

PREEMINENCIA Y APLICACION DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO

Por: Dra. Carmen E. Crespo de Hernández*

La integración económica se ha venido imponiendo hoy, ante el convencimiento de las naciones, de que sólo a través de los grandes mercados es posible aprovechar las ventajas de las economías en gran escala para obtener así los mejores recursos humanos y naturales y poder utilizar las costosas y eficientes tecnologías, esenciales para lograr una mayor productividad, creando así las condiciones necesarias para estimular a los inversionistas nacionales y extranjeros.

No existe un concepto único sobre integración. En un documento elaborado por la CEPAL en octubre de 1992, afirman que: "puede considerarse un proceso integrador cualquier conjunto de acciones mancomunadas, impulsadas por instituciones comunes que incrementen el nivel de interdependencia económica entre un grupo de países. El grado de intensidad de dicho proceso será tan amplio o tan limitado como lo deseen los Países Miembros".

La Integración Andina fue iniciada originalmente en los círculos gubernamentales e intelectuales los cuales habían adquirido conciencia de la bondad de la integración, por ello, al comienzo esos esfuerzos políticos integracionistas no tuvieron todo el éxito deseado, porque la iniciativa se originaba en círculos distintos a los empresariales, quienes son los llamados a imprimir a este proceso un gran impulso o rechazarlo.

En la actualidad existen indicios evidentes de que los círculos empresariales han tomado conciencia de la bondad de la acción in-

Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
Exposición realizada en la Cámara de Comercio de Guayaquil, el 9 de Noviembre de 1993.

tegradora y por ello están avanzando con mayor firmeza y celeridad, casi dejando atrás la acción impulsada por los propios gobiernos.

Al margen de la forma como se acometa el proceso integracionista, el hecho cierto es que el crecimiento económico de nuestros Países dependerá en gran medida de las fórmulas que adoptemos para ampliar nuestros mercados a través de la concertación de acuerdos en los cuales tomemos muy en cuenta las posibilidades reales de mercado en el presente de nuestros socios.

Pero a la vez es indispensable tener claro que esa acción de tipo económico tiene necesariamente que ser complementada con acciones de carácter social, legislativas, culturales, orientadas hacia la toma de conciencia sobre las ventajas que representan estos procesos para nuestros pueblos y sobre todo a la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico a las nuevas situaciones así, la creación de instituciones supranacionales obliga a los socios a renunciar al ejercicio de parte de la soberanía nacional en aquellas áreas sobre las cuales se pacten acuerdos entre los Países Miembros.

Debemos considerar también que la integración, no es un fin en sí mismo, sino un medio, un instrumento de política comercial y de política de desarrollo para en asociación con otros países alcanzar objetivos superiores de las sociedades que se integran, desarrollo económico, social o más propiamente desarrollo humano.

La interdependencia entre países en desarrollo constituye un elemento indispensable para protegerlos de la enorme dependencia que tienen con respecto a los países desarrollados cuyas influencias sobre las políticas económicas, culturales, científicas, tecnológicas, sociales y ambientales, son tan fuertes y determinantes que algunas veces obstaculizan las posibilidades de integración y crecimiento de los países en desarrollo.

Por lo tanto, la integración que necesitamos y aspiramos es aquella que sea capaz de lograr las transformaciones profundas que

exigen nuestras estructuras productivas, así como los cambios indispensables que deben darse en nuestras políticas económicas y en nuestras sociedades, todo ello a fin de lograr una mayor participación y cooperación entre los países socios.

Una integración que ignore la marginalidad creciente que observamos y que experimentan amplios sectores de nuestras poblaciones, a las cuales se les ha negado el derecho a tener un ingreso decente, acceso a la salud, una educación apropiada y un ambiente de armonía con la naturaleza, unido a una garantía colectiva de respeto y estimación, no puede considerarse una acción integradora.

Ha quedado probado a lo largo de estos años que estos valores sociales son inalcanzables con los modelos actuales de integración, por lo que se hace indispensable rediseñar el proceso e iniciar nuevas rondas de negociaciones donde estén también presentes los valores mencionados, pero actuando con la absoluta convicción de que es sólo a través de la integración de nuestros países que será posible lograr en menor plazo la solidez de nuestras economías, premisa necesaria para el verdadero desarrollo social.

