

El potencial Tratado de Libre Comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al Derecho Comunitario Andino

César Montaña Galarza

Al parecer, como alternativa de supervivencia, a la Comunidad Andina le tocará entrar en un complejo y a lo mejor insuperable proceso de revisión de su sistema jurídico de tal forma de transformarlo y ponerlo a punto con el marco jurídico de los diferentes tratados de libre comercio suscritos por sus estados miembros.

Introducción

Es dable que para abordar el espinoso tema relacionado con las imbricaciones entre el sistema jurídico de la Comunidad Andina (CAN) y las normas jurídicas del posible tratado de libre comercio (TLC) entre Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU), se empiece por revisar algunas particularidades que hacen separadamente al derecho comunitario y al derecho internacional. En seguida de manera somera aludiré a algunos rasgos comunes y característicos de los tratados de libre comercio. Una vez auscultadas las disciplinas jurídicas que interesan para este ensayo y las particularidades de un posible acuerdo de liberalización comercial, pasaré a explicar de qué manera se considera al derecho internacional en el contexto andino de integración, para así entrar a concluir acerca de cómo los países miembros de la Comunidad Andina (CAN) que firmen o hayan firmado acuerdo comerciales con terceros estados no miembros deberán actuar, por un lado, frente a las normas jurídicas adoptadas en el contexto andino de integración (derecho comunitario originario y derivado) y, por el otro, frente a las disposiciones jurídicas que se incorporen en el tratado de libre comercio, de tal manera que no incurran en incumplimientos de obligaciones asumidas en los espacios supranacional e internacional, respectivamente.

Las normas jurídicas de la Comunidad Andina

La Comunidad Andina encarna un proceso de integración que lleva un poco más de treinta y seis años a cuestas. Posee dos instrumentos primordiales que sirven para que los países miembros (PPMM) logren avances y conquistas en los campos político, económico y social. Se

trata de una parte, de un sistema institucional funcional a los objetivos de la integración, que está compuesto por órganos e instituciones supranacionales, que gozan de poderes de decisión y normativos específicos, según las competencias atribuidas desde los estados partes del Acuerdo de Cartagena (AC), que constituye el tratado originario o fundacional de la CAN junto con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TCTJAC); de otra, de un sistema jurídico que se desarrolla según determinaciones de los órganos de los que emana y que persiguen la profundización del proceso, por ejemplo, dar el salto de un área de libre comercio a una unión aduanera y de ésta a un mercado común; siempre en coherencia con los convenios originarios.

Como consta más arriba, el AC es la norma base de la Comunidad Andina, un tratado o convenio internacional multilateral vigente en el territorio de cada uno de los estados miembros. En este instrumento internacional se han creado órganos e instituciones de la integración, los más importantes de corte político-intergubernamental antes que totalmente comunitarios. Forman lo que en el ámbito andino de la integración se conoce como el Sistema Andino de Integración (SAI), a la luz del AC (arts. 5, 6).

Las normas jurídicas que emanan de los órganos comunitarios dotados para ello se conocen genéricamente como derecho derivado, secundario o institucional. Se trata de las *decisiones* que adopta el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de las *decisiones* de la Comisión y, de las *resoluciones* de la Secretaría General (antes Junta del Acuerdo de Cartagena).

Tanto en la experiencia europea de integración como en la andina, las normas jurídicas que sirven al propósito integrador gozan de los principios de primacía, aplicabilidad inmediata o directa y, de efecto directo; lo que quiere decir que el derecho comunitario prevalece sobre el derecho interno salvo sobre la Constitución, se aplica directa e inmediatamente en los estados miembros desde su publicación en el órgano oficial de difusión de la Comunidad (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena) a menos

que la propia norma jurídica determine otra situación y, tiene la capacidad de crear derechos y obligaciones para los particulares de los estados miembros, quienes pueden reclamar a sus propio jueces la aplicación de la disposición jurídica que les beneficie, en su orden.

Prácticamente la mayoría de atributos del derecho comunitario ha sido construida por vía pretoriana, primero por las manifestaciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y, más adelante, por las del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC). De allí que se trate de una rama jurídica joven que apenas acumula poco más de medio siglo de desarrollo.

La norma base o fundacional del ordenamiento jurídico comunitario es un tratado internacional, mientras que las normas de derecho comunitario derivado o secundario son aquellas adoptadas por los órganos supranacionales competentes, en consecuencia del instrumento originario. Se ha dicho con razón que la norma fundacional es de corte programático (tratado marco), porque contiene las determinaciones generales para el desarrollo del proceso, mientras que las disposiciones secundarias sirven para ejecutar avances puntuales en aras de consolidar los objetivos del proceso, que constan en el tratado originario.

