excepción a una visión que tienda a privilegiar intereses de corto plazo y no al desarrollo de asociaciones estratégicas que pudieran resultar indispensables para asegurar la viabilidad de nuestras economías en las condiciones internacionales prevalecientes.

Finalmente, el criterio de flexibilidad proporciona a la política exterior común la posibilidad de adaptación en sus modalidades de ejecución u otros aspectos a efectos de preservar la coherencia de sus objetivos y de las acciones que desarrolle.

#### 4.4. MECANISMOS Y MODALIDADES DE EJECUCIÓN

La política exterior andina es, ante todo, un programa de política exterior común. Ello significa que su formulación es decidida en instancias intergubernamentales, mientras que su ejecución, aunque podría estar a cargo de esas mismas instancias, descansa primordialmente en modalidades que dependen directamente de los organismos nacionales de ejecución de cada uno de los cinco países, sea a través de la adopción de posiciones comunes, de acciones conjuntas o de vocerías únicas, incluyendo la coordinación de misiones diplomáticas en terceros países y delegaciones en organismos internacionales.

En ese sentido, la formulación de la política exterior común andina es responsabilidad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores,<sup>22</sup> instancia que a su vez está facultada para su ejecución,<sup>23</sup> que puede eventualmente delegar en el Presidente del Consejo, según lo dispone el Reglamento del propio Consejo, y por delegación expresa en el Secretario General o en los Viceministros de Relaciones Exteriores. La Comisión del Acuerdo de Cartagena, el órgano primigenio del Acuerdo que reúne a los Ministros de Comercio Exterior, tiene a su vez funciones en la ejecución y coordina con el Consejo los asuntos relacionados con comercio e inversión.

<sup>22</sup> Inciso a) del artículo 16° del Acuerdo de Cartagena y Decisión 407, Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

<sup>23</sup> Decisión 407 del 25 de junio de 1997, publicada en Gaceta Oficial 273 del 4 de julio de 1997.

En la formulación de la política exterior común, el Consejo deberá tener en cuenta las directivas emanadas del Consejo Presidencial Andino, órgano máximo del Sistema Andino de Integración y encargado de definir la política de integración para la subregión andina y de evaluar el desarrollo y los resultados del proceso de la integración, así como de examinar todos los asuntos relacionados con la proyección externa de la Comunidad Andina.

El Consejo está asistido por la Reunión de Viceministros de Relaciones Exteriores o de Funcionarios de Alto Nivel, instancia constituida por la Decisión 458 y cuya responsabilidad ha sido, hasta la fecha, aliviar la carga de trabajo del Consejo asegurándose que los documentos y propuestas que a él llegan para su evaluación y decisión hayan sido previamente armonizados entre los cinco países.

Además, el Consejo de Ministros, al igual que la Reunión de Viceministros, es asistido por un mecanismo de seguimiento<sup>24</sup> integrado por un coordinador designado por cada una de las Cancillerías. Estos coordinadores se reúnen cada tres meses<sup>25</sup> y su tarea consiste en efectuar el seguimiento y coordinar la ejecución de las acciones y negociaciones de la agenda de la política exterior común en su respectivo país. Su objetivo es asegurar que las misiones diplomáticas y representaciones respectivas puedan recibir oportunamente la información e instrucciones necesarias que les permitan desarrollar las acciones contempladas en la agenda de la política exterior y, trimestralmente, actualizar su contenido para la consideración por el Consejo Andino de Cancilleres.

La Secretaría General de la Comunidad Andina, por su parte, tiene como responsabilidad prestar el apoyo técnico requerido por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, en coordinación con la Secretaría Pro-Témpore,<sup>26</sup> y eso le confiere la responsabilidad de asegurar la elaboración de los documentos de base, estudios o propuestas a ser sometidos a consideración de las autoridades nacionales de los cinco países.

Existe también una dimensión propia de formulación y ejecución de proyección externa por parte de la Secretaría General, aún sumamente restringida pero

---

<sup>24</sup> Decisión 476 de abril del 2000 (Ver Nota N° 17).

<sup>25</sup> En la práctica, por problemas operativos, estas reuniones no han tenido la periodicidad prevista. En el último año, por ejemplo, solamente se ha realizado una reunión de coordinadores en la ciudad de Bogotá.

<sup>26</sup> La Secretaría Pro-Témpore fue establecida como Secretaría del Consejo Presidencial Andino y confiada al Presidente del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en la Decisión 407, que, además, le otorga el impreciso mandato de coordinar con la Secretaría General las labores técnicas del Consejo que corresponden desempeñar a esta última. Ello no deja de someter las labores de la Secretaría a los estilos y prioridades para el desarrollo de las labores técnicas que puedan llegar a caracterizar a ministros o funcionarios que rotan en sus funciones anualmente y que, solo excepcionalmente, han tenido hasta ahora como tarea exclusiva en sus Cancillerías la coordinación de la Secretaría Pro-Témpore.

sin duda con proyecciones a desarrollarse, en especial en la medida que la cooperación política entre los países andinos se vaya intensificando y que los programas en esos ámbitos se continúen desarrollando. Este ámbito de acción, correspondiente a una proyección comunitaria hacia terceros, está por ahora limitada a los escasos proyectos y programas de cooperación que la Secretaría General ha negociado, pero ese también es un ámbito en el cual otros actores internacionales empiezan a percibir el atractivo que representa poder desarrollar, a través de un solo interlocutor, programas que puedan llegar a tener aplicación en los cinco países.

## **5. PRINCIPALES DESARROLLOS Y POSIBILIDADES DE LA POLÍTICA EXTERIOR COMÚN ANDINA**

La proyección externa de los países andinos fue desde sus inicios considerada como una extensión natural del proceso de integración y, al ser este un proceso que buscaba la integración de mercados, la proyección externa se limitaba a la negociación comercial con terceros. Este es, sin duda, un componente muy significativo dentro de la política externa común, pero, como se señalará al abordar los ámbitos de acción, esta comprende los ámbitos político, económico y socio-cultural.

Sin embargo, este significativo desarrollo del proceso de integración no es únicamente consecuencia del propio proceso evolutivo de la integración. Las diferencias y rivalidades desarrolladas a lo largo de la historia republicana entre algunos de sus miembros constituían un verdadero impedimento para lograr avances significativos. En octubre de 1998, se suscribieron los Acuerdos de Paz entre Perú y Ecuador, y se cerró, con ello, más de ciento cincuenta años de conflicto entre ambos países, a la vez que se abrieron inmensas posibilidades para desarrollar las enormes potencialidades de una relación constructiva entre ambos pueblos y, con ello, facilitar y promover la cooperación política en todo el ámbito regional.

La Comunidad Andina no podía sustraerse a los beneficios que aportaba esta nueva situación. La ausencia del conflicto más caracterizado y recurrente entre dos de sus países miembros abría las puertas a una nueva era de cooperación política que el propio proceso de integración venía exigiendo como requisito para poder consolidar lo logrado y profundizarse en todas las dimensiones que el nuevo entorno internacional de la post Guerra Fría demandaba. Es cierto que el proceso andino de integración, como ha quedado registrado en el acápite referido a antecedentes, venía tratando de compensar desde hacía tiempo esa suerte de deficiencia estructural por falta de criterios políticos en la conducción del propio proceso. No sería por tanto justificable atribuir únicamente a la solución del problema peruano-ecuatoriano la dinámica que se adquiere en este campo, pero



sí es evidente que, si ese aspecto no hubiese encontrado solución, no se habrían alcanzado los niveles de cooperación política actualmente logrados.

Previsiblemente, los gobiernos de Ecuador y Perú fueron los que, en esa nueva circunstancia, promovieron con mayor entusiasmo las iniciativas para la cooperación política que visionariamente venía impulsando el entonces Secretario General de la Comunidad Andina, embajador Sebastián Alegrett, y el equipo profesional que lo acompañaba en la Secretaría General. Con ello, se abre campo para una serie de desarrollos que inicialmente se sitúan todos bajo el ámbito de la política externa común, pero que resumían, en buena cuenta, todos los temas de la cooperación política inherentes a la agenda del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. De esta manera, asuntos como la Agenda Social Andina y otros son originalmente desarrollados dentro del ámbito originalmente diseñado para la proyección hacia terceros.

En parte, ello obedecía también a la necesidad de poder atender técnicamente las nuevas demandas que presentaba la integración desde una Secretaría General que, al haber heredado los recursos de la anterior Junta del Acuerdo de Cartagena, con un alto grado de especialización en asuntos técnicos del comercio, no disponía del recurso humano suficiente como para desarrollar toda una nueva agenda de manera tan perentoria.

Pero más allá de esa circunstancia, la concepción de la política externa común supone en sí el desarrollo de mayores grados de cooperación política. En primer lugar, porque debe constituir parte de la respuesta de los países andinos a los retos de la globalización, pero además, porque el ejercicio de establecimiento de prioridades que supone ponerla en marcha, exige también que los propios países afinen sus perspectivas nacionales e identifiquen las líneas de acción por las que quieren emprender su proceso. Es así como, dentro de las realizaciones de la política exterior andina, debe considerarse la cooperación política al igual que la proyección hacia terceros, incluyendo las negociaciones en distintos foros.

## 5.1. COOPERACIÓN POLÍTICA

### 5.1.1. Democracia, derechos humanos, seguridad y fomento de la confianza

Un campo en el que se ha registrado un alto grado de convergencia política es el referido a la vigencia de la democracia. La suscripción por cuatro de los países del «Compromiso Andino por la Democracia» de finales de 1998 y suscrito por el Perú en junio del 2000 marcó un hito subregional y regional pues, junto con el Protocolo de Ushuaia, también suscrito en 1998 por los Países Miembros del MERCOSUR, permitieron que los presidentes sudamericanos, reunidos en Brasilia en agosto del 2000, dejaran registrado en el párrafo 23 de su declaración que «[e]l mantenimiento del estado de derecho y el pleno respeto al régimen democrático en cada uno de los doce países de la región, constituyen un objetivo y un

compromiso compartidos, tornándose desde hoy, condición para la participación en futuros encuentros sudamericanos».

Con ello, quedó consolidada la naturaleza esencial de la democracia para la integración y la consiguiente exclusión de los más importantes procesos subregionales y regionales, en caso que ésta se viera afectada en algún país en particular.

Ahora bien, es evidente que la cláusula democrática andina, a pesar del valor intrínseco que tiene, no representa ni puede representar todo el aporte de la integración para el fortalecimiento de la democracia. Por las razones enunciadas en las secciones precedentes, así como a consecuencia de la debilidad institucional forjada a lo largo de la historia de las repúblicas andinas, resulta indispensable llevar adelante otras tareas que, en un marco cooperativo, permitan poder fortalecer y vigorizar la democracia en cada uno de los países.

Resulta así esencial el desarrollo de un programa de promoción de la democracia que complemente esa realización, mediante acciones concretas para contrarrestar la exclusión y las graves deficiencias distributivas que presentan los países andinos, a la vez que estimule la participación efectiva de los ciudadanos, de sus organizaciones. Asimismo, dicho programa debe contribuir a modernizar y fortalecer partidos políticos, que involucre a los mismos en el desarrollo de la visión de la integración, así como garantizar el acceso de todos ciudadano a la justicia y procesos electorales libres, justos y pluralistas, desarrollados mediante instituciones solidamente consolidadas y con el empleo de aquellos beneficios de la tecnología que contribuyan a su transparencia, confianza y seguridad.

Ello debiera suponer acciones encaminadas a la promoción y defensa del estado de derecho; al fortalecimiento de los partidos políticos propiciando espacios para su interacción con los agentes de la sociedad civil; al fomento de la transparencia en las instituciones públicas, en los procesos de definición de políticas públicas y en el combate a la corrupción; la modernización de los sistemas judiciales haciéndolos eficientes y confiables; y el desarrollo institucional de la administración pública, entre otros. Pero, principalmente, a la obtención de mayores niveles de equidad en las sociedades andinas, expresada en mejores patrones de distribución y de consumo, pues este constituye un primer interés comunitario esencial para la gobernabilidad democrática.

No obstante los niveles de crecimiento económico logrados en los años noventa, la mitad de los habitantes de la subregión andina, en términos generales, vive hoy en condiciones de pobreza y, de ellos, algo menos de la mitad, en condiciones de pobreza extrema. Se revela así que el crecimiento económico, por sí solo, no garantiza que sus beneficios alcancen a todos los sectores de la población, pudiendo eventualmente contribuir a ampliar las brechas sociales, las desigualdades y la exclusión, todo lo cual erosiona y debilita la indispensable confianza en la democracia. La eficacia de los programas de lucha contra la pobreza, por consiguiente,

no podrá ser sostenible si las políticas de desarrollo no incorporan medidas destinadas a mejorar los indicadores de distribución dentro de cada uno de los países andinos y, con ello, una profunda reflexión acerca de los modelos de desarrollo y de acumulación que estas sociedades han venido aplicando.

Ello debiera ocurrir sin producir distorsiones en el funcionamiento de la integración, sin que se alteren los mecanismos de mercado y la transparencia en los mismos. Pero ello no ocurrirá si no hay un claro compromiso político para avanzar en esa dirección, un programa que desarrolle el sentimiento de solidaridad social y evidencie, en la población andina, los inmensos beneficios que aportaría una sociedad más estable y articulada. Los valores democráticos, prescindentes de la solidaridad como valor social compartido, no resultarán realizables.

La atención de la demanda social andina debiera significar importantes cambios en la asignación de recursos, pero también un alto grado de eficacia en los programas y de eficiencia en el gasto. Todo ello llama a desarrollar programas que contribuyan a mejorar la eficiencia en la gestión pública, que aproveche los beneficios de la escala que proporciona la integración y, principalmente, el mayor aprovechamiento de recursos que ella permite.

Paralelamente, los países andinos adoptaron en Guayaquil, en julio de este año, la Carta Andina de Derechos Humanos, primer instrumento subregional en la materia que debiera también dar lugar a un ambicioso programa de cooperación política en los cinco países destinados a promover una cultura de paz y tolerancia. La creación proyectada de un mercado laboral integrado en el 2005 no puede prescindir de prácticas homologadas de aquellos valores que son comunes a los países andinos, como son la democracia y los derechos humanos.

En ese sentido, se requiere desarrollar un Programa Andino de Cooperación en materia de derechos humanos, que debería, entre otros aspectos, promover acciones que contribuyan al fortalecimiento del estado de derecho; que introduzcan mejoras en la administración de justicia; que consagren los derechos de los pueblos indígenas y otros grupos sociales vulnerables, incluyendo a la mujer y los niños y niñas; que fomente la cooperación entre las respectivas Defensorías del Pueblo; y, de manera muy especial, promueva en los países andinos una cultura de paz, basada en la tolerancia y el diálogo como instrumentos para la búsqueda de entendimientos y consensos sociales.

Un programa de esa naturaleza también podría nutrir a las autoridades que conforman el Parlamento Andino con las necesidades legislativas, en cada caso, para asegurar la vigencia y mejorar la calidad en el ejercicio de tales derechos.