Consideramos que el Acuerdo de Cartagena constituye hoy la solución más próxima para el desarrollo económico y social de nuestros Países, por lo que debemos reforzar este pacto, a pesar de todos los cambios que en materia de negociaciones bilaterales y multilaterales se producen hoy entre los Países de nuestro continente.

Es bueno recordar, que al constituirse el Pacto Andino, los gobiernos de los Países Miembros realizaron un esfuerzo conjunto para tratar de fortalecer e impulsar un proceso de integración con la finalidad de resolver problemas comunes y afrontar así unidos el reto del subdesarrollo.

El instrumento constitutivo del grupo andino es el Acuerdo de Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1969 por los Plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, y al cual se adhirió

Venezuela el 13 de febrero de 1973. Posteriormente, el 30 de octubre de 1976, el gobierno de Chile se retiró del mismo.

Los cambios en el contexto internacional, la situación económica de los Países Miembros y la propia dinámica del proceso, condujeron a los Estados signatarios, a suscribir posteriormente los protocolos adicionales al Acuerdo de Cartagena: el de Lima en 1976, el de Arequipa en 1978 y el de Quito en 1988, los cuales introdujeron ajustes a los plazos de los programas previstos en el Acuerdo, en un intento por superar la crisis de la integración andina, con el fin de permitir la presecución del proceso y por consiguiente, el logro de sus objetivos.

Para obtener sus fines era necesario que la integración andina contara con una estructura institucional, creada, fundamentalmente, para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados signatarios del Tratado o Acuerdo básico. Es por ello que, el Acuerdo de Cartagena posee cuatro órganos principales: La Comisión, La Junta, El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el Parlamento Andino.

El Acuerdo de Cartagena no podría cumplir sus funciones, si no hubiera creado un ordenamiento jurídico totalmente nuevo e independiente, tanto de Derecho Internacional como de los Derechos Nacionales de los Estados Miembros. La creación de un ordenamiento jurídico autónomo es la condición esencial para la existencia de una verdadera integración, tal como ocurre en la Comunidad Europea.

Al suscribir el Acuerdo de Cartagena, los Países Miembros se comprometieron a promover su desarrollo equilibrado y armónico en condiciones de equidad, en la Subregión, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento, así como 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 dismi-

nuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional, tratar de 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.

Los gobiernos de los Países Miembros, después de varios años reconocieron que sólo era posible desarrollar un verdadero proceso de integración sustentándolo en las normas jurídicas que la conforman y que tales normas sólo podían ser salvaguardadas por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente los gobiernos *de* los Países Miembros que tuviera capacidad para:

- Declarar el Derecho Comunitario
- Dirimir las controversias que surgieran del mismo e
- Interpretarlo uniformemente.

Sin embargo, durante los primeros catorce años de la integración Subregional, el proceso se cumplió sin la existencia *de* un Tribunal que controlara la legalidad en la Subregión por *lo* que correspondió a la Comisión llevar adelante los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueron necesarios para resolver las discrepancias que se presentaron, bien con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo de Cartagena o de las Decisiones de la Comisión.

Pero si la Comisión fracasaba en la aplicación de estos procedimientos conciliatorios, los Países Miembros podían también acudir a los procedimientos establecidos en el Protocolo para la solución de controversias, suscrito en la Asunción, República del Paraguay, el 2 de septiembre de 1967 por los Ministros de Relaciones Exteriores de las partes contratantes del Tratado de Montevideo.

Finalmente, el 28 de mayo de 1979, los Países Miembros suscri-

bieron en Cartagena el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena entrando en vigor el 19 de mayo de 1983 e iniciando sus actividades oficialmente el 2 de enero de 1984.

En el Tratado de Creación del Tribunal se establece en su Artículo 1° que el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena está conformado por las siguientes normas:

- El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales
- El Tratado de Creación del Tribunal
- Las Decisiones que dicte la Comisión y
- Las Resoluciones que dicte la Junta

La preeminencia y aplicación directa de la norma comunitaria quedó establecida en el Tratado del Tribunal, así pauta en su Artículo 2 la aplicación directa, al establecer que las Decisiones que dicte la Comisión obliga a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión.