Para cerrar esta parte diré que el sistema jurídico de la integración o comunitario entra a formar parte del sistema jurídico estatal de los PPMM tal como lo hace el derecho internacional, en el caso ecuatoriano, supraordenado respecto de las leyes y normas jurídicas de menor rango, e infraordenado a la Constitución Política de la República.

A partir de ello se tiene que el tratado fundacional de la Comunidad goza de doble naturaleza, en este sentido, es al mismo tiempo un instrumento de derecho internacional así como la fuente generatriz del derecho comunitario. Mientras que el derecho comunitario derivado constituye un cúmulo de normas jurídicas de creación institucional descentralizada, útil sobre todo para lograr los avances del proceso en vía de profundización o de ampliación.

Las normas de derecho económico internacional contenidas en los acuerdos de libre comercio

La doctrina afín al proceso integracionista europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo a lo largo de los años se han venido asegurando de afirmar que el derecho comunitario es un derecho autónomo e independiente del derecho internacional, producto de sus propias fuentes y, que goza de los principios de primacía, aplicabilidad inmediata y directa y de efecto directo.

A diferencia del derecho comunitario creado primordialmente para que los estados se integren o unifiquen, el derecho internacional se presenta como una disciplina jurídica que sirve para que los sujetos que forman la sociedad internacional se relacionen, sea en vía de cooperación, coordinación, o pacificación. Pero tienen razón quienes ven en el derecho comunitario una nueva especie de derecho internacional, aquel que sirve a los sujetos de

la sociedad internacional para que se integren o unifiquen, permitiendo el ejercicio en conjunto de competencias soberanas antes radicadas en los estados.

También es cierto que el derecho comunitario sirve para concretar aspectos más específicos que interesan a un grupo de países que pretenden actuar comunitariamente, deponiendo intereses individuales ante los que interesan al grupo. El derecho internacional clásico por su naturaleza, falta de coactividad y efectividad frente a los estados no serviría para alcanzar los objetivos de la integración, a saber: lograr el desarrollo armónico de los países y elevar el nivel de bienestar económico y social de los pueblos de esos países.

Siempre he pensado que lo que es regla en el derecho comunitario es la excepción en el derecho internacional, por ejemplo: toda norma jurídica comunitaria —salvo que las mismas normas determinen algo diferente— goza de primacía, aplicabilidad inmediata y directa y de efecto directo, mientras que, excepcionalmente una norma jurídica de derecho internacional tiene tales efectos (caso de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas). Usualmente en las relaciones de derecho internacional no se da el traslado de competencias que se experimenta en el contexto comunitario (competencias de atribución).

Aquellas disposiciones jurídicas que se contienen en un tratado de libre comercio son de derecho internacional económico, regidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, además deben observar las determinaciones y lineamientos del Acuerdo General sobre Aranceles y comercio (GATT) de 1947, suscrito por varios países y que dio origen a la Organización Mundial de Comercio (OMC), instituida en 1994, de la cual Ecuador es parte desde el 1 de enero de 1996.

Los acuerdos de libre comercio

Los tratados que persiguen la liberalización comercial lo hacen estableciendo reglas y normas para eliminar obstáculos al intercambio comercial, consolidar el acceso a bienes y servicios y favorecer la atracción de inversión privada, todo ello con la posibilidad de generar plazas de empleo, modernizar el aparato productivo, mejorar los niveles de vida de la población, promover las inversiones nacionales y foráneas, ampliar mercados, promover el crecimiento económico, establecer disposiciones legales que regulen las áreas relacionadas con el comercio, garantizar los derechos de personas o empresas a invertir, promover condiciones para una competencia justa.

A partir de la suscripción de un acuerdo de libre comercio, como el que se podría retomar con los EEUU, Ecuador accedería a derechos en el comercio mundial que debería profundizar mediante acuerdos o esquemas de integración económica como en la Comunidad Andina, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Muchos países del orbe han suscrito acuerdos de libre comercio, en América se pueden citar los acordados entre Chile y Estados Unidos, Perú, Colombia y Estados

Unidos y, el denominado Acuerdo de Libre Comercio Centroamérica - República Dominicana - Estados Unidos (CAFTA).