Todo lo anterior debiera vincularse con el desarrollo de un ambicioso diseño en materia de seguridad y fomento de la confianza. En esta materia, los países andinos han desarrollado significativos avances hasta la fecha; sin embargo, tienden a situarse en el marco exclusivo de las amenazas tradicionales a la seguridad

militar y no registran la necesidad de hacer frente a aquellas amenazas que ponen en riesgo la seguridad ciudadana y, al ser factores de inestabilidad, la seguridad democrática. En ese sentido, los trabajos que se emprendan en esta materia en el futuro debieran orientarse al desarrollo de una caracterización de la Zona de Paz Andina, esencialmente definida como un espacio provisto de una política de seguridad común, que comprende el hacer frente a todos aquellos factores susceptibles de amenazar a los ciudadanos andinos, a sus derechos soberanos, así como a aquellos valores democráticos que forman parte de su acervo.

Hasta la fecha en materia de seguridad, los países andinos han producido, de una parte, la Declaración de Galápagos (1989) que marcó un importante desarrollo en estos temas pero que, hasta hace muy poco tiempo, no pudo ser abordado en gran medida por las suspicacias que prevalecían en torno de la situación peruano - ecuatoriana. Por otra parte, la Carta Andina para la Paz y la Seguridad, Limitación y Control de los Gastos Destinados a la Defensa Externa<sup>27</sup>, aprobada el 17 de junio del 2002, que debiera ser el inicio de un ambicioso esfuerzo en la dirección señalada, toda vez que, a pesar de estar circunscrita en su desarrollo a la temática tradicional de la defensa, contempla el desarrollo de una política comunitaria de seguridad que se sustente en la preservación de la democracia, la protección de los derechos humanos y la solución pacífica de controversias, entre otros importantes aspectos.

#### 5.1.2. Cooperación para la lucha contra las drogas ilícitas y delitos conexos

Aunque debiera ser materia de un tratamiento separado, especialmente por la amplia agenda que podría llegar a desarrollar, el tema de la lucha mundial contra el problema de las drogas ilícitas y los delitos conexos, es también un asunto que no puede ni debe estar ausente en cualquier programa de seguridad. Esta es, después de todo, junto con la pobreza y la exclusión uno de los factores que más presiona sobre la seguridad andina. En ese sentido, el Plan Andino de Cooperación para la Lucha contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos<sup>28</sup> aborda el tema desde una perspectiva integral que comprende el fortalecimiento de las estrategias nacionales, binacionales y una estrategia comunitaria, tanto en los ámbitos del control de la producción y el contrabando y desvío de precursores químicos; de la erradicación técnica de cultivos para fines ilícitos; del desarrollo alternativo; del desmantelamiento de la infraestructura y organizaciones de producción y transporte; del lavado de activos y de la reducción de la demanda, a la vez que promueve el intercambio de información y experiencias, la cooperación entre los servicios de inteligencia y la cooperación entre autoridades nacionales, entre muchos otros aspectos.

<sup>27</sup> El texto se encuentra en <[http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/compromiso\\_lima.htm](http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/compromiso_lima.htm)>

<sup>28</sup> Decisión 505 del 22 de junio del 2001, publicada en Gaceta Oficial 680 del 28 de junio del 2001.

Todo ello de por sí permite anticipar un provechoso campo de cooperación, pero, para aprovechar todo su potencial, habrá que adoptar niveles precisos de entendimiento en materia de seguridad que permitan homologar o al menos contribuir a mejorar el entendimiento recíproco de una serie de aspectos concomitantes en este complejo asunto.

### 5.1.3. Desarrollo sostenible y gestión ambiental

En cierta forma, vinculado a lo anterior, la política de seguridad deberá también establecer cuales habrán de ser las modalidades de la cooperación en materia de terrorismo, no solamente por el natural interés que demuestra Estados Unidos a partir del 11 de setiembre del 2001 en este asunto, sino porque el fenómeno, con sus propias características y manifestaciones, está presente en la Comunidad Andina y requiere del esfuerzo cooperativo de todos sus miembros para poder erradicarlo.

Otro aspecto en el que la cooperación política ha permitido alcanzar importantes desarrollos es el relacionado con la gestión ambiental y el desarrollo sostenible. En el XI Consejo Presidencial Andino, celebrado en Cartagena en 1999, los Ministros de Relaciones Exteriores recibieron el encargo de la elaboración y presentación de una estrategia comunitaria para el desarrollo sostenible. Evidentemente, tan ambicioso encargo solo podrá ser consecuencia de un proceso evolutivo que comprenda todos los aspectos inherentes al desarrollo sostenible, conforme fuesen definidos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992.

Las autoridades ambientales de los países andinos recibieron también el encargo de concertar políticas comunitarias para la gestión ambiental y el desarrollo sostenible, las que, a su vez, debían reforzar la capacidad de negociación andina en foros internacionales sobre la materia.

El Comité Andino de Autoridades Ambientales, en respuesta a esos mandatos, inició el análisis de los temas ambientales prioritarios en la subregión y de los compromisos asumidos por los Países Miembros en foros internacionales, lo que permitió, en julio de 2001, la elaboración de un documento de aportes de los países andinos para la Consulta Regional Latinoamericana que se llevó a cabo para determinar la posición que habría de llevar América Latina y el Caribe a la Cumbre de la Tierra, celebrada en Johannesburgo en setiembre del 2002.

En la misma oportunidad en que se elaboraron los aportes andinos, las autoridades ambientales procedieron a la elaboración de los «Lineamientos para la gestión ambiental y el desarrollo sostenible en la Comunidad Andina», adoptados en julio del 2001, que constituyen un primer paso hacia la estrategia de desarrollo sostenible mediante cuatro temas prioritarios: conservación y uso sostenible de la biodiversidad; calidad ambiental; comercio y medio ambiente; y foros

ambientales internacionales. En cada uno de estos temas se contempla el desarrollo de una serie de acciones.

La primera de ellas ha sido la adopción de la Estrategia Regional para la Biodiversidad del Trópico Andino<sup>29</sup>, importante documento elaborado a través de un proceso ampliamente participativo, que ha permitido disponer de un planteamiento que permita a los países andinos poder aprovechar el singular patrimonio natural que representa ser el origen del 25% de la biodiversidad del planeta. Los cinco países andinos pertenecen al grupo de los países «megadiversos», esto es, se caracterizan por poseer un patrimonio natural significativo, y dentro del cual un grupo de ellos, conformado por 15 naciones que incluyen a los cinco países andinos, se organizan como una fuerza negociadora de insospechadas potencialidades. Basta señalar que el mercado mundial de bienes y servicios derivados de la biodiversidad está estimado en poco más de US\$ 925 mil millones para percibir el inmenso patrimonio que estos países están dejando de realizar.

#### 5.1.4. Otros campos incipientes de cooperación

En Cartagena, en 1999, los países andinos acordaron explorar la posibilidad de establecer un programa de cooperación consular que les permitiera mejorar la calidad y la amplitud de servicios a los nacionales de los países andinos en terceros países. Como consecuencia de la década de crisis que significaron los años ochenta en América Latina, la violencia y la inequidad del modelo de desarrollo impulsado en la última década, los países andinos, casi sin excepción, han registrado un significativo incremento en el número de ciudadanos de cada uno de ellos que ha buscado hoy residir fuera de la subregión, especialmente en Estados Unidos, países de Europa, Argentina y Chile.

Esta situación plantea a los servicios consulares de estos países un nuevo tipo de exigencias que, en muchos casos, no están en condiciones de poder asumir individualmente. Las nuevas demandas superan largamente la capacidad instalada de sus oficinas consulares y el fortalecimiento de las mismas está más allá de las posibilidades fiscales de cada uno de ellos.

Es desde esa perspectiva que se ha planteado e iniciado los trabajos conducentes a un programa de cooperación en la materia, el mismo que, en un primer momento, se orientará a identificar cómo mejorar la calidad de los servicios a través de compartir en lo posible las capacidades instaladas. Este proceso, sin embargo, deberá abordar más adelante una revisión completa de las prácticas y trámites consulares con miras a su simplificación y, con ello, a la liberación de la capacidad necesaria para las tareas de protección al ciudadano andino en el resto del mundo.

---

<sup>29</sup> Decisión 523 del 7 de julio del 2002, publicada en la Gaceta Oficial 813 del 9 de julio del 2002. <<http://www.comunidadandina.org/desarrollo/estrategia.htm>>

Otro campo de cooperación política aún incipiente, pero de incuestionables y grandes posibilidades por sus efectos potenciales, es el referido a la prevención de desastres. La creación del Comité Andino para Prevención de Desastres, sean éstos naturales u originados por la acción del hombre, abre el espacio para un área de actividad a través de la cual pueden abordarse los más variados asuntos, incluyendo aquellos factores asociados a la prevención de desastres y que se vinculan a la pobreza prevaleciente en los países andinos.

Finalmente, llamará la atención que no se haya hecho referencia en este trabajo a las posibilidades de desarrollar la cooperación política a través de una agenda social común. Este es, en realidad, uno de los campos de trabajo al cual el Consejo Presidencial Andino ha venido otorgando un tratamiento prioritario desde hace varios años. Se trata, sin embargo, de un área que, por su sola envergadura, constituye un muy vasto programa de trabajo del que, con total seguridad, habrán de surgir demandas y requerimientos en materia de proyección hacia terceros, pero que por su complejidad y grado de especialización exigirá toda una formulación específica. En todo caso, los países andinos han venido trabajando, con el apoyo de la Secretaría General en dos direcciones, ambas de la mayor importancia en este terreno: la estructuración de un Programa Integrado de Desarrollo Social, que comprenda a los cinco países; y el desarrollo de mecanismos participativos que incorporen a la marcha del proceso de integración a los más diversos sectores de la sociedad andina. La constitución de la Mesa Indígena, en marzo del 2002, ha sido un paso muy significativo que se suma a otros mecanismos de participación como los Consejos Empresarial y Laboral, y debiera ser el anticipo de lo que pueda llegar a constituir en un futuro el Foro Social.

## 5.2. RELACIONES CON TERCEROS

La mayor dificultad para desarrollar exitosamente la política externa común es la ausencia de una sólida conciencia comunitaria, que hace que hasta el momento los Países Miembros no utilicen todas las oportunidades que ofrecen los instrumentos andinos que ellos mismos han adoptado y que han sido descritos en los acápites precedentes:

Están vigentes varios lineamientos para la política exterior común. Existe también una experiencia aún incipiente en los procesos de negociación en marcha. Es ahora necesario fortalecer y profundizar esta actividad. En ese orden de ideas, la reciente definición de la unión aduanera servirá para establecer una política de comercio exterior comunitaria que permita que la política exterior común vaya progresivamente adquiriendo rasgos comunitarios y, con ello, se consolide y profundice la integración.

También servirá para ese propósito la acción comunitaria dentro de la agenda del Grupo de Río y de otros organismos y foros regionales, en los cuales hasta ahora ha estado ausente. Simultáneamente, será necesario que los países andinos continúen desarrollando estrategias sectoriales comunitarias mediante la co-

operación política y a partir de las cuales se definan las acciones que permitan un mejor manejo de los intereses andinos en la negociación con terceros.

Se perfilará mejor en la escena internacional la presencia andina con la incorporación a la agenda comunitaria de un número creciente de temas, hoy materia de negociación bilateral simultánea. Sin embargo, son variados los ámbitos en los que se han registrado avances y en los que, a pesar de las dificultades, pueden vislumbrarse algunos desarrollos en el futuro cercano.

### 5.2.1. MERCOSUR

La Comunidad Andina ha venido tratando de negociar con el MERCOSUR, desde hace cuando menos seis años, un acuerdo de libre comercio. Desencuentros iniciales, motivados por recelos en cada una de las partes, intereses de corto plazo, visiones que hacían temer la presencia en mercados logrados dentro de cada agrupación, a la vez que estilos de negociación no asociados a la visión del enorme potencial que permitiría una gran zona de libre comercio sudamericana, determinaron que luego de algunos tropiezos iniciales solamente se suscribiesen acuerdos de preferencias arancelarias entre la Comunidad Andina y Argentina y Brasil, respectivamente.

A partir de ese período, el proceso de convergencia entre el MERCOSUR y la Comunidad Andina se sitúa dentro de los desarrollos producidos por la Reunión de Jefes de Estado Sudamericanos, realizada por primera vez en Río de Janeiro, en agosto del 2000; y, en su segunda edición, en julio de 2002, en Guayaquil. La primera delineó la visión de una comunidad sudamericana de naciones sustentada en el fortalecimiento y la vigencia de la democracia; en la seguridad y la lucha contra el problema mundial de las drogas y sus delitos conexos; en el establecimiento de un área de libre comercio; y en la construcción y el desarrollo de la infraestructura que promueva la integración y contribuya a un reordenamiento territorial del espacio sudamericano y un mejor aprovechamiento de su base de recursos naturales, así como el aumento de la competitividad internacional de los países. En el marco de todos estos desarrollos, se pretendía avanzar de manera conjunta a una integración sudamericana con la sociedad de la información.

Esta visión ha sido definitivamente un impulso tanto para el proceso de negociaciones comerciales entre ambas agrupaciones —sensiblemente demorado por la crisis argentina y las dificultades que ello ha determinado para los demás socios del MERCOSUR, así como por la persistencia de algunos de los factores negativos iniciales— como para el establecimiento de un mecanismo de diálogo político Comunidad Andina-MERCOSUR y Chile, cuya primera reunión se llevó a cabo en La Paz, Bolivia, en julio del 2001 y la más reciente en Nueva York, con ocasión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2002.



Ello no solamente ha contribuido a proveer de relativo impulso las negociaciones comerciales, sino que también ha producido avances en otros campos. En cuestiones de fortalecimiento democrático, el Compromiso Andino por la Democracia y la Declaración de Ushuaia definen marcadamente el rumbo de ambas agrupaciones. En materia de seguridad, en La Paz se adoptaron los criterios que debían inspirar el futuro establecimiento de una Zona de Paz Sudamericana, la misma que ha sido posteriormente establecida en julio del 2002. Paralelamente, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo y la Corporación Andina de Fomento, ha quedado establecida la Iniciativa para la Infraestructura Sudamericana, IIRSA, que viene trabajando en el desarrollo de importantes proyectos carreteros y portuarios en todo el subcontinente. Hay, por consiguiente, una extensa dinámica que, más allá de lo comercial, impulsa las relaciones entre ambas agrupaciones.

En cuanto a las negociaciones comerciales Comunidad Andina-MERCOSUR, propiamente, la reunión de Nueva York pretendió darle un impulso estableciendo un plazo para el intercambio de listas en aquellos asuntos en los que anteriormente se había percibido diferencias. Ello ha permitido incrementar las convergencias, aunque continúa existiendo importantes desacuerdos que necesitan ser prontamente superados. Pero dos factores vienen, al menos por el lado andino, perturbando ese proceso. De una parte, los tropiezos para terminar los trabajos conducentes al establecimiento de un arancel externo común, definitivamente el objetivo central del proceso de integración andino en el corto plazo; y, de otra, la presión que ejerce sobre ese objetivo, así como sobre la propia negociación con el MERCOSUR, las negociaciones de ALCA, así como ciertas fuerzas en dirección centrífuga que han comenzado a expresarse dentro de algunos países andinos y que alientan supuestos acuerdos bilaterales de libre comercio con terceros, en especial con Estados Unidos.

#### 5.2.2. Cumbre de las Américas y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)

Respecto a la Cumbre de las Américas, es propósito de la política exterior común andina desarrollar posiciones concertadas y evaluar la marcha del proceso iniciado hace ya casi diez años. El cumplimiento de este plan representa para los países andinos la posibilidad de obtener mayores beneficios y, con excepción de lo concerniente a las negociaciones para la zona de libre comercio de las Américas, ALCA, es poco lo que han avanzado.