Y el Artículo 3, establece que las Decisiones que dicte la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas Decisiones señalen una fecha posterior.

El Artículo 4 señala que las Resoluciones que dicte la Junta entrarán en vigencia en la fecha y con las modalidades que establezca su reglamento.

Finalmente, el Artículo 5 nos dice 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.

Y que asimismo, los Países Miembros se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria al Ordenamiento Ju-

rídico del Acuerdo de Cartagena o que de algún modo obstaculice su aplicación.

En consecuencia, el Ordenamiento Jurídico Andino, tanto si proviene de los Tratados, de las Decisiones que dicte la Comisión o de las Resoluciones que dicte la Junta, es directamente aplicable en los Países Miembros, los cuales están obligados a tomar las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento, así como de abstenerse de ejercer alguna medida que sea contraria a las normas del Derecho Comunitario.

Este Tribunal siempre ha defendido en sus sentencias el principio de la preeminencia y aplicación directa del Derecho Comunitario:

Así en la sentencia recaída en el Proceso 2-IP-88, el Tribunal afirmó:

Se plantea en el presente caso un supuesto *conflicto* entre las normas del Derecho Comunitario contenidas en la Decisión 85 y una norma del Derecho Interno colombiano, el Artículo 454 de la Ley 9a de 1979, anterior en el ordenamiento jurídico de ese País, a la vigencia de la Decisión 85. Conviene por lo tanto, reiterar antes que nada los principios generales que determinan el valor normativo y el consiguiente efecto jurídico de las normas del Ordenamiento Andino, frente a las normas del Derecho Interno de los Países Miembros del Acuerdo.

Seguidamente el fallo nos dice, en cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señala 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 las normas comunitarias. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resul-

ta especialmente claro cuando la Ley posterior que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales del derecho es precisamente la norma comunitaria.

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, pues son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y de extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay —se ha dicho— una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario.

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 ella.

Y se hace referencia en este fallo a sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas donde se afirma que:

"Todo Juez Nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la Ley Nacional, sea esta anterior o posterior a la regla comunitaria". Fin de la cita.

En otro fallo del Tribunal, recaído en el Proceso 2-IP-90, siguiendo su jurisprudencia, dejó sentado lo siguiente:

El Derecho de la Integración como tal, no puede existir si no se

acepta el principio de su primacía o prevalencia **sobre los derechos** nacionales o internos de los Países Miembros. En los asuntos **cuya** regulación corresponda al Derecho Comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del Legislador Nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa por así decirlo, el terreno Legislativo Nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo el derecho interno, el Legislador Nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o reglamentarlo, y el Juez Nacional a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común.

En la aplicación de este principio fundamental debe tenerse en cuenta, conforme ya lo ha señalado la jurisprudencia de este Tribunal en la sentencia 2-IP-88, que se trata de la confrontación de dos Ordenamientos jurídicos esencialmente distintos, el Nacional y el Comunitario, de suerte que no puede hablarse con propiedad de un simple conflicto de normas, puesto que se trata de un conflicto entre distintas fuentes normativas.

Por lo tanto, el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento jurídico interno, no sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias a éste.

c Seguidamente en la sentencia se afirma el principio de la aplicación preferente del derecho comunitario, según el cual éste debe aplicarse de todos modos, no obstante lo que disponga el derecho nacional, lo que fue consagrado en la Comunidad Económica Europea en el histórico fallo COSTA /ENEL de fecha 15 de junio de 1964, ratificado en la sentencia SINENTHAL de 9 de marzo de 1978.

Este principio de aplicación preferente del derecho comunitario sobre la norma interna, contribuyó de modo decisivo al éxito hasta ahora alcanzado por el proceso de integración en Europa.

Se trata de una concepción jurídica fundamental, consagrada también dentro del Ordenamiento Jurídico Andino, que hace posible la existencia de un verdadero derecho **de la integración por lo que** este Tribunal no ha vacilado en acogerla.

Debe tenerse en cuenta sin embargo que todo proceso de integración es, por su propia naturaleza, gradual o progresivo, y que por consiguiente el efecto de desplazamiento del derecho interno por el comunitario suele producirse por etapas al ritmo del avance de las regulaciones comunes. Resulta excepcional en efecto, que el derecho de la integración logre cubrir desde un principio, a través de regulaciones propias, la totalidad de las materias reservadas a la Comunidad.