El 2 de octubre de 2003 el ex Presidente Lucio Gutiérrez, expuso formalmente al Primer Mandatario de los Estados Unidos, el deseo de iniciar negociaciones de un acuerdo de libre comercio. Así el 18 de noviembre del mismo año, el representante comercial de la potencia del norte, Robert Zoellick, anunció y notificó al Congreso de ese país, la decisión de negociar un tratado de libre comercio con Ecuador, Colombia y Perú. En Cartagena de Indias, el 18 de mayo de 2005, los tres países andinos conjuntamente con los Estados Unidos, iniciaron oficialmente la Primera Ronda de Negociaciones del TLC. En la actualidad Perú y Colombia han firmado con los EEUU, y las negociaciones con Ecuador se han interrumpido.

En los casos recién citados se trata de acuerdos bilaterales, lo que quiere decir que al menos a mediano plazo, desde la perspectiva de la Comunidad Andina, no se podrá suscribir un tratado multilateral de libre comercio con los EEUU, ni tampoco un tratado bilateral entre la CAN y los EEUU.

Un tratado de libre comercio permite que dos o más países establezcan reglas y normas para el libre intercambio de productos, servicios e inversiones; tiene como objetivos: ampliar mercados, generar trabajo, promover el crecimiento económico, eliminar el pago de aranceles (impuestos) a la importación de productos así como toda medida que impida o dificulte el intercambio comercial, establecer disposiciones legales que regulen las áreas relacionadas con el comercio, garantizar los derechos de personas o empresas a invertir en el país socio, establecer disposiciones que regulen el comercio de servicios, asegurar el cumplimiento de los derechos y obligaciones negociadas, estableciendo un mecanismo de solución rápida a problemas que surjan en el comercio de productos, servicios o en inversiones, promover condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión nacional e internacional.

Los beneficios que acarrearía un tratado de ese tipo son: permitirá crear plazas de trabajo, combatir la pobreza y evitar la migración, mejorará el comercio internacional ecuatoriano promoviendo las exportaciones, garantizará el acceso de productos ecuatorianos al mercado de los Estados Unidos, incrementará la producción de bienes exportables, captará capitales externos para los sectores productivos, promoverá la transferencia de tecnología, mejorará la calidad de los productos de exportación, aprovechando ventajas competitivas. Desde la perspectiva del consumidor este se verá beneficiado al recibir variedad y mejor calidad en productos y servicios, así mismo con la reducción de precios en productos importados y nacionales. El productor se beneficiará porque al existir mayor competitividad, se obligará a producir bienes con alta calidad que tendrán mayor demanda en el mercado. Tiene un mercado potencial de 280 millones de personas. Permitirá la importación de insumos y materias primas de mejor calidad para la industria y a menores costos. Desde la óptica de país, se podrá superar las limi-

taciones territoriales y de mercado. Se abren importantes oportunidades de comercio y empleo, aumentará el interés de los inversionistas en el Ecuador. Se crean nuevas fuentes de transferencia de tecnología.

El Derecho Comunitario Andino y las normas jurídicas de los tratados de libre comercio

Para desarrollar este acápite es válido revisar la relación entre el derecho internacional y el derecho comunitario. Está aceptado a nivel doctrinario¹ y jurisprudencial en las experiencias de integración europea y andina que el derecho internacional general es fuente del derecho comunitario. De allí que los tratados y convenios posteriores a la entrada de un País Miembro al proceso de integración no pueden contravenir a los tratados fundacionales de la Comunidad y, aquellos suscritos antes de la entrada al grupo de integración deben ser renegociados o denunciados por el Estado que se adhiere al grupo. De esta manera, el nuevo Estado Miembro no mantendrá normas de instrumentos internacionales por él suscritos que sean incompatibles con el ordenamiento jurídico de la Comunidad.

En el caso europeo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo realiza una especie de control *a priori* del tratado que va a suscribir un Estado Miembro con otro que no lo es, de esa forma se cuida que ningún Estado Miembro mantenga en vigencia acuerdos internacionales con terceros estados que contravengan las disposiciones jurídicas de la Comunidad. Un mecanismo semejante no se ha instituido en manos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que puede ocasionar una pérdida de control de la Organización respecto de las obligaciones jurídicas internacionales que ejecutan sus Países Miembros con terceros estados.

De otro lado, se puede ver a las normas jurídicas de un contexto de integración comunitaria como "especiales" frente a las del derecho internacional, de allí que entonces se aplicaría la regla que dice que "la norma especial prevalece sobre la general".