Respecto a este último proceso de negociación, es sabido que la Comunidad Andina, a pesar de algunas diferencias entre sus Países Miembros, ha vando coordinando posiciones y actuando a través de vocerías únicas en cada uno de los temas materia de negociación. De este modo, ha buscado, de manera consistente, el establecimiento de condiciones que permitan asegurar una participación equitativa de los países andinos en los beneficios de la liberalización comercial,

especialmente tomando en cuenta las enormes asimetrías existentes en el ámbito hemisférico.

### 5.2.3. Estados Unidos y Canadá

Con el gobierno de Estados Unidos es propósito de la Comunidad Andina llegar a establecer un diálogo político que les permita encarar de manera conjunta aquellos asuntos en los cuales la cooperación entre ambos resulta indispensable. Ello ha confrontado hasta la fecha la tendencia de Estados Unidos a mantener estos asuntos en el ámbito bilateral. La lucha contra las drogas y la aprobación de la denominada Iniciativa Regional Andina debieran, por lo pronto, proporcionar un ámbito para el diálogo y la cooperación. Igualmente podría aludirse a los asuntos concernientes a la lucha contra el terrorismo, en la cual las dos partes están decididamente comprometidas, así como a la necesidad de fortalecer la democracia, desarrollar instituciones y promover la estabilidad en el área andina. Todo ello, sin embargo, forma parte de una agenda a ser desarrollada y que requerirá, por parte de ambos, tratar de comprender cuáles son los elementos esenciales en relación con los intereses de seguridad de la otra parte.

En materia comercial, los países andinos han suscrito, con Estados Unidos, un Tratado de Comercio e Inversión, por el cual está establecido un mecanismo bilateral destinado a promover la facilitación del comercio y la cooperación entre las dos partes. Los esfuerzos andinos, sin embargo, han estado centrados en los últimos años en la llamada ampliación y renovación del ATPA,<sup>30</sup> a pesar de que se trata de un mecanismo temporal de acceso preferencial y de carácter unilateral que los Estados Unidos concede a cuatro de los cinco países andinos en el marco de la cooperación en la lucha contra las drogas.

Con Canadá es propósito de los países andinos establecer un diálogo que les permita abordar aquellos aspectos de la agenda hemisférica en los que pueda fomentarse la cooperación. Particularmente adecuados parecen los asuntos referidos a la lucha contra las drogas ilícitas, la seguridad y el fomento de la confianza y fortalecimiento de la democracia.

En el ámbito comercial, existe un Grupo Consultivo de Comercio e Inversión, que ha sostenido ya una reunión en el 2000. En esta se ha convenido iniciar un diálogo entre las dos partes para explorar la conveniencia de negociar un acuerdo de libre comercio, que podría desarrollarse a partir del 2003.

---

<sup>30</sup> Se trata de las siglas de la *Andean Trade Preference Act* o, en castellano, Ley de Preferencia Comercial Andina. Renovada por cuatro años bajo la denominación de *Andean Trade Preference and Drug Enforcement Act* o, en castellano, Ley de Preferencia Comercial Andina y de Lucha contra las Drogas.

#### 5.2.4. Centroamérica y CARICOM

Es poco lo que se ha podido lograr respecto a los países centroamericanos. De un lado, con Panamá se llegó a establecer una situación particular, orientada a la eventual adhesión del país del istmo a la Comunidad Andina. Sin embargo, condicionantes derivados de las normas y regulaciones panameñas en materia aduanera fueron diluyendo el interés mutuo en ese sentido.

Por otra parte, la Comunidad Andina intentó desarrollar un acuerdo de libre comercio con los países que integran el triángulo norte centroamericano, es decir, Guatemala, Honduras y El Salvador, sin que tal proyecto haya prosperado. La falta de interés obedece, sin duda, a los avances que viene registrando el Sistema Económico Centroamericano, de una parte, y al hecho que Estados Unidos haya alentado y anunciado la próxima negociación de un acuerdo de libre comercio Estados Unidos-Centroamérica.<sup>31</sup> No es difícil comprender que el incentivo que ello supone para las economías centroamericanas determine que esa opción pueda privilegiarse por encima de cualquier otra posibilidad que, proveniente de otra zona del hemisferio, pretenda distraer la capacidad instalada con un proceso de negociación adicional.

Con respecto al CARICOM, agrupación que reúne a esa importante cantidad de Estados anglófonos en el Caribe, se han producido aproximaciones entre las Secretarías de ambas organizaciones sin haberse llegado hasta el momento a materializar ningún tipo de entendimiento.

#### 5.2.5. Unión Europea

La Comunidad Andina ha apostado por un modelo de integración abierta y por un desarrollo amplio de sus relaciones con la Unión Europea. Por su parte, la Unión Europea ha concedido preferencias comerciales específicas a las importaciones procedentes de los países andinos y mantiene con la Comunidad Andina un acuerdo bilateral de tercera generación, que no se restringe a la asistencia técnica y a la cooperación económica, y facilita en forma limitada el desarrollo de un clima de relativa estabilidad para las inversiones y la transferencia de tecnología.

En términos de comercio exterior, la Unión Europea es el segundo socio comercial de la Comunidad Andina, pues representa el 13% de sus exportaciones mundiales y el 18% de sus importaciones totales.<sup>32</sup> Sin embargo, la Comunidad

---

<sup>31</sup> Referencia explícita en el discurso del presidente G. W. Bush en la Cumbre Mundial sobre Financiamiento del Desarrollo, llevada a cabo en Monterrey (México) en febrero del 2002.

<sup>32</sup> En materia de inversión extranjera directa (IED), las inversiones procedentes de la Unión Europea han experimentado un importante crecimiento, particularmente notorio en la segunda mitad de la década pasada. En conjunto, la Unión Europea ha sido el origen del 25% de los flujos de IED recibidos por la CAN entre 1990 y 2000 (frente al 26% procedentes de los Estados Unidos en esos años).

Andina apenas representa un 0,8% del comercio exterior total de la Unión Europea, habiendo sido en el 2000, el origen del 0,76% de las importaciones totales europeas y el destino para el 0,73% de las exportaciones de la Unión. Esas mismas cifras se aproximaban al 1% en 1995 (1,1% para las importaciones y 0,95% para las exportaciones), hecho que evidencia la pérdida relativa de presencia de los países andinos en el comercio exterior de la Unión Europea.

No obstante lo anterior, la Comunidad Andina ha conseguido desarrollar una relación relativamente diversificada con la Unión Europea. Esta relación tradicionalmente ha sido descrita aludiendo a los tres pilares que la sostienen: el diálogo político, constituido por el encuentro periódico de los cancilleres andinos con la denominada «troika»<sup>33</sup> europea; el llamado diálogo especializado de alto nivel sobre drogas; y la cooperación, para lo cual existe la Comisión Mixta de Cooperación.

El diálogo político debiera constituir una oportunidad para poder diseñar un nuevo tipo de relación entre ambas agrupaciones, caracterizado por una visión conjunta que permita, al menos para los países andinos, contribuir a desarrollar determinados equilibrios respecto a la potencia hegemónica en el hemisferio. Hasta ahora, sin embargo, el diálogo político no ha llegado a cumplir tal papel a cabalidad.

Desde 1999, aproximadamente, la Comunidad Andina ha venido insistiendo con la Unión Europea en la necesidad de profundizar su relación a través de la negociación de los llamados *acuerdos de IV generación*, entre los que quiere se incluya un acuerdo de libre comercio. Pero la prioridad europea no contempla acuerdo de esa naturaleza con la Comunidad Andina por el momento, por lo que luego de un prolongado período inicial de total falta de receptividad se acordó, en julio del 2002, la negociación de un nuevo acuerdo político y de cooperación, y el fortalecimiento de la cooperación en materia de comercio, inversiones y relaciones económicas. Dicho acuerdo y la cooperación que de ella resulte deberá conducir a ambas agrupaciones a un acuerdo de asociación en un mediano plazo que incluya una zona de libre comercio.

Respecto al Diálogo Especializado de Alto Nivel en Materia de Drogas, el mecanismo ha venido funcionando regularmente. La Comunidad Andina y la Unión Europea han desarrollado un proceso de cooperación en este campo que reposa, fundamentalmente, en dos aspectos: el Sistema Generalizado de Prefe-

---

<sup>33</sup> Instancia de representación y facilitación europea que estaba tradicionalmente compuesta por el ministro del país que desempeña la presidencia del Consejo europeo en el semestre respectivo, el del país que desempeñó la presidencia anterior y el del que desempeñará la próxima. A partir de las reformas introducidas a fines de la década pasada, la troika quedó constituida por el Presidente del Consejo, el ministro del país que presidirá el siguiente semestre el Consejo y un representante de la Comisión Europea, el órgano comunitario.

rencias para la Comunidad Andina (SGP Andino); y las reuniones de expertos para el control de precursores, sustancias químicas empleadas para el procesamiento de la hoja de coca y su transformación en cocaína, que también ha permitido abordar la cooperación para el control de las llamadas drogas sintéticas.

El SGP Andino constituye una de las características fundamentales del acceso de las exportaciones de la Comunidad Andina a la Unión Europea. Dicho sistema de preferencias está dirigido a contribuir al despegue y diversificación de las exportaciones andinas, al tiempo que pretende ayudar a los países beneficiarios en su lucha contra la producción y distribución de drogas.

Sin embargo, el crecimiento de las exportaciones amparadas por el SGP Andino a la Unión Europea no ha superado proporcionalmente el crecimiento total de las exportaciones andinas a la Unión, ni tampoco ha sido mayor que el incremento experimentado por las importaciones europeas de esos mismos productos originarias de otros países terceros distintos a los andinos. Todo ello conduce a concluir que los beneficios potenciales de los instrumentos de comercio preferencial tiene un efecto limitado en los intercambios, y eso obliga a analizar con cautela las características y efectos de dichos instrumentos. Además, es importante no perder de vista que el SGP, al igual que el ATPA en el caso de los Estados Unidos, es una concesión unilateral, no sujeta a negociación y con una duración determinada. Por tanto, su eficacia como herramienta para promover la inversión —y, por consiguiente, el empleo— es de alcance limitado. El SGP ha sido ya renovado hasta el 2004 y una eventual renovación para el período 2005-2014 dependerá de la evaluación general de resultados que se haga sobre el comportamiento durante el actual período de vigencia.

En cuanto a la cooperación entre ambas regiones, la Comisión Mixta ha conseguido reunirse con la periodicidad debida, aunque parecieran existir dos factores que requerirían ser superados por las partes participantes. Por el lado de la Unión Europea, los costos transaccionales de su cooperación han sido apreciablemente elevados, reduciéndose con ello los montos netos disponibles de la cooperación; y, por el lado de la Comunidad Andina, ha persistido una cierta tendencia de los propios países a trasladar sus prioridades e intereses nacionales de cooperación al ámbito comunitario sin que se efectúe una adecuada e imprescindible armonización, de manera que las presentaciones de proyectos no siempre han ido acompañadas del apoyo político y financiero necesario para proveer las contrapartidas necesarias en un futuro.

#### 5.2.6. República Popular China, Federación Rusa y Japón

La Comunidad Andina ha suscrito acuerdos con China y con la Federación Rusa para ampliar el diálogo y la cooperación política. En el primer caso, el Convenio fue suscrito en el 2000 y, en octubre del 2002, se llevó a cabo la primera reunión del mecanismo de diálogo político institucionalizado por dicho acuerdo. Las relaciones de la Comunidad Andina con la República Popular China encierran un

importante potencial, el mismo que deberá ser desarrollado tomando en cuenta el papel cada vez más importante que la potencia asiática está llamada a cumplir en el comercio mundial, en especial a partir de su ingreso a la Organización Mundial del Comercio, así como su condición de miembro permanente del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

Respecto a la Federación Rusa, existe un mecanismo de diálogo político desde el 2001, el mismo que tiene pendiente iniciar sus actividades. Existe también un proceso en marcha con miras a establecer un convenio sobre comercio e inversiones. Todos estas iniciativas revelan el interés de la Federación por capitalizar su dimensión de miembro de la Cuenca del Pacífico e iniciar una aproximación más agresiva hacia esta parte del mundo, a la que en el pasado solamente asignó funcionalidad dentro de las consideraciones propias de una de las dos potencias de la Guerra Fría.

Como consecuencia del establecimiento de los mecanismos de la política exterior común, los embajadores andinos en el Japón tomaron la iniciativa de iniciar coordinaciones para buscar una vinculación con ese país que permitiera contrarrestar la pérdida relativa de importancia comercial y en materia de inversiones registrada durante la última década. Japón, no obstante ser una de las economías más importantes a nivel mundial, apenas representa poco más del 1.5% de las exportaciones andinas, mientras que Japón es el origen solamente del 4% del total de las importaciones andinas. Es cierto que esta situación es reflejo del alto grado de concentración del comercio japonés con Estados Unidos y con Asia, pero es también cierto que la vinculación económica con los países andinos pudiera adquirir mayor significación.

Esta es, en consecuencia, un área en la que pudiera llegar a desarrollarse programas de cooperación política para incrementar la presencia económica y comercial andina en el Japón, y fortalecer su presencia en la Comunidad en sectores tan importantes como pueden ser los referidos al desarrollo de infraestructura, mejora de la competitividad andina y la incorporación de los países andinos a la sociedad de la información, solamente por citar algunos ejemplos.

### 5.2.7. Organización Mundial del Comercio

La Comunidad Andina ha desarrollado significativos esfuerzos para promover la coordinación de posiciones en la Organización Mundial de Comercio. Simultáneamente, con el apoyo de otras entidades como el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), la Secretaría General de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la propia Organización Mundial del Comercio, entre otras entidades, ha realizado diversas actividades destinadas al análisis de políticas comerciales para la capacitación de negociadores comerciales en los temas de la amplia agenda de la OMC, así como para contribuir a que los países andinos puedan diseñar y ejecutar posiciones coordinadas en la negociación. Los resultados hasta ahora no han sido totalmente sa-

tisfactorios y es de esperarse que esta área de actividad pueda ser reforzada y adecuadamente priorizada por los propios países andinos, en especial con miras a la realización de una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales.

A este respecto merece destacarse que, a nivel presidencial, se acordó en Santa Cruz de la Sierra, en enero del 2002, la elaboración y adopción de una estrategia común para el desarrollo del programa de trabajo que representará esta nueva ronda de negociaciones. Resulta indudable que las posibilidades de realización de esta directiva presidencial estarán, al igual que la mayor parte de las negociaciones comerciales descritas en el presente trabajo, condicionadas en gran medida por la magnitud y naturaleza de los desarrollos que puedan producirse en relación con la conformación de la unión aduanera, proceso que se espera pueda concluir en diciembre del 2002.