En otros términos, para que el Legislador Nacional se vea desplazado, no basta que la Comunidad se haya reservado el tratamiento normativo de un tema, ya que dicho desplazamiento solamente se produce cuando el Legislador Comunitario ocupa efectivamente ese terreno con normas obligatorias para la Subregión.

En relación al caso concreto que motivó el fallo, la sentencia nos dice:

El artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, ordena a los organismos comunitarios competentes que sometan a la consideración de los Países Miembros, un régimen común sobre inversiones extranjeras y propiedad industrial, temas en los cuales también se encuentra implícito el de transferencia de tecnología, ello de manera enumerativa por vía de ejemplo, de suerte que no se trata en modo alguno de una disposición taxativa.

Cabe observar que de este modo la Comunidad se reservó la capacidad normativa sobre tales asuntos. Lo cual no implicó que la competencia legislativa de los Estados Miembros sobre estos mismos temas hubiese sido transferida totalmente y de manera instantánea a los organismos de la integración. Esto sin embargo, bien podría ocu-

rrir en el supuesto de que la Comunidad hacia el futuro, logre cubrir a través de normas la integridad de la materia.

Hasta tanto, esto no ocurra, los Estados Miembros, conservarán su normal competencia, sobre asuntos que aún no hayan sido regulados por la Comunidad.

Luego de éstas y otras consideraciones, el citado fallo del Tribunal concluye:

1. La regulación contenida en el derecho comunitario andino sobre la aprobación o rechazo, por parte de los Países Miembros de los contratos de licencia de marca con pago de regalías, *es de cubrimiento parcial y de alcance básicamente indicativo*. Los Países Miembros, en consecuencia, *conservan su competencia para legislar en esta materia, sobre aspectos no regulados por el derecho de la integración o para desarrollar o complementar los que no hayan sido regulados de modo exhaustivo*.
2. Los Países Miembros según lo anterior, *pueden legislar válidamente sobre los criterios que deben ser tenidos en cuenta para aprobar o rechazar los contratos de licencia de marca*, pero siguiendo en todo caso las pautas establecidas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en cuanto a la importación de tecnología y teniendo en cuenta las normas comunitarias específicas que regulan la materia, las cuales prevalecen sobre la Legislación Nacional.

e

Finalmente, es bueno señalar que antes de la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en cuyo Tratado se dictó la normativa sobre la aplicación directa de las normas comunitarias, la Comisión en una Decisión aprobada en su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias, celebrada en Lima en 1980, declaró que el Ordenamiento Jurídico de la Integración Andina prevalecía en su aplicación sobre las normas internas o nacionales por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la

construcción integracionista. Así, declaró la validez plena de los siguientes conceptos:

- a. El Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales.
- b. El Ordenamiento Jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros,
- c. Las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del acta final de la reunión respectiva.

Estos criterios expuestos por la Comisión antes de la creación del Tribunal alcanzan su plena vigencia como norma jurídica con la entrada en vigor del Tratado Constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983.

Con lo que queda plenamente determinado que el Derecho Comunitario requiere como condición sine qua non, su preeminencia sobre el derecho interno de los Países Miembros, y su aplicación directa una vez publicada la normativa comunitaria en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena cumple una importante función dentro del desarrollo y evolución del complejo sistema de integración Subregional Andina, así:

Ha permitido a los Países Miembros contar con un órgano jurisdiccional para dirimir los conflictos que pudiesen suscitarse entre ellos con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.

Ha protegido el Acuerdo de Cartagena de Decisiones o Resoluciones contrarias a su normativa, cuando así se lo han demandado.

Ha logrado la uniformidad en su aplicación del ordenamiento jurídico comunitario a través de las solicitudes de interpretación prejudicial presentada por Jueces Nacionales de los Países Miembros.

Espera el Tribunal que con las modificaciones que se propone a su Tratado de Creación, se amplíen sus competencias en beneficio y una mayor salvaguarda del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, así como de los Derechos Comunitarios de los ciudadanos de la Subregión Andina.