Efectivamente, las normas contenidas en tratados y convenios internacionales suscritos por los estados miembros sobre diversas materias resultan ser generales al lado de aquellas que se negocian e incluyen en un acuerdo de integración, pues los procesos de integración son llevados a cabo por organizaciones internacionales especializadas, de integración o unificación de estados unidos por múltiples vínculos comunes (la región, la cultura, el sistema económico, la ideología política, la historia, etc.), según gran parte de la doctrina actual del derecho internacional público; mientras que las normas jurídicas gestadas en organizaciones internacionales específicas, tradicionales, no tendrían igual alcance ni naturaleza que las primeras, entre varias razones porque están formadas por estados diversos y heterogéneos que poseen pocos rasgos compartidos.

Ya en el ámbito jurisprudencial andino cabe anotar algunas precisiones que muestran la posición prevalente del

derecho comunitario sobre el derecho internacional;² antes de ello aclaro que no sucede lo mismo en todos los contextos de integración, por ejemplo, en el CAFTA se aceptó la subordinación de la normativa centroamericana a los compromisos asumidos en el marco del tratado de libre comercio con los EEUU, el art. 1.3.2. del CAFTA dice:

Para mayor certeza, nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración Centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, *siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado.* (Lo subrayado me pertenece).

La suscripción de un tratado de libre comercio por parte de los países andinos con una cláusula de subordinación similar a la referida requeriría una profunda modificación del sistema jurídico e institucional de la Comunidad Andina, sobre todo en lo que respecta a la transferencia del ejercicio de competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales que opera en el sistema comunitario (supranacionalidad); la autonomía del Derecho Comunitario respecto del Derecho interno y al Derecho internacional convencional de los Países Miembros; la aplicación inmediata, directa y la primacía del ordenamiento comunitario; y la exclusividad de jurisdicción prevista en el Tratado del Tribunal de Justicia de la CAN. No subordinar el Acuerdo de Cartagena al tratado de libre comercio es indispensable para poder avanzar en el proceso de profundización de su integración comercial.³

Como decía, reiterada jurisprudencia andina ha mantenido la preferencia del ordenamiento jurídico andino frente al derecho internacional, así en la Sentencia No. 2-N-86, proceso seguido por la República de Colombia contra la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy Secretaría General de la CAN), la corte comunitaria alude las características del derecho comunitario andino y la observancia que del mismo deben hacer los estados miembros:

...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, los mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino. Esta consideración sobre la debida relevancia en las previsiones del Tratado Constitutivo del Tribunal, que al haberlo instituido como el órgano jurisdiccional con capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es decir, como órgano del control de legalidad en el Acuerdo, en su artículo 5 es taxativo al disponer que "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación."⁴

En el proceso 10-IP-95 el TJAC señaló la preeminencia del derecho de la Comunidad Andina sobre otros ordenamientos jurídicos en los temas que son de su competencia, esto porque ha operado la traslación del ejercicio de las competencias en determinadas materias desde los estados miembros hacia los órganos supranacionales.⁵ Manteniendo la misma línea de opinión, el Tribunal andino se expresó en la sentencia del proceso 30-IP-98.⁶

En la sentencia del proceso 1-IP-96, el Tribunal analiza expresamente dos ordenamientos jurídicos distintos: el internacional y el comunitario, para establecer sus relaciones, y dijo:

La doctrina y la jurisprudencia europeas que son pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario, dentro del propósito de formar una comunidad de naciones como el Mercado Común Europeo y la Unión Europea, coinciden en señalar que en el complejo mundo de las relaciones internacionales, el fenómeno comunitario se vierte o es prohiado por un ordenamiento jurídico nuevo que da origen a una comunidad de derecho con características propias y cierto grado de autonomía en sus relaciones con el derecho internacional que la jurisprudencia europea ha dado en llamar el particularismo del derecho puesto al servicio del interés común de los países que se asocian.