## 6. CONCLUSIONES

La política exterior común simboliza el avance más significativo que se ha producido en dotar al proceso de integración andino de un contenido político que trascienda la esencia puramente industrial y comercial con la que fue concebida. Esta no ha sido una necesidad del proceso con miras a asegurar su subsistencia, sino que es resultado de los condicionantes impuestos sobre los países andinos por un entorno internacional en el que se han producido grandes cambios y en los que la identidad de cada uno de ellos se encuentra bajo fuerte presión. La dimensión política de la integración es, así, el contenido más significativo de la integración andina, en tanto constituye una opción para preservar y fortalecer al propio Estado en los cinco países, pero a su vez es un contenido que abre una agenda cualitativamente diferente y que supone dejar atrás históricas rivalidades y obsoletas percepciones de competencia para desarrollar una capacidad organizativa que se exprese en formas avanzadas de cooperación.

La necesidad de establecer procedimientos estructurados para la proyección externa de la Comunidad ha dado lugar a un cada vez más intenso y amplio programa de cooperación política, que inclusive podría llegar a proporcionar a los gobiernos de los cinco países la confianza que les permita revisar aquellos aspectos del modelo de desarrollo que hasta ahora ha sido característico en ellos. Así, la integración adquirirá una dimensión de proyecciones incalculables y con formas asociativas cada vez más comprometidas.

Sin embargo, la integración debe también expresarse, principalmente, en resultados que expresen mejores condiciones de vida a las poblaciones andinas. En ese sentido, los avances en la meta de establecer un mercado común para el 2005 debieran significar mayores niveles de empleo, mejor competitividad internacional de las economías andinas y mejores patrones de distribución del ingreso. La realización de estas posibilidades permitiría fortalecer los valores demo-

cráticos que sostienen el impulso integrador a la vez que promover avances en los ambiciosos y muy importantes planes de desarrollo de infraestructura para la integración en materia de comunicaciones, telecomunicaciones, informática y energía, que se han venido avanzando con la decisiva participación de la Corporación Andina de Fomento.

Lo anterior supone, a su vez, avances significativos en el proceso de integración económica: en el establecimiento de la unión aduanera y en la convergencia y armonización de políticas macroeconómicas, todo lo cual representa enormes retos pero, a la vez, decisivas oportunidades. El logro de la unión aduanera contribuirá a consolidar la identidad internacional comunitaria y deberá permitir niveles de ejecución en la política exterior andina que trasciendan el esquema común al comunitario. Ese mismo perfil internacional deberá emerger en la medida en que las políticas económicas de los cinco países vayan alineándose dentro de marcos y metas comunes. Todo ello, a su vez, deberá permitirnos la solidez indispensable para vigorizar la integración sudamericana y la cabal participación de nuestra región en el mundo.



# LA CARTA ANDINA PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN PASO HACIA LA HUMANIZACIÓN DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO\*

ELIZABETH SALMÓN GÁRATE\*\*

El tema de la promoción y protección de los derechos humanos no constituyó parte de los acuerdos fundacionales del proceso de integración andino, sino que —como en el sistema europeo— surge como una necesidad derivada de los avances en la integración. En efecto, si bien es cierto que los esquemas de integración regional apuntan a objetivos preponderantemente económicos y comerciales, y, en ese sentido, involucran políticas estatales, también lo es que, en última instancia, esas medidas son aplicadas a particulares que cuentan con un conjunto de derechos inherentes a su calidad de tales.

En esta medida, pionero como es, fue el proceso de integración europeo el primero en enfrentar esa necesidad construyendo, poco a poco, una verdadera política en materia de derechos humanos (aunque no *política comunitaria* en sentido estricto) que alcanzó un punto sin retorno con la Carta Europea de Derechos Fundamentales.<sup>1</sup> En el marco andino, por su parte, el desarrollo del tema ha sido más lento, hecho que resulta reflejo de las velocidades —únicas y similares— de la experiencia subregional. No obstante, el 26 de julio del 2002, tras la difusión de un proyecto final, el Consejo de Presidentes aprobó la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (en adelante Carta Andina) en Guayaquil, Ecuador. La medida carece de precedentes en nuestro esquema de integración y constituye un avance jurídico, pero, sobre todo, político y ético,

---

\* Con mi agradecimiento a Paula Corcés Grieve, estudiante del tercer año de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y pasante del Instituto de Estudios Internacionales, quien me prestó una ayuda invaluable en la elaboración del presente ensayo.

\*\* Profesora de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> Proclamada el 7 de diciembre del 2000 en Niza por los quince mandatarios de la Unión Europea. Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. «Hacia una Constitución para los ciudadanos europeos». *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 45/2002 (enero-marzo), pp. 11-23; KRUGER, Hans y JÓRG POLAKIEWICZ. «Proposals for a coherent Human Rights protection System in Europe». *Human Rights Law Journal*, vol. 22, n.º 14, pp. 1-13.

avance que no puede soslayarse al momento de comprender, en toda su complejidad, el proceso andino de integración. El presente ensayo intenta precisamente brindar una aproximación inicial a los antecedentes que influyeron en la proclamación de la Carta, a los contenidos y, sobre todo, al significado de este novísimo instrumento.

## 1. LA DISCRETA PRESENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

La integración andina nació sin un tribunal que se encargara de controlar la legalidad de los actos de la organización, por lo que no va a ser sino hasta la entrada en vigencia del tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el 16 de marzo de 1983, que se puede afirmar que el interés por el Derecho va a tener una concreción institucional. No obstante, incluso creado, el Tribunal de Justicia no va a contar, de un lado, con ninguna competencia en materia de derechos humanos ni va a generar, de otro y a partir de la proclamación de ciertos principios de Derecho Comunitario, ninguna aproximación al tema. De hecho, el Tribunal Andino ha recurrido a ciertas nociones como la de *derechos subjetivos* para la determinación de los sujetos legitimados para presentar demandas,<sup>2</sup> pero no hasta el punto de intentar determinar un catálogo mayor o un conjunto de principios mínimos alrededor de los particulares.

Distinto es el caso del Parlamento Andino, en cuyo tratado de creación se encuentra la única referencia expresa a los derechos humanos. En efecto, el apartado c) del artículo 12° de dicho tratado establece como propósito y función de dicha institución el «velar por el respeto de los derechos humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia para todas las partes contratantes». No obstante, esta disposición no se acompañó de ningún mecanismo de seguimiento ni desarrollo concretos, hecho que aunado a la propia debilidad del Parlamento Andino, que hasta la actualidad no cuenta con carácter deliberante,<sup>3</sup> hace que la disposición señalada apunte más a una declaración de buena voluntad que a una verdadera competencia institucional.

---

<sup>2</sup> Para la interpretación del artículo 19° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia véase Proceso n.º 4-AN-97, iniciado por las empresas madereras ecuatorianas Contrachapados de Esmeralda S.A., CODESA y otras. En: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/4-AN-97.htm>>. Interesante, al respecto, la posición de URBANO, Carolina. *La Carta Andina de Derechos Humanos*. Trabajo presentado para el curso de Metodología de la Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio 2002, p. 22, con la que coincidimos en que probablemente «un tribunal con una tendencia más garantista, sobre la base de este término pudo tutelar determinados derechos relacionados con el proceso de integración».

<sup>3</sup> Como señala Ivonne Barreto, el Parlamento Andino no cuenta con las facultades suficientes para constituirse en un órgano deliberante dentro del proceso de integración, careciendo de una inter-

En efecto, el Parlamento Andino no ha realizado un desarrollo grande ni importante del tema de los derechos humanos (hecho que en cierta medida se expresa en que haya sido el Consejo el que haya tenido el rol protagónico al momento de elaborarse la Carta Andina), pero sí ha realizado algunos aportes importantes dentro de los que destaca la Carta Social Andina de 30 de setiembre de 1994. En ella, se enfatiza, entre otros temas, la relación entre democracia y derechos humanos, y se afirma el compromiso de velar por la universalización y plena aplicación de todos los derechos humanos a toda la población, así como incluir políticas de comunicación en derechos humanos y a ratificar o adherirse a diversos tratados en la materia.<sup>4</sup>

En cualquier caso, no debe soslayarse esta temprana alusión a los derechos humanos, pues resulta significativa de la preocupación de los Países Miembros por que una institución comunitaria pueda velar por los derechos humanos, aunque en la estricta medida de los compromisos soberanamente aceptados por los Estados a través de otras obligaciones internacionales en la materia.

Otro hito importante, aunque esta vez en el campo de acción del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, es la Decisión 458, de 25 de mayo de 1999, sobre lineamientos de la política exterior común. Esta declaración, como señala Alegrett,<sup>5</sup> marca el desarrollo de los derechos humanos en el campo de la Comunidad Andina. En efecto, la decisión aprueba las líneas maestras que han de configurar la política exterior común, y se destaca, en ella, el interés por el tema de los derechos humanos, ya que, al propugnarse que la política exterior común se fundamenta en los instrumentos jurídicos que conforman el ordenamiento jurídico andino y en un conjunto de valores compartidos, se prevé la «defensa y promoción de los derechos humanos» a través del diálogo y cooperación que desarrolle la Comunidad en su acción internacional.<sup>6</sup>

Sin embargo, esta preocupación y vocación por los derechos humanos adquiere un protagonismo mayor cuando, en el XIII Consejo Presidencial Andino

---

vención en el procedimiento de decisión de los órganos deliberantes de la Comunidad Andina como el Consejo y la Comisión. BARRETO, Ivonne. *Las Exigencias Constitucionales del Modelo Supranacional de Integración en la Comunidad Andina de Naciones*. Tesis para el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 261.

Probablemente, su déficit de legitimidad, por la falta de un mecanismo de elección universal y directa al interior de la Subregión, sea una de las causas que mejor explique esa debilidad intrínseca. Sobre el punto, véase el primer capítulo de esta misma obra.

<sup>4</sup> Ver numeral 5 y siguientes en <[http://www.parlamentoandino.org/of\\_central/libros/Carta%20Social%20Andina.doc](http://www.parlamentoandino.org/of_central/libros/Carta%20Social%20Andina.doc)>

<sup>5</sup> ALEGRETT, Sebastián. «El papel de las organizaciones regionales y multilaterales en la defensa y promoción de la democracia». Discurso ofrecido en Washington DC el 20 de febrero del 2001 en el foro internacional *El papel de las organizaciones regionales y multilaterales en la defensa y promoción de la democracia*, auspiciado por la Organización de Estados Americanos.

<sup>6</sup> <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D458.html>>

de Valencia (Venezuela) del 23 y 24 de junio del 2001, los Estados miembros suscribieron el Acta de Carabobo. En ella, se plasma su decisión de aprobar una Carta Andina de Derechos Humanos que «contribuya a asegurar la vigencia de los derechos humanos, fortalezca la democracia y el Estado de Derecho y afiance una cultura de paz en las naciones andinas».<sup>7</sup>

De esta forma, encargaron al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la formulación de la Carta, enfatizando que debía contener los principios y líneas directrices de una política comunitaria sobre esta materia y «un programa de cooperación para impulsar acciones concretas encaminadas a garantizar la observancia y respeto de tales derechos en la región andina, en el marco de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y de la Carta de Conducta de Riobamba de 1980». Llama la atención, sin embargo, que el único órgano de la Comunidad Andina que tiene realmente competencia sobre esta materia, el Parlamento Andino, haya sido dejado de lado en la elaboración de la Carta Andina.

Posteriormente, en la Declaración de Macchu Picchu, realizada el 30 de julio del 2001, los presidentes andinos elaboraron una *Declaración sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza*. Allí no solo se renovó el compromiso de los Países Miembros con la vigencia de los derechos humanos, incluyendo su voluntad de fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos y la posibilidad de que la Corte Interamericana realice un funcionamiento permanente, sino que se instruye a los Ministros de Relaciones Exteriores para que elaboren el texto de la Carta Andina, la misma que «debía contener los principios y ejes temáticos sobre la política comunitaria en la materia».<sup>8</sup>

El Consejo de Ministros, a su vez, encarga al Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador la presentación de un proyecto que, tras una ronda de consultas, fue finalmente aprobado, aunque con numerosas modificaciones sobre todo en la parte procesal, en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio del 2002.

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CARTA ANDINA

La Carta Andina no es un tratado internacional, sino que reviste la forma de una declaración conjunta de los presidentes andinos. En esa medida, se trata de lo que la doctrina denomina *acto concertado no convencional*, es decir, de un compromiso asumido por personas que hablan en nombre del Estado (y lo comprometen), pero que no genera efectos jurídicos sino políticos.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> En: <<http://www.comunidadandina.org/cumbresSC/Presidentes.pdf>>

<sup>8</sup> *Ib.*

<sup>9</sup> QUOC DINH, Nguyen; Patick DAILLIER; y Alain PELLET. *Droit international public*. París: LGDJ, 1999, pp. 382 y ss.

En este punto, el texto final de la Carta Andina supera las imprecisiones del proyecto dado que en él se aludían a aspectos propios de un tratado internacional (como la fecha de la entrada en vigor, la creación de una Comisión en el Tribunal andino con competencias para velar por el cumplimiento de la Carta o la alusión a «Estados parte») a pesar de tratarse de una declaración presidencial, como expresamente lo señalaba la nota correspondiente al artículo 1º.<sup>10</sup>

En la experiencia europea, por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se ha incorporado, hasta la fecha, a los tratados constitutivos (debido, entre otras razones, a la factibilidad de elaborar una Constitución europea que la incluya), pero, en ambos casos, revisten una innegable relevancia jurídica. La razón es evidente y de no poca importancia, dado que los derechos que ambas Cartas contienen ya forman parte del patrimonio jurídico de los individuos desde (por lo menos) el momento en que fueron recogidos en tratados internacionales aceptados por los Estados miembros de la organización. En suma, se trata, como señala García de Enterría,<sup>11</sup> de un «lenguaje de derechos» que no puede ser dejado de lado y no de meras aspiraciones morales.

No obstante, nada impediría que los Estados doten a la Carta Andina de carácter vinculante, hecho que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96º, sería decidido «por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno», es decir, *sine die*. En cualquier caso, una ocasión para ello bien podría ser la revisión del contenido de la Carta, que cada cuatro años deberán realizar los ministros de Relaciones Exteriores, con miras a su actualización y perfeccionamiento.

### 3. EL CONTENIDO DE LA CARTA ANDINA: HACIA LA SUPERACIÓN DEL ACTUAL CATÁLOGO INTERAMERICANO

De acuerdo con su Preámbulo, la Carta Andina plasma los «principios, objetivos y compromisos de la Comunidad Andina con la promoción y protección de los derechos humanos». En esa medida, este instrumento apunta, como señala Alegrett, al establecimiento de «[...] la política comunitaria en esta materia a ser ejecutada por los países andinos y los órganos del sistema andino de integra-

---

<sup>10</sup> La nota 2 señalaba: «Esta es una Declaración Presidencial [...] y si se optara por modificar el formato legal del proyecto de Carta y ésta se suscribiera como un tratado internacional entre Estados parte, la redacción debiera en consecuencia modificarse, ya no serían los Presidentes quienes estipularían los artículos de la Carta, sino los "Estados parte". Además, en este caso, se deberían añadir las cláusulas de rigor sobre ratificación, vigencia, reservas, depósito, etc., hacia el final del texto».

<sup>11</sup> Citado de esta manera por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Sevilla, abril del 2001, p. 10, edición multicopiada.

ción», por lo que —agrega— «debería incluir los principios y ejes temáticos de la política comunitaria, así como un programa de cooperación para el fortalecimiento de los derechos humanos en los países de la Comunidad Andina». <sup>12</sup> Aunque ciertamente no se ha logrado en su integridad esto último, creemos que es posible afirmar que, en la actualidad, la Carta contiene, en sentido lato, la política comunitaria andina en materia de derechos humanos.

El texto de la Carta está dividido en quince partes y tiene un total de 96 artículos (el proyecto, en cambio, tenía tan solo 10 partes pero 121 artículos). Contiene aspectos novedosos (como los derechos de los adultos mayores o los relativos a discapacitados, entre otros), derechos consagrados (como los derechos civiles y políticos; y algunos económicos, sociales y culturales) y disposiciones de principios generales en materia de derechos humanos e incluso de derecho internacional humanitario. Sustituyendo, con buen tino, un enrevesado conjunto de disposiciones procesales que figuraban en el proyecto, la Carta opta por el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos, enfatizando la responsabilidad de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana, así como dar seguimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Algunos de estos aspectos son los que se subrayan a continuación.

### 3.1. LA ALUSIÓN A LOS PUEBLOS DE LA COMUNIDAD ANDINA

El Preámbulo de la Carta establece que la misma se hace por los presidentes andinos «en nombre de los pueblos de la Comunidad Andina».

Esta idea resulta interesante no sólo porque alude a las personas —global e individualmente consideradas— como titulares de los derechos aquí planteados, sino porque, también, apunta a la idea de un proceso de integración vivo que tiene en cuenta no solo a los Países Miembros sino, también, a sus ciudadanos. De hecho, la experiencia europea ha basado parte de su progreso y éxito en el bastión de recurrir directamente a las personas para una serie de avances, y ha convertido a la denominada «Europa de mercaderes» en una Europa de ciudadanos con todas las consecuencias jurídicas que ello implica (la posibilidad de ejercer derechos políticos para la elección de autoridades municipales, la posibilidad de detentar la ciudadanía europea, la Carta europea de derechos fundamentales y la misma idea de una constitución europea, entre otras).

### 3.2. LOS PRINCIPIOS GENERALES

La parte primera de la Carta Andina señala un conjunto de principios generales que representan el marco de interpretación de los derechos consagrados en su texto. Así tenemos:

---

<sup>12</sup> ALEGRETT, Sebastián. *Op. cit.*

1. Adicionalmente al reconocimiento principista de que los derechos humanos son *inherentes* a la naturaleza y a la dignidad de toda persona, la Carta propugna la exigibilidad de dichos derechos, por lo que se reafirma el doble compromiso de:

- *respetar y hacer respetar* los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como
- el de adoptar todas las medidas legales y administrativas necesarias para prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente a las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

Si bien se trata, de acuerdo con el texto de la Carta Andina, de la reafirmación de un compromiso ya asumido, lo cierto es que los alcances de este principio parecen apuntar a una suerte de ampliación y/o precisión de los deberes de *respetar* y *garantizar* los derechos humanos, ya previsto en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, las cuatro ideas que se asocian a este deber —prevenir, investigar, sancionar y reparar— responden a la jurisprudencia de la Corte Interamericana que, en el caso Velásquez Rodríguez,<sup>13</sup> sentó que la participación en un tratado de derechos humanos implica, al menos, este compromiso múltiple por parte de los Estados que lo aceptaron.

En cualquier caso, la sola enunciación de este principio nos muestra una Carta que quiere trascender el nivel de la declaración para esbozar uno de cumplimiento de obligaciones internacionales soberanamente asumidas.

2. El artículo 3º reafirma la aproximación contemporánea de los derechos humanos que se basa en el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de todos ellos (tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales). Este fundamento responde a los lineamientos de la Conferencia Mundial de Viena de 1993, así como al Documento Preparatorio de San José organizado por los países del bloque latinoamericano.<sup>14</sup> Resulta valioso que la Carta Andina también reafirme esta perspectiva en contextos *post modernos* que intentan restarle carácter universal a los derechos humanos.

3. Se apuesta por el fortalecimiento de los sistemas de protección de los derechos humanos en los que participen los Estados miembros de la Comunidad Andina. Este objetivo se plasma en la voluntad de acatar las sentencias de la Corte Interamericana, así como asumir «actitud constructiva para acoger favorablemente las decisiones y recomendaciones de los mecanismos regionales y universales». Parece razonable hacer un llamamiento en este sentido si observamos

---

<sup>13</sup> Caso Manfredo Velásquez Rodríguez. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de julio de 1988, parágrafos 164 a 166. Disponible en <[http://www.corteidh.co.cr/serie\\_c/serie\\_c\\_4\\_esp.doc](http://www.corteidh.co.cr/serie_c/serie_c_4_esp.doc)>

<sup>14</sup> Un comentario sobre el tema en SALMÓN, Elizabeth. «América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos». *Agenda Internacional*, año VI, n.º 12, pp.123-136.

el contexto de la Subregión, en la que un Estado —Perú— se había negado a cumplir una sentencia de la Corte Interamericana (caso Castillo Petruzzi), y, además, en el número potencialmente alto de casos que se pueden presentar en el sistema contra Estados miembros.

Adicionalmente, el artículo 6° prevé el compromiso de «promover las condiciones suficientes para lograr la vigencia universal y el fortalecimiento de los sistemas de protección de los derechos humanos», objetivo que podría lograrse a través de la suscripción, ratificación y/o adhesión a los instrumentos internacionales.

4. Aunque también vinculado a lo anterior, se debe subrayar el hecho de que la Carta Andina conciba la armonización entre las legislaciones nacionales y las normas internacionales como una forma de lograr el fortalecimiento de los sistemas de protección. Resulta alentador que un documento de este tipo señale el problema de la falta de implementación como causa para la debilidad de los sistemas de protección, ya que, con ello, la Carta proclama que ser Estado parte de los tratados de derechos humanos no es suficiente para propender a su efectiva aplicación en un contexto más objetivo y menos sometido a la soberanía internacional.

5. Cabe resaltar que la Carta Andina dedica parte de sus disposiciones (artículos 61° y 62°) a respaldar las normas del *Derecho Internacional Humanitario* contenidas en las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, entre otras; y a exhortar a las partes en los conflictos armados que se desarrollen en la región andina al respeto de las normas humanitarias. Si bien es cierto que el proyecto daba mayor énfasis a la toma de medidas específicas para el desarrollo jurídico del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* respecto a sus vínculos con el derecho internacional humanitario (como la implementación de medidas preventivas, la difusión del Derecho Internacional Humanitario o la protección del personal de las organizaciones humanitarias<sup>15</sup>), lo plasmado en el texto final de la Carta Andina manifiesta una voluntad de preservar los derechos de las personas incluso en el contexto de un conflicto armado.

6. Otro principio fundamental de la Carta se refiere a la preservación, protección y defensa de la democracia como sistema de gobierno. No es este el único lugar donde se plasma esta preocupación, pero, como en los casos anteriores, creo que el contexto político y social contemporáneo jugó un papel determinante en la elaboración de este texto.

7. Aunque no presente en la parte de principios generales, creo plenamente pertinente tener en cuenta, como cuestión de principio, que la Carta reconoce el ca-

---

<sup>15</sup> Artículo 63° del Proyecto.



rácter dinámico de los derechos humanos, tanto en los ámbitos nacional e internacional como en la necesidad de impulsar permanentemente su desarrollo normativo. De hecho, las sesiones de revisión cuatrienales, propuestas en el artículo 96º, responden también a una visión evolutiva de este importante tema.

8. Finalmente, se establece la necesidad de contar con planes nacionales de acción y programas de los Países Miembros a favor de la vigencia de los derechos humanos. Este es un compromiso concreto que los Estados deberían cumplir contando con el apoyo de la sociedad civil. Esta colaboración aumenta su legitimidad y, por tanto, le da mayor posibilidad de cumplimiento.

### 3.3. LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LA CARTA: UNA APUESTA POR LA MODERNIZACIÓN DEL CATÁLOGO DE DERECHOS HUMANOS

La Carta Andina contiene un listado extenso de derechos que comprende los artículos 10º a 59º, inclusive. En ellos se enuncia:

- La no discriminación o principio de igualdad, y la condena del racismo, xenofobia y cualquier clase de discriminación
- La democracia como derecho de los pueblos andinos
- Derechos civiles y políticos como la vida, la integridad personal, la libertad de opinión y expresión, así como la información; el derecho de buscar asilo, así como el compromiso de garantizar los derechos de las personas en estados de emergencia. Se remite, para su contenido, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; demás instrumentos internacionales, y a las normas de rango constitucional de cada País Miembro. Por último, el artículo 23º se refiere al compromiso de incentivar la investigación y prevención de crímenes de lesa humanidad y toda clase de torturas y otros tratos o penas crueles o degradantes; las desapariciones forzadas de personas y las ejecuciones extrajudiciales. Como puede observarse, esto último corresponde más a una fase de prevención y represión de la violación de ciertos derechos humanos que a su afirmación como tales.
- Derechos económicos, sociales y culturales como los relacionados con el trabajo y la familia, así como el derecho a buscar un nivel de vida adecuado, educación y cultura. Se destaca el cumplimiento del Protocolo de San Salvador<sup>16</sup> como un canal para la realización de tales derechos.

Aunque reducida en el número de artículos, pasando de seis a cuatro disposiciones, debe destacarse también, en esta parte, lo relativo a que los Estados

---

<sup>16</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador», que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

andinos apoyan la elaboración de un protocolo facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el fin de contar con un mecanismo de denuncias individuales o colectivas frente a sus posibles violaciones. Esto, desde luego, supone un espaldarazo a la visión de que los derechos económicos, sociales y culturales (o, al menos, algunos de ellos) son también plenamente exigibles y que, por tanto, correspondería la denuncia ante su violación en contraste con los que consideran que nos encontramos ante obligaciones estatales de mero comportamiento jamás exigibles ante los órganos internacionales de protección.

- Derecho al desarrollo y el establecimiento de ciertos temas prioritarios para lograr su pleno disfrute
- Derecho a un medio ambiente sano y protegido, exigencia que constituye una introducción lógica y coherente con el concepto de desarrollo sostenible que utilizan los países en vías de desarrollo
- Derechos de los pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes
- Derechos de los grupos sujetos de protección especial —con lo que se sustituye el término de «grupos en situación de vulnerabilidad» que aparecía en el Proyecto— como son los siguientes:
  - a) Derechos de la mujer como el relativo a la violencia, hostigamiento sexual, embarazo y esterilización forzados;
  - b) Derechos de los niños, niñas y adolescentes;
  - c) Derechos de los adultos mayores;
  - d) Derechos de las personas con discapacidad;
  - e) Derechos de los migrantes y sus familias;
  - f) Derechos de las personas con diversa orientación sexual;
  - g) Derechos de los desplazados internos;
  - h) Derechos de las personas privadas de libertad; y
  - i) Derechos de los refugiados y apátridas.

Llama la atención que, en este largo contenido, se haya eliminado completamente las secciones dedicadas a anticorrupción, transparencia y rendición de cuentas; narcotráfico y terrorismo, tres males endémicos en América Latina. Sin embargo, la opción parece haber sido el preferir el canal de un tratado internacional sobre la materia.

#### 4. UN ASPECTO NO SEÑALADO: LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN

La parte referente a los mecanismos de protección es la que sufrió mayores modificaciones en relación con el proyecto y superó, por omisión, el confuso mecanismo procedimental diseñado en aquél.<sup>17</sup>

##### 4.1. EL PROYECTO DE CARTA ANDINA Y LA FRUSTRADA COMISIÓN ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS DEL TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA

En el proyecto se planteaba la creación de una Comisión Especializada en Derechos Humanos del Tribunal Andino de Justicia. Esta Comisión tenía como función «velar por el cumplimiento de la Carta, formular recomendaciones de oficio a los Estados miembros y procesar denuncias o quejas presentadas por individuos o grupos de personas referentes a violaciones de la Carta».<sup>18</sup> Para esto último, se establecía un mecanismo de presentación de denuncias que respondía a los modelos de órganos de control creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, el artículo 95°, inciso 2 requería:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos;
- b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) que la materia de petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y
- d) que la denuncia contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

Asimismo, en la línea de lo anterior, se preveía un conjunto de excepciones al cumplimiento de estos requisitos que versaban sobre la inexistencia, en la legislación interna del Estado, del debido proceso legal para la protección del derecho; el hecho de que no se hubiera permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o que hubiese sido impedido de ago-

---

<sup>17</sup> En el marco de las rondas nacionales, tuve la oportunidad de señalar mis críticas en la ponencia «Los Mecanismos de Protección previstos en la Carta Andina», presentada en la conferencia *La Carta Andina de Derechos Humanos*, organizada por la Comisión Andina de Juristas (CAJ) en febrero del 2002.

<sup>18</sup> Compárese la coincidencia prácticamente literal del contenido del artículo 95°, inciso 1c) del Proyecto de Carta, en <[http://www.unifr.ch/derechopenal/dh/carta\\_andina.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/dh/carta_andina.pdf)>, con el artículo 46° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 5° del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

tarlos, así como el retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.<sup>19</sup>

Esta identidad procesal con los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos resultaba equivocada al menos por dos razones. La primera, y más evidente, es que esta clase de órganos existen para la «guardianía» de un tratado y no resultan adecuados o coherentes con una mera declaración como era y es la Carta Andina. La segunda razón alude a que este tipo de organización responde más al esquema tradicional de un órgano de protección de derechos humanos que a un mecanismo propio de un proceso de integración.<sup>20</sup>

Ciertamente, es necesario y positivo contar con un catálogo de derechos fundamentales en un espacio comunitario, pero debe entenderse que éste será aplicado por los órganos de la propia organización y los Estados miembros, única y exclusivamente cuando apliquen el derecho comunitario. Por ello, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en un único texto el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión, pero «no crea ninguna competencia, ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».<sup>21</sup> Esto porque esta es una cuestión que atañe más al modo en que se ejercitan las competencias por parte de las instituciones comunitarias que a una competencia comunitaria en sentido estricto como, por ejemplo, agricultura o transportes.

Por el contrario, en el ámbito andino no sólo se estableció un catálogo de derechos —exhaustivo, innovador y progresista—, sino que se dedicó todo un capítulo de la Carta, parte VII, a los mecanismos procedimentales para la promoción y protección de los derechos humanos, con lo que se configuró un documento absolutamente sui géneris y sin perfil propio.

En efecto, el proyecto pretendía crear un nuevo órgano de protección de derechos humanos subregional, y eso no podía dejar de generarnos, al menos, dos interrogantes: por qué solo para los derechos del catálogo y no todos los que ya forman parte del patrimonio jurídico de los que habitan en los cinco países

<sup>19</sup> *Ib.*

<sup>20</sup> Problemas adicionales no resueltos eran los relativos a la conformación de la Comisión Especializada, cuestión que no es baladí si se tiene en cuenta que, según el artículo 32° de su Estatuto, el Tribunal de Justicia se encuentra compuesto por cinco magistrados quienes sesionan en pleno, con lo que la creación de la Comisión hubiera necesariamente supuesto un incremento en su composición.

<sup>21</sup> Artículo 51°. En <<http://ue.eu.int/df/docs/es/CharteES.pdf>>. La Carta europea está dirigida a las instituciones y órganos de la Comunidad Europea, así como a los Estados, únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. A este respecto, hay que matizar una cuestión: el acervo comunitario puede tener un efecto directo vertical, es decir, es exigible su cumplimiento por el particular a las administraciones y órganos de Estado, y un efecto horizontal, esto es, es exigible de particular a particular.

andinos; y —lo más importante— por qué crear un nuevo mecanismo, y no apoyar más bien a los existentes, y no contribuir con ello a la inflación normativa e institucional en materia de derechos humanos.<sup>22</sup> En cualquier caso, creo que, tal y como se planteaba, significaba una duplicidad de esfuerzos (con el sistema interamericano) innecesaria y hasta perniciosa para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

#### 4.2. LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO PREVISTOS EN LA CARTA ANDINA

Como señalamos, la Carta Andina superó la falta de identidad de la Comisión Especializada en Derechos Humanos y optó saludablemente por su eliminación. En sustitución, se optó por continuar con los otros mecanismos de seguimiento de la Carta y una apuesta firme de los países andinos por el fortalecimiento del sistema interamericano a través del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (cuya jurisdicción contenciosa todos han aceptado) y por un respaldo creativo a la labor de la Comisión interamericana de Derechos. En este punto, cabe tener en cuenta que la opción andina resulta la más adecuada, porque evita disparidades y pronunciamientos contradictorios por parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos con el sistema de integración andino y viceversa. Ciertamente, la experiencia europea y las relaciones que se daban entre el sistema comunitario y el sistema europeo de protección de derechos humanos (en el marco del Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) marcó la necesidad de una clara delimitación entre los diferentes sistemas.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Piénsese, por ejemplo, en el conjunto de Comités que ya tienen competencias en los países andinos como el Comité de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Comité contra la Tortura, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

<sup>23</sup> La Comisión europea, en una comunicación del 18 de octubre del 2000, señala que:

1°. Respecto a la autonomía del Derecho de la Unión, es de suma importancia que la Carta se integre armoniosamente en el sistema jurídico de ésta; y respecto a la relación entre la Carta y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el riesgo era que surgieran disparidades entre los derechos recogidos en ambas Cartas y se originara una evolución divergente de las jurisprudencias de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Sin embargo, el artículo 52° señala que si éstas existen, el sentido y alcance de tales derechos serán iguales, como mínimo, a las que el convenio les confiere. Por otro lado, se enfatiza que la existencia de la Carta no mermará el interés de la adhesión.

2°. Sobre las relaciones de la Carta con las competencias de la Unión y el respeto al principio de subsidiariedad, ésta no puede ser el vehículo por el cual se transfieran competencias a la Comunidad o nuevas tareas a la Unión. El vehículo más apropiado tal vez sea una modificación de los tratados constitutivos o mediante la aplicación de la teoría de las competencias implícitas, mediante la cual la Comunidad tendrá competencia también en aquellas materias que sean necesarias para la consecución de sus objetivos. Probablemente, si la Carta se incorpora finalmente a los Tratados constitutivos, parte de la polémica resulte ya obtusa.

3°. Sobre las relaciones de la Carta con las constituciones nacionales, aquéllas no son sustituidas por la Carta en su ámbito de aplicación por lo que se refiere al respeto de estos derechos en el ámbito nacional.

Los Estados andinos, por su parte, declaran acertadamente, en el artículo 63°, que la Carta Andina constituye «la primera manifestación integral de la Comunidad Andina en materia de derechos humanos en el espacio comunitario» y que «complementa la normativa nacional, interamericana y universal en el tema». Por ello, señala que los mecanismos de protección son los siguientes:

- En el ámbito nacional, se subraya el papel de la *administración de justicia, defensorías del pueblo, defensores de los derechos humanos*; así como la necesidad de contar con planes y programas de derechos humanos (acogiendo la Recomendación de la Conferencia de Viena), y el apoyo de la fuerza pública.
- En el ámbito internacional se prevé:
  - a) cooperación con órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos (informes periódicos);
  - b) cooperación con el Sistema de Naciones Unidas e Interamericano; y,
  - c) si bien no se menciona una cooperación en términos amplios con el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, sí se señala el compromiso de «considerar favorable y prontamente la ratificación del Estatuto[...] para lo cual adecuarán sus legislaciones nacionales».

Asimismo, se encarga al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, con la asistencia de la Secretaría General, el seguimiento de la Carta Andina. Al Parlamento Andino también se le permite sostener mecanismos de consulta con el Consejo con miras a determinar su colaboración con el seguimiento y eje-

---

Por otro lado, a la Comisión tampoco le parece que la Carta ponga en peligro la seguridad jurídica en materia de Derechos Humanos; y para la Comisión —como para Gabaglio (véase GABAGLIO, Emilio. Declaraciones emitidas por el diario español *El País* el 5 de diciembre de 2000), Secretario General de la Unión Europea de sindicatos; Vitorino (véase VITORINO, Antonio. Declaraciones publicadas por la revista *Foros* el 5 de octubre del 2000), Secretario para la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior o para el Defensor del Pueblo Europeo; Söderman (véase SODERMAN, Jacob. «Los derechos y libertades de la Unión Europea: el papel del Defensor del Pueblo». Conferencia dictada en los *Encuentros de Educación para la Paz*, Santiago de Compostela, 23 de marzo del 2000)—, el destino final de la Carta es incorporarse a los Tratados constitutivos. Merino Merchán (véase MERINO MERCHÁN, José Fernando. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista Foros*, 17 de noviembre del 2000), antes de la aprobación de la Carta, escribía un interesante artículo sobre qué órgano habría de fiscalizar ésta. Consideraba que el Tribunal de Estrasburgo no tenía competencias al efecto, y que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tampoco y tenía ya una sobre carga excesiva de trabajo, por lo cual recomendaba que lo más factible sería la creación de un Tribunal Constitucional Europeo, ante el cual las instituciones comunitarias, el defensor del pueblo y algunos diputados podían presentar un recurso de inconstitucionalidad; y un sistema más abierto para que los particulares pudiesen presentar un recurso similar al que existe en el sistema constitucional español, denominado recurso de amparo.

Finalmente, el sistema por el que la Comunidad y los Estados han optado es que sea el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que conozca de todos aquellos asuntos relacionados con la Carta.

cución de la Carta. Asimismo, debe destacarse que la Carta apunta a fortalecer el papel de la sociedad civil (a través de las organizaciones de defensores de derechos humanos, las defensorías del pueblo, así como programas regionales) para difundir los principios de la Carta Andina y propiciar una cultura andina de respeto de los derechos humanos.

El diseño de estas medidas nos parece positivo y adecuado al desarrollo específico del proceso de integración andino. Sus logros y dificultades serán probadas en la propia práctica de los Estados que deberá ser atentamente observada en los próximos tiempos.

## 5. CONCLUSIÓN: SIGNIFICADO DE LA CARTA ANDINA

La Carta Andina es un signo más del proceso de humanización del derecho internacional, que alcanza, hoy en día, a la otra gran característica contemporánea del derecho internacional: la institucionalización de la comunidad internacional a través de las organizaciones internacionales.

En esta medida, la Carta Andina resulta saludable en un espacio como el andino, donde se puede contribuir a fortalecer los compromisos —no siempre sólidos— en materia de derechos humanos y, por ende, en la consolidación del *estado de derecho* en los Estados miembros de la Comunidad. Su sola dación genera, al menos, dos efectos fundamentales en el marco del proceso de la construcción andina que no deben ser descuidados.

El significado positivo, y primero, es que toda declaración de derechos tiene, por su misma naturaleza, una vocación centripeta y hasta federadora como entendieron algunos euroescépticos como el Reino Unido en el marco de Carta Europea. A este papel *unificador* debe sumársele un rol *legitimador*, en la medida en que fija con precisión los criterios para valorar la legitimidad de la actuación de todos los poderes públicos dentro del ámbito de la Comunidad Andina.<sup>24</sup> Esta justificación del poder político resulta consustancial a un ejercicio ético del poder que, como señala Díez-Picazo, «[...] es justificable cuando: existe para salvaguardar ciertos derechos que se reputan básicos e irrenunciables, no para lograr cualesquiera otros fines últimos tales como la unidad religiosa, la pureza racial, la sociedad sin clases, la cohesión etno-cultural, el progreso económico, etc.».<sup>25</sup>

En esta lógica, los derechos humanos no se limitan a un papel tradicional de contención del poder estatal, sino que ingresan al ámbito de las organizaciones

---

<sup>24</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Notas sobre el Significado...*, pp. 9-11.

<sup>25</sup> DIEZ-PICAZO, Luis María. «Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Conferencia en la Universidad de Sevilla, 30 de marzo de 2001. Citado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Notas sobre el Significado...*, p. 11.

internacionales y legitiman la integración. Al menos en esta doble perspectiva es que ha sido entendida la «hermana mayor» de la Carta Andina, que no es otra que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por esta razón, en suma, la Carta Andina resulta un esfuerzo importante que pone de manifiesto el avance imparable de los derechos humanos en el mundo contemporáneo.



## BIBLIOGRAFÍA

### 1. TRATADOS Y MANUALES

ABUSADA, Roberto y otros. *Integrando al Perú al mundo*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico-Instituto Peruano de Economía, 2001.

ALVAREZ SOBERANIS, J. *La regulación de las invenciones y marcas, y de la transferencia de tecnología*. México: Porrúa, 1979.

ALZAMORA, Carlos. *La capitulación de América Latina*. Lima: FCE-Perú, 1998.

ANTEQUERA, Ricardo. *Derecho de autor*. t. I. Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998.

ANTEQUERA, Ricardo y Marisol FERREYROS. *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Lima: Perú Reporting, 1996.

BAMBIRRA, V. *El capitalismo dependiente latinoamericano*. México: Siglo XXI, 1975.

BARRETO, Ivonne. *Las exigencias constitucionales del modelo supranacional de integración en la Comunidad Andina de Naciones* (tesis para optar el título de abogado). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

BECK, V. *Un nuevo mundo feliz*. Buenos Aires: Paidós, 2000.

BELLAMY, Ch. y G. CHILD. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas, 1992.

BOTANA A., M. *La protección de las marcas internacionales*. Madrid: s.e., 1994.

BRACAMONTE, Guillermo. *Derechos de autor y derechos conexos en los países del Acuerdo de Cartagena, Decisión 351*. Lima: Serral, 1994.

BREWER-CARIAS, Allan R. *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*. Caracas: Banco Central de Venezuela, 1968.

- BREWER-CARIÁS, Allan R. *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I (8 de agosto-8 de septiembre). Caracas: Jurídica Venezolana, 1999.
- BREWER-CARIÁS, Allan R. *La Constitución de 1999*. Caracas: Arte, 2000.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- CARDOSO, Fernando. *Ideología de la burguesía industrial en sociedades dependientes*. México: Siglo XXI, 1971.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Ed. multicopiada. Sevilla, abril de 2001.
- CARRILLO, J., y F. MORALES. *La propiedad industrial*. Bogotá: s.e., 1973.
- CASADO, A. y B. CERRO. *GATT y Propiedad Industrial*. Madrid: Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1994.
- CASTRO BERNIERI, Jorge. *Constituyente e integración. la consolidación de los beneficios de la integración en la Nueva Constitución Venezolana*. Caracas: Torino, 1999.
- CHUDNOSKY, D. y J. KATZ. *Patentes de actividad inventiva individual*. Buenos Aires: s.e., 1970.
- CORFO. *La propiedad industrial en Chile y su impacto en el desarrollo industrial*. Santiago: s.e., 1970.
- CORNEJO, C. *Derecho de marcas*. Lima: Cultural Cuzco, 1992.
- CORNEJO, C. *Las transformaciones del derecho de marcas y sus relaciones con el derecho de propiedad*. Lima: s.e., 2000.
- DE LOS HERAS, T. *El agotamiento del derecho de marca*. Madrid: Montecorvo, 1994.
- DE RIVERO, Oswaldo. *El mito del desarrollo*. Lima: Mosca Azul, 1998.
- DEVÉS V., E. *Del Ariel de Rodó a la CEPAL*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995.
- DORFMAN, A. *La industrialización en la América Latina y las políticas de fomento*. México: FCE, 1967.
- DOS SANTOS, T. y OTROS. *La crisis del desarrollismo y la nueva dependencia*. Lima: s.e., 1969.

- DUPUY, Rene-Jean (ed.) *Manuel sur les organisations internationales*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
- FAIRLIE, Alan. *Escenarios de integración y cooperación económica*. Lima: Friedrich Ebert Stiftung, 1999.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C. *El sistema comunitario de marcas*. Madrid: Montecorvo, 1995.
- FRIGANI, Aldo y Michel WAELBROECK. *Disciplina della Concorrenza nella CE*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1996.
- FURTADO, Celso. *La economía latinoamericana*. México: Siglo XXI, 1976.
- FURTADO, Celso. *Los Estados Unidos y el subdesarrollo de América Latina*. Lima: Campodónico, 1971.
- GALEANO, E. *Las venas abiertas de América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1971.
- GARCÍA CANDINI, N. *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*. Buenos Aires: s.e., 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás DE LA QUADRA SALCEDO. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 1999.
- GEORGE, Susan. *Pongamos a la OMC en su sitio*. Barcelona: Icaria, 2002.
- GERBOLINI, G.F. *Economía política e ideología*. Lima: s.e., 1990.
- GÓMEZ ACEBO Y POMBO, ABOGADOS. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid: Aranzadi, 1999.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. *Tecnología y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- GONZALES DE OLARTE, Efraín. *El neoliberalismo a la peruana*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Consorcio de Investigación Económica y Social, 1998.
- GONZALES DE OLARTE, Efraín. *Neocentralismo y neoliberalismo en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Consorcio de Investigación Económica y Social, 2000.
- GUERRERO, M. *10 años del Grupo Andino*. Bogotá: s.e., 1990.
- IANNI, O. y M. KAPLAN. *América Latina y Estados Unidos*. Lima: s.e., 1973.
- IGLESIAS P., J.L. *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*. Madrid: s.e., 1995.
- ISAAC, Guy. *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona: Ariel, 1999.

- KATZ, J. *Importación de tecnología, aprendizaje e industrialización dependiente*. México: FCE, 1986.
- KATZ, J. *Reformas estructurales, productividad y conducta tecnológica en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL, 2000.
- KERR, C. y OTROS. *El industrialismo y el hombre industrial*. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.
- KHEMANI, R. S. y D. M. SHAPIRO. *Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a la leyes de competencia*. Washington, D.C.: Banco Mundial y OECD, 1996.
- KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Great Britain: Hart Publishing, 1999.
- KRASNER, Stephen D. *Sovereignty, Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- LANDER, Edgardo. *La ciencia y la tecnología como asuntos políticos. Límites de la democracia en la sociedad tecnológica*. Caracas: Nueva Sociedad, 1994.
- LECOURT, R. *L'Europe des juges*. Bruselas: Bruylant, 1976.
- LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. París/Bogotá/Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio. *Constitución e integración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- MARTICORENA, B. *La ciencia en el desarrollo*. Lima: Fundación Ebert, 1997.
- MASCLET, Jean-Claude. *Les Grands Arrêts de Droit Communautaire*. París : PUF, 1995.
- MASSAGUER, J. *Los efectos de la patente en el comercio internacional*. Barcelona: s.e., 1989.
- MATOS MAR, José. (comp.). *La dominación de América Latina*. Lima: s.e., 1968.
- MONTEAGUDO, M. *La protección de la marca renombrada*. Madrid: Civitas, 1995.
- MONTES, P. *El desorden neoliberal*. Madrid: Trotta, 1996.
- NATALE, Alberto. *La integración latinoamericana y la cuestión constitucional*. Buenos Aires: s.e., 1997.
- NOVAK, Fabián y Luis GARCIA CORROCHANO. *Derecho Internacional Público*, tomo II, volumen 1. Lima: IDEI - PUCP, 2001.
- PACHÓN MUÑOZ, Manuel y Zoraida SÁNCHEZ. *El régimen andino de la propiedad industrial. Decisiones 344 y 345 del Acuerdo de Cartagena*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

- PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *Manual de derechos de autor*. Bogotá: Temis, 1988.
- PACHÓN, Manuel. *Manual de propiedad industrial*. Bogotá: Temis, 1984.
- PALACIO GONZÁLES, José. *El sistema jurídico comunitario*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996.
- PARODI, C. *Perú 1960-2000: políticas económicas y sociales en entornos cambiantes*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2000.
- PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2001.
- PENROSE, E. *The economics of the international patent system*. Baltimore: John Hopkins Press, 1951.
- PICO MANTILLA, Galo. *Derecho Andino*. 2ª ed. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1989.
- PROAÑO MAYA, Marco. *El derecho de autor. Un derecho universal*. Quito: s.e., 1993.
- QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick y Alain PELLET. *Droit international public*. Paris: LGDJ, 1999.
- RAPELA, M. A. *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- REICHMAN, J.H. *Implications of the Draft TRIP's Agreement for Developing Countries as Competitions in an Integrated Market*. UNCTAD, 1993.
- REMICHE, B. *Le role du système des brevets dans le développement. Le cas des pays andins*. Paris: s.e., 1982.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- REUTER, Paul. *Organizaciones europeas*. Madrid: Casa Bosch, 1968.
- RIBEIRO, D. *El dilema de América Latina*. México: Siglo XXI, 1971.
- ROMERO, C. (ed.). *Biotecnología y derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*. Granada: s.e., 1998.
- ROSENBERG, N. (ed.). *Economía del cambio tecnológico*. México: FCE, 1979.
- RUIZ, M. *Protección sui generis de conocimientos indígenas en la Amazonía*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2000.
- SACHICA, Luis Carlos. *Introducción al Derecho Andino*. Quito: Artes Gráficas, 1985.
- SAGASTI, Francisco. *Conocimiento y desarrollo: ensayos sobre ciencia y tecnología*. Lima: GRADE, 1988.

- SALOMÓN, J.J y OTROS (comps.). *Una búsqueda incierta. Ciencia, tecnología y desarrollo*. México: FCE y Naciones Unidas, 1996.
- SÁNCHEZ, Zoraida. *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Jiménez, 1995.
- SANDS, Phillipe y Pierre KLEIN. *Bowett's Law of International Institutions*. 5ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.
- SHEAHAN, J. *La economía peruana desde 1950. Buscando una sociedad mejor*. Lima: IEP, 2001, p. 28.
- SHIVA, V. *Biopiratería*. Barcelona: Icaria, 1997.
- SINGH, G. *Trips and biodiversity*. Malaysia: s.e., 1996.
- SINGH, G. *In defense of local community knowledge and biodiversity*, Malaysia: s.e., 1996.
- STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. Buenos Aires: Taurus, 2002.
- SUNKEL, O. (comp.). *El desarrollo desde dentro*. México: FCE, 1995.
- UGARTECHE, Oscar. *El falso dilema*. Caracas: Nueva Sociedad y Fundación Friedrich Ebert, 1997.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. 2ª ed. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1938, tomo I.
- ULMER, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*. 3ra. Edición. Berlin/Heidelberg/Nueva York: Enzyklopedie der Rechts- und Staatswissenschaft, 1980.
- UNTERGUGGENBERGER, Tobias. *Das Urheberrecht in der Andengemeinschaft*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.
- URIBE RESTREPO, Fernando. *El derecho de la integración en el Grupo Andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.
- URQUIDI, Víctor. *Viabilidad económica de América Latina*. México: FCE, 1962.
- VAITSOS, C. *Comercialización de tecnología en el Pacto Andino*. Lima: s.e., 1973.
- VAITSOS, C. *La función del sistema de patentes en los países en vía de desarrollo*. México: s.e., 1972.
- VEGA-CENTENO, Máximo. *Crecimiento, industrialización y cambio técnico. Perú 1955-1980*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.
- VIDALES, A. *Aspectos jurídicos de la importación de tecnología*. Lima: SAIT, 1983.
- VILLAVICENCIO, V. *Protección a las marcas notoriamente conocidas en el Perú*. Lima: s.e., 1991.

WHITE, Eduardo. *La cuestión de la propiedad industrial en América y su papel en el proceso de desarrollo e integración económica*. Buenos Aires: BID - INTAL, 1976.

## 2. ARTÍCULOS

AHO, M. y J. NÚÑEZ DEL ARCO. «Inversión directa de Estados Unidos en América Latina. 1966-1976: análisis empírico de la Decisión 24». *Integración Económica*, revista del BID-INTAL, Buenos Aires, n.º 38, 1979.

ALVAREZ, S. J. «El Convenio de París y el rol de los organismos internacionales». En: SAIT. *Propiedad Industrial*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1984.

ANDUEZA, José Guillermo. «La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, 1986.

ANDUEZA, José Guillermo. «La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986.

ANGELL, M. y A. RELMAN. «Patents, profits & American medicine». *Daedalus*, Washington D.C, primavera, 2000.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «El derecho de autor y el Derecho Comunitario Andino (la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos)». *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º 166, octubre 1995.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «La protección de las obras de artes aplicadas y los diseños Industriales». En: INDECOPI (ed.). *Los retos de la propiedad industrial*. Lima: INDECOPI, 1996.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. «Las obras creadas por encargo y bajo relación de trabajo». En: DIREÇÃO-GENERAL DOS ESPECTÁCULOS (eds.). *Num Novo Mundo do Direito de Autor?, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Lisboa, 1994.

ASTUDILLO G., F. «Derechos de propiedad intelectual en las comunidades indígenas sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos». En: *Propiedad intelectual*. Guatemala: s.e., 2000.

BARDALES, E. «Conflicto entre los nombres de dominio en Internet y los derechos sobre marcas». *Derecho y Sociedad*, Lima, n.º 13, 1998.

BATTIOLI, E. «Agotamiento de derechos de propiedad intelectual e importaciones paralelas». *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n.º 13, 1991.

BEAUD, Oliver. «La souveranité de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht». *Revue Française de Droit Administratif*, París, n.º 6, 1990.

BENEYTO, José María. «Hacia un nuevo derecho de la competencia. El libro blanco de la Comisión sobre Modernización y Descentralización en la aplicación de los art.ºs 85 y 86». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, n.º 202, 1999.

BENTATA, Dana. «Derecho de autor y *copyright* en la reciente reforma venezolana». *Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n.º 91, 1994.

BENTATA, Dana. «Estudio de la Decisión 344 sobre Propiedad Industrial». *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, n.º 10, 1994.

BERCOVITZ, Alberto. «Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de Patentes». *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n.ºs 105-106, 1967.

BERCOVITZ, Alberto. «La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual». En: *Seminario sobre Adquisición de Tecnología Extranjera*. Bilbao: s.e., 1975.

BERCOVITZ, Alberto. «Las marcas y los derechos de propiedad industrial en el mercado único». *Revista colombiana de la Propiedad Industrial. Número en homenaje a Manuel Pachón M*, Bogotá, n.º 4, 1995.

BIKOFF, J. y D. WILSON. «Intellectual Property Provisions of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988», *ASIPI*, Buenos Aires, 1988.

BOLÍVAR, Simón. «Contestación de un Americano Meridional a un Caballero de esta Isla» (Carta de Jamaica, 6 de setptiembre de 1815). En: BOLÍVAR, Simón. *Doctrina del Libertador*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1994.

BOULOUIS, J. «Le Droit des Communautés Européenes dans ses rapports avec le Droit International Général». *RCADI*, 1992-IV, Vol. 235.

BREWER-CARIÁS, Allan R. «El Control de la Constitucionalidad de las Leyes Aprobatorias de Tratados Internacionales y la Cuestión Constitucional de la Integración Latinoamericana». *Revista de Derecho Público*. Caracas, n.º 44, 1990.

BREWER-CARIÁS, Allan R. «La proyectada creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena y la cuestión constitucional en el proceso de integración económica latinoamericana». En: *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado D. Roberto Goldschmid*. Caracas 1978, Maracaibo 1979.

BREWER-CARIÁS, Allan R. «Las Implicaciones constitucionales de la integración económica regional». En: *El Derecho Venezolano a Finales del Siglo XX. Ponencias Venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, 1998*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998.



BUENO, Patricio. «La interpretación prejudicial comunitaria del Régimen Común de Propiedad Intelectual del Pacto Andino». *ASIPI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 7

BUENO, Patricio. «La propiedad industrial en el desarrollo de la empresa». *Revista Colombiana de la Propiedad Industrial*, Bogotá, n.º 4, 1995.

BUENO, Patricio. «La marca notoria y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina». En: *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, n.º 5, 2001.

CABANELLAS, Guillermo. «Consecuencias de los requisitos de explotación más estrictos para los titulares de patentes de acuerdo con la Convención de París». *ASIPI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 4, 1989.

CALLOL GARCÍA, Pedro. «La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector». *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1999.

CÁRDENAS, Emilio J. «En torno de la constitucionalidad de un eventual mercado común latinoamericano». *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12-13 de febrero 1967.

CÁRDENAS, Manuel José. «Legislación sobre competencia en el Acuerdo de Cartagena». *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina, n.º 196, diciembre de 1993.

CARMONA, P. «El proceso de industrialización en el Grupo Andino». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. «Hacia una Constitución para los ciudadanos europeos». *Revista Andaluza de Administración Pública*. n.º 45, enero-marzo del 2002.

CASTRO BENIERI, Jorge. «Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina». *Agenda Internacional*, año VIII, n.º 16, 2002.

CASTRO BERNIERI, Jorge. «Comentarios en torno a las medidas compensatorias en el ordenamiento jurídico andino». En: INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL ESTADO LARA. *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1995.

CASTRO BERNIERI, Jorge. «La regulación de la competencia en la Comunidad Andina». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, EINSA, n.º 207, mayo/junio del 2000.

CASTRO BERNIERI, Jorge. «La regulación de la competencia en la Comunidad Andina». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, n.º 207, 2000.

CHUECA SANCHO, Angel. «Aplicación de los acuerdos Internacionales en el orden jurídico comunitario». En: MARIÑO, Fernando (ed.). *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1998.

COARACY, G. R. «La documentación de patentes como fuente de información tecnológica». En: SAIT. *Propiedad Industrial*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1984.

CONTRERAS, Carlos. «La transferencia de tecnología en la perspectiva norte/sur». En: CORREA, Carlos. «La transferencia de tecnología en la perspectiva norte/sur». En: SAIT. *Primer Seminario Andino de Información sobre Transferencia de Tecnología*. Lima: s.e., 1983.

CORREA, Carlos. «Nuevas tendencias sobre patentes de invención en América Latina». *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n.º 39, 1991.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana. «El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología: capítulo final». *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n.º 37, 1991.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana. «Empresas binacionales: el Estatuto Argentino-Brasileño». En: *Integración Latinoamericana*, Comunidad Andina, noviembre de 1992.

DIEZ-PICAZO, Luis María. «Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», conferencia en la Universidad de Sevilla, 30 de marzo de 2001.

DO NASCIMENTO, M. «El uso de la información de patentes en la industria». En: SAIT. *Las patentes y las marcas en la producción y el comercio*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1987.

ECHEVARRÍA, A. «Uso de marcas y nombres de dominio». *ASIPI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 9, 2001.

ESPINOSA, C. «Entre la ciudad y el continente: opciones para la construcción de los Estados andinos en la época de independencia». *Revista Andina*, Cuzco, n.º 34, 2002.

FAGFHOURI, Mahín. «The International Convention on Arrest of Ships, 1999». En: *Estudios en Homenaje a Ricardo Vigil*. Barcelona: J.M. Bosch, 2000.

FAJARDO MALDONADO, Arturo. «Soberanía y Derecho Internacional en el proceso de integración económica centroamericana». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de San Carlos de Guatemala, N.ºs 3 al 6, 1967-1968.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS. «El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del año 2000». En: *Libro-memorias, I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, tomo I. Madrid: s.e., 1991.

FERNÁNDEZ, W. «El PCT. Su posible modificación: certificado de patentabilidad y patente mundial». *ASIPI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 9, 2001.

FLIT, I. «Documentación de patentes y desarrollo tecnológico». En: SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO-SELA. *Nuevas políticas de Propiedad Intelectual*. Caracas: s.e., 1995.

FLIT, I. y J. OSORIO. «El sistema andino de información tecnológica y sus perspectivas». En: SAIT. *Las patentes y las marcas en la producción y el comercio*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1987.

GABALDON, José Luis. «El Convenio Internacional sobre Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval». En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Madrid: Civitas, 1993.

GÁLVEZ, K. «Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina». *Themis*, Lima, n.º 42, 2001.

GARCÍA BELAÚNDE, José Antonio. «El sueño de Bolívar: de la Federación de los Andes a la Comunidad Andina», exposición en el Coloquio *El Sueño de Bolívar. El Futuro de la Representación Política y de la Integración de los Países Andinos*, Bierritz, 27-28 de setiembre del 2000.

GARCIA BELAUNDE, José Antonio. «El Perú en el Grupo Andino 1992-1997: los años difíciles». *Socialismo y Participación*, Lima, n.º 78, 1997.

GOMEZ SEGADÉ, J.A. «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual». *Actas de Derecho Industrial*, t. XVI, 1994-1995.

HERRERA, Felipe. «La integración económica: pre-requisito del desarrollo industrial». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983.

HUMALA, U. «Globalizando al Perú». En: *Perú Hoy*. Lima: s.e., 2002.

HURTADO LARREA, Estuardo. «Los incumplimientos y la acción asignada a la competencia del Tribunal». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986.

JATAR, A. y L. TINEO. «Competition Policy in the Andean Countries, the Ups and Downs of a Policy in Search of its Place». En: *Conference U.S./Andean Trade and Investment Relations: Policy Issues and Choices*. Washington, 1997.

JORDA, K. «Derechos de propiedad intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia». En: *Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina de Naciones*. Medellín: s.e., 2001.

KATZ, J. «Tecnología e industrialización». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983.

KHEMANI, Shyam. «Objetivos de la Política de Competencia». *Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, vol. XXIV, n.º 2.

KHEMANI, Shyam. «The role and Importance of Competition Advocacy in Promoting Competition». En: *Emerging Market Economy Forum: Workshop on Competition Policy and Enforcement*. Argentina, 1996.

KRESALJA, Baldo. «El GATT y la propiedad intelectual». *Análisis Internacional*, Lima, n.ºs 6-7, 1994.

KRESALJA, Baldo. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». *Themis*, Lima, n.º 39, 1999.

KRESALJA, Baldo. «El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia». *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, n.º 5, 2001.

KRESALJA, Baldo. «La Decisión 313». *Themis*, n.º 23, 1992.

KRESALJA, Baldo. «La registrabilidad de marcas auditivas, olfativas y constituidas por color único en la Decisión 486 de la CAN». *Themis*, Lima, n.º 47, 2001.

KRESALJA, Baldo. «Los objetivos del Derecho de Patentes: notas sobre su evolución». *Themis*, Lima, n.º 36, 1977.

KRESALJA, Baldo. «Modificaciones al régimen común sobre Propiedad Industrial». *Themis*, n.ºs 27-28, 1994.

KRESALJA, Baldo. «Panorámica de la propiedad industrial en el Grupo Andino». En: *Actas de Derecho Industrial*. Madrid: s.e., 1994.

KRUGER, Hans y JÓRG POLAKIEWICZ. «Proposals for a coherent Human Rights protection System in Europe», *Human Rights Law Journal*, vol.22, n.º 14.

LEWINSKI, Silke von. «Urheberrechtsharmonisierung mi Andenpakt - interessant auch für Europa?». *GRUR Int.* 1994.

LANDES, W. y R. POSNER. «El contenido económico del derecho de marcas». *Ius et Veritas*, Lima, n.º 13, 1996.

MASSAGUER, J. «El agotamiento del derecho de marcas y las importaciones paralelas». *Temas de Derecho Industrial y la Competencia*, Buenos Aires, n.º 5, 2001.

- MASSAGUER, J. «Conflictos de marcas en Internet». *Themis*, Lima, n.º 39, 1999.
- MEESEN, K. «Intellectual Property Rights in International Trade». *Journal of World Trade Law*, vol. 21, n.º1, 1987.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista Foros*, 17 de noviembre del 2000.
- MESSERLIN, Patrick. «Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?». *World Competition Law and Economics Review*, vol. 18, n.º 3, marzo de 1995.
- METKE, R. «Las principales innovaciones de la Decisión 344 en materia de marcas». *Revista Colombiana de la Propiedad Industrial. Número en homenaje a Manuel Pachón M.*, Bogotá, n.º 4, 1995.
- MIRANDA, Jorge. «Should Antidumping Laws be Dumped?». *Law and Policy in International Business*, Georgetown, Georgetown University Law Center, vol. 28, n.º 1, otoño de 1996.
- MORENO GONZÁLES, Carlos. «El control judicial de los acuerdos internacionales celebrados por las comunidades europeas a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia, Parlamento Europeo c. Consejo de 7 de marzo de 1996, y Hoesch y RFA c. Bergrohr de 19 de octubre de 1989». En: MARIÑO, Fernando (ed.). *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1998.
- MORGAN, Clarisse. «Competition Policy and Anti-dumping, Is it Time for a Reality Check?». *Journal of World Trade*, Geneva, vol. 30, n.º 5, octubre 1996.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Principios de articulación de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno, y las garantías constitucionales para su aplicación efectiva». En: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: Civitas, 1986.
- NOZAL, J. «Los documentos de patentes como vehículo de información tecnológica». En: SAIT. *Las patentes y las marcas en la producción y el comercio*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1987.
- ORELLANA, Manuel. «El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1983.
- ORTIZ, Graciela. «La normativa comunitaria en materia de libre competencia en la Comunidad Andina». *Thémis*, n.º 42, 2001.
- OTAMENDI, J. «La patente de segundo uso». En: *Propiedad Intelectual*. Guatemala: s.e., 2000.

- OTERO LASTRES, J. «Los requisitos de patentabilidad en la Decisión 486». En: *Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina de Naciones*. Medellín: s.e., 2001.
- OTERO LASTRES, J. «La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486». En: *Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina de Naciones*. Medellín: s.e., 2001.
- P. DE LA FLOR B. «El Perú y la Integración Andina». *Política Internacional*, Lima, n.º 44, 1996.
- PACHÓN, Manuel. «Signos de dominio en el derecho marcario». *Revista de Derecho Mercantil*, Bogotá, n.º 7, 1986.
- PACON, Ana María. «Implicancias de TRIPs en el Derecho de Marcas». *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, n.º 3, 1999.
- PACÓN, Ana María. «Los derechos sobre los signos distintivos y su importancia en una economía globalizada». En: *Propiedad Intelectual*. Guatemala: s.e., 2000.
- PAKDAMAN, Nasser. «Historia de las ideas acerca del desarrollo». En: SALOMÓN, J.J. y OTROS (comps.). *Una búsqueda incierta. Ciencia, tecnología y desarrollo*. México: s.e., 1996.
- PAOLILLO, Felipe. «El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». En: *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales, 1982.
- PESCATORE, Pierre. «Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario». *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid, 1981.
- POSNER, Robert. «The law and economics of intellectual property». *Daedalus*, Washington, 2002.
- PRAT, Agustín. «La legislación de patentes y las nuevas tecnologías en la América Latina y el Caribe». En: SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO - SELA. *Nuevas Políticas de Propiedad Intelectual*. Caracas: SELA, 1995.
- PREBISCH, Raúl. «Un recodo histórico en la periferia latinoamericana». En: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Industrialización y desarrollo en América Latina*. Washington: BID, 1983.
- PULGAR, Telasco. «Propiedad Intelectual, ¿Arma de negociación o instrumento de desarrollo?». En: SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO - SELA. *Nuevas Políticas de Propiedad Intelectual*. Caracas: SELA, 1995.
- RANGEL MEDINA, D. «La nueva legislación sobre propiedad industrial en América Latina». *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, México DF, n.º 19, 1972.

REMICHE, B. y H. DESTERBECQ. «Las patentes farmacéuticas en los Acuerdos del GATT». En: *Temas de derecho industrial y de la competencia*. Buenos Aires: s.e., 1997.

ROZANSKI, F. «Controversias en torno del nuevo régimen de patentes de invención y de la ley de protección a la información confidencial». *ASIPI/Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 8, 1999.

RUBIO LLORENTE, Francisco. «La Constitution espagnole et le Traité de Maastrich». *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, n.º 12, 1992.

SÁCHICA, Luis Carlos y OTROS. «El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986.

SÁCHICA, Luis Carlos. «La acción de nulidad en el ordenamiento jurídico andino». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985 / Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986.

SAENZ, Enrique. «Las patentes: ¿instrumento de desarrollo o dependencia?». *Capítulos: La Protección de la Propiedad Intelectual*, revista del Sistema Económico Latinoamericano - SELA, Caracas, n.º 21, 1988.

SALAZAR MANRIQUE, Roberto. «Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)». En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA-COMUNIDAD EUROPEA-CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*. Quito: Artes Gráficas Señal, 1997.

SALAZAR, S. «Propiedad intelectual y acceso a la diversidad biológica». En: *Los retos de la propiedad industrial en el siglo XXI*. Lima: s.e., 1996.

SALMÓN, Elizabeth. «América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos». *Agenda Internacional*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), año VI, n.º 12.

SCHRICKER, Gerhard. «Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik». *GRUR* 1992.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel. «Derecho de integración, marco conceptual y experiencia de la Unión Europea». En: SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Integración y Supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en los países andinos*. Lima: CAN, 2001.

SODERMAN, Jacob. «Los derechos y libertades de la Unión Europea: el papel del Defensor del Pueblo», conferencia dictada en los *Encuentros de Educación para la Paz*, Santiago de Compostela, 23 de marzo del 2000.

SOTOMAYOR, Abdías. «El modelo de la Comunidad Andina: análisis y propuestas». *Thémis*, 2001, n.º 42.

- SUAREZ, Jorge Luis. «La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, n.º 111, 1999.
- TANGARIFE, Marcel. «Sistema jurisdiccional en el proceso andino». En: *Integración y Supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001.
- THUROW, Lester. «Needed: A new system of intellectual property rights». *Harvard Business Review*, setiembre-octubre de 1997.
- TINEO, Luis. «Acceso a los mercados e integración económica en América Latina: consideraciones de política de competencia». *Thémis*, 1997, n.º 36.
- URQUIDI, Víctor. «Apreciación preliminar del proyecto de Montevideo». En: *La integración económica latinoamericana*. México: s.e., 1963, p. 150.
- VEGA-CENTENO, Máximo. «Cambio técnico y empleo en la industria manufacturera peruana». En: *Población, empleo y tecnología*. Lima: s.e., 1986.
- VENERO, B. «La actual legislación peruana en materia de patentes de invención y el rol del Indecopi». *ASIFI Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n.º 7, 1996.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. «Aspectos Jurídicos de la Aprobación del Acuerdo de Cartagena». *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º 11, junio 1993.
- VIGIL, Ricardo. «El fletamento a casco desnudo: peligros y ventajas». *European Transport Law*, 1987.
- WHITE, Eduardo. «El patentamiento farmacéutico y la Decisión 85». En: *SAIT. Propiedad Industrial*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1984.
- WIONCZEK, Miguel. «Introducción: condiciones de una integración viable». En: *Integración de la América Latina*. México: s.e., 1964.
- WIONCZEK, Miguel. «La historia del Tratado de Montevideo». En: *Integración de la América Latina*. México: s.e., 1964.
- ZAPATA, Fernando. «El Derecho Patrimonial», Seminario de Formación para Profesores de Derecho Privado en Derecho de Autor y Derechos Conexos, Popayán, 30.8.-2.9.1994.
- ZAPATA, Fernando. «Limitaciones y excepciones al derecho de autor», Seminario de Formación para Profesores de Derecho Privado en Derecho de Autor y Derechos Conexos, Popayán 30.8-2.9.1994.
- ZEPEDA, J. «Las patentes como herramienta del progreso industrial». En: *SAIT. Las patentes y las marcas en la producción y el comercio*. Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1987.



### 3. DOCUMENTOS

ALEGRETT, Sebastián. «El papel de las organizaciones regionales y multilaterales en la defensa y promoción de la democracia». Discurso ofrecido en Washington DC el 20 de febrero de 2001 en el foro internacional *El papel de las organizaciones regionales y multilaterales en la defensa y promoción de la democracia* auspiciado por la Organización de Estados Americanos.

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO (ALALC). *El régimen de la propiedad industrial y la integración económica en la ALALC*, 1969.

COMISIÓN DE COMUNIDADES EUROPEAS. *Objetivos y líneas de actuación propuestas por la Comunidad Europea para las negociaciones comerciales relacionadas con aspectos significativos de los derechos de la Propiedad Intelectual*. Madrid, 1989.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Informe relativo a la revisión, actualización y evaluación de las Convenciones Interamericanas sobre la Propiedad Industrial*. Washington, 1971.

COMUNIDAD DE NEGOCIOS DE ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y JAPÓN. *Marco básico de las provisiones del GATT sobre Propiedad Intelectual*. Madrid, 1989.

CONSEJO SUPERIOR DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA. *La Propiedad Industrial y el mercado único*. Madrid, 1991.

GOVERNMENT OF THE USA. *Observaciones a las decisiones andinas 344, 345 y 351*.

GOVERNMENT OF THE USA. *Peru - IPR - Decree Laws 822 and 823, Non-Paper Outline*, septiembre de 1994.

GRUPO ANDINO. *Transferencia de tecnología de empresas extranjeras hacia el Grupo Andino*. Lima, 1979.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. Mesa Redonda sobre la integración de América Latina y la cuestión constitucional. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 6-8 febrero 1967. En: *Informe de la Secretaría General*. Washington: Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, 1967.

ITINTEC. *Efecto del proceso de importación de tecnología en el Perú (período 1971-1974)*.

JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. *Informe de la Junta a la Comisión sobre la Primera Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Derechos de Autor*. Lima, 1 de octubre de 1993.

JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. *Posición conjunta sobre propiedad intelectual*. Lima, 1991.

OMPI. *El PCT y su importancia en América Latina y el Caribe*. Caracas: SELA, 1992.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) - THE WORLD BANK. *A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. United States of America, 1998.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA. *Las patentes como fuente de información tecnológica*. Madrid, 1987.

SECRETARIA DEL GATT. *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Los Textos Jurídicos*. Ginebra: GATT, 1994.

SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. «El Dinamismo de la Comunidad Andina». *Informativo Andino*, Lima, n.º10, octubre 1996.

SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *28 Años de Integración Andina. Un Recuento Histórico*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1997.

SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Acciones en Materia de Negociaciones Comerciales de la Comunidad Andina con Terceros en los Últimos Meses*.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Primera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/Informe/Rev.1)*. Lima: Comunidad Andina, diciembre de 1998.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Segunda Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/II/Informe)*. Lima: Comunidad Andina, marzo del 2000.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Tercera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/III/Informe)*. Lima: Comunidad Andina, noviembre del 2001.

SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. «Sistema Andino de Integración». *Informativo Andino*, Lima, n.º 11, setiembre 1997.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina (SG/REG.LC/II/DT1)*. Lima: Comunidad Andina, octubre de 1999.

SECRETARIA PERMANENTE DEL SISTEMA ECONOMICO LATINOAMERICANO - SELA. *Propiedad Intelectual en los países de América Latina y el Caribe*. Caracas, 1992.

SELA. *Implicancias del Acuerdo TRIPS's en los países de América Latina y el Caribe*. Caracas, 1994.

SISTEMA ECONOMICO LATINOAMERICANO (SELA). *Guía de Integración de América Latina y el Caribe*. SP/Di N.º 5-01, mayo 2001.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *International Competition Policy Advisor Committee, Final Report 2000*. Washington, 2001.

UNCTAD. «Estudios monográficos sobre la transferencia de tecnología: la política del Japón en materia de transferencia y desarrollo de tecnología antes de la guerra (1868-1937)», Documento TD/B/C.6/26.

UNCTAD. *La función del sistema de patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo*. Ginebra, 1975.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Knowledge, innovations and practice of indigenous and local communities: implementation of article 8 (j)*, 1996; y *The Convention on Biological Diversity and the agreement on trade-related intellectual property rights (TRIP's): Rrelationships and Synergies*, 1996.

#### 4. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N° 1-IP-87*.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Procesos N.ºs 1-IP-88*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Proceso N.º 2-IP-88*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 7-IP-89*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-IP-90*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N° 2-IP-91*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 6-IP-93*.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AI-96*.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 3-AI-96*.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AI-97*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AN-97*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 2-AI-97*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 3-AI-97*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º Proceso 3-AI-97*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º Proceso 5-AN-97*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 1-AN-98*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 3-AI-98*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N° 5-AI-98*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 07-AI-99.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 12-AN-99*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 19-AI-99*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 24-AN-99*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 43-AI-99*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 46-AI-99*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.º 14-AN-2001*

## 5. PÁGINAS WEB

<<http://www.sice.oas.org>>

<<http://ue.eu.int/df/docs/es/CharteES.pdf>>

<<http://www.analitica.com>>

<<http://www.banrep.gov.co>>

<<http://www.caf.com>>

<<http://www.comunidadandina.org>>

<<http://www.corteidh.co.cr>>

<<http://www.flar.net>>

<<http://www.indecopi.gob.pe>>

<<http://www.lanic.utexas.edu>>

<<http://www.monografias.com>>

<<http://www.osiptel.gob.pe>>.

<<http://www.parlamentoandino.org>>

<<http://www.solobolivia.com>>

<<http://www.uasb.edu.bo>>

<<http://www.unifr.ch>>

Este libro se terminó de imprimir  
en el mes de noviembre de 2003, en  
los talleres gráficos de Editorial e Imprenta  
DESA S.A., (Reg. Ind. 16521) General Varela 1577,  
Telf.: 424-1936 Fax: 424-6967  
Lima 5, Perú



ISBN 9972-42-616-5



9 789972 426162 >