En esta misma sentencia también ha dicho el Tribunal que en lo que concierne a la relación propiamente dicha entre el ordenamiento comunitario y el internacional, éste es una de las fuentes de aquel, pero que de ello no se deriva que la Comunidad quede obligada por el citado ordenamiento. Agregó:

En el caso de los tratados internacionales suscritos por los países miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, como la protección a la propiedad industrial, puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le puede servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquél. Por el contrario, toda vez que el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario —por aplicación de sus características "existenciales" de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia— la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.⁷

Con la sentencia del proceso 1-AI-96 el Tribunal abordó el problema del conflicto entre una norma comunitaria y un acuerdo bilateral de un País Miembro con terceros países. Trata sobre la firma de un convenio en materia de propiedad industrial entre los gobiernos de Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica que estaba en contra de la Decisión 344 de ese entonces (hoy Decisión 486 de la Comisión, que establece el régimen común sobre propiedad industrial). En la ocasión la corte manifestó entre otras cosas, lo siguiente:

La Junta, con relación a esta aseveración desea hacer notar a ese honorable Tribunal que el Derecho Internacio-

nal Consuetudinario, recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que la existencia de un Tratado con un tercer país no puede ser alegada por un Estado como base para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales válidamente adquiridos con otros Estados. De la misma manera al amparo de la existencia de tal Tratado, no puede pretenderse invalidar o desconocer el ejercicio de derechos conferidos a los demás Países Miembros y a los órganos comunitarios por los Tratados que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena.⁸

En la sentencia del proceso 7-AI-98 el Tribunal aclara sobre la imposibilidad de que los Países miembros aleguen el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino a pretexto de cumplir normas jurídicas de la Organización Mundial de Comercio:

Otro de los argumentos de la demandada hace referencia al hecho de que el Decreto 1207 de 1998 "guarda conformidad en los límites que le impone su Nivel de Consolidación de los Aranceles en la OMC, que es de 10 puntos sobre el Arancel Externo Común y que no es aplicable a los Países Miembros de la Comunidad Andina". Argumento que para el Tribunal resulta inaceptable al suponer 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 encontraran más conveniente y dejando de cumplir el que les resultara desfavorable. Debe recordarse que, precisamente en relación con el Arancel Externo Común, el artículo 98 del Tratado de manera categórica y en procura de la intangibilidad del Arancel Externo Común por razón de acuerdos realizados por los Países Miembros con terceros, contiene la obligación de que aquellos "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". De este compromiso resulta, en primer lugar, la necesaria multilateralidad para el manejo del instrumento en cuestión, así como la primacía de lo acordado comunitariamente con respecto a otros compromisos y a otras posibilidades que se tengan por cualquier País Miembro en razón de estar inscrito, bilateral o multilateralmente, en otros regímenes jurídicos internacionales.

En otras palabras, la obligación que tiene la República del Ecuador de respetar y cumplir lo acordado en el seno de la Comisión al contribuir a la expedición de la Decisión 370 por medio de la cual se adoptó el Arancel Externo Común, no puede ser soslayada bajo el argumento de que los sobre-aranceles impuestos son incompatibles con los niveles que se han negociado en el seno de la Organización Mundial de Comercio. La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas, so pretexto de que se está incumpliendo 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 sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros, sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que estos pertenezcan.⁹

Así mismo, de conformidad con la jurisprudencia del TJAC, los acuerdos internacionales o tratados que celebren los estados miembros con otras organizaciones tienen una jerarquía menor que el acervo comunitario, así lo refiere Rodrigo Garrón Bozo¹⁰, en atención a la Sentencia No. 51-AI-2002, *Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador*.

En suma, la jurisprudencia andina afianza la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho internacional en la primacía y aplicabilidad directa e inmediata del ordenamiento jurídico de la Comunidad respecto del derecho nacional de los estados miembros, así como en las obligaciones que tienen los estados miembros de hacer todo lo que sea necesario para cumplir las obligaciones derivadas de la integración andina y a no hacer nada que entorpezca la vigencia del sistema jurídico comunitario por ejemplo mediante la adopción de medidas administrativas, legislativas o judiciales atentatorias al ordenamiento jurídico de la CAN.

El sistema jurídico de la Comunidad Andina y los tratados de libre comercio que negocian bilateralmente sus estados miembros con terceros estados

Para todo este acápite seguiré el documento antes referido que realizó la Secretaría General de la CAN, mediante el cual se analiza las distintas disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con los Estados Unidos y su eventual impacto en la normativa andina. Allí se dice que se identifica varios tipos de efectos de un TLC sobre la normativa comunitaria, así en algunos casos el TLC llevaría a una colisión de compromisos, en otros, surge la necesidad de hacer ajustes para actualizar la normativa andina, o el TLC complementa y propicia una mejora. También se identifican casos en que las disciplinas TLC suplen vacíos que estimulan la profundización de los compromisos andinos y, en otros, la norma andina es más profunda. Se indica además que inevitablemente, así no se afecte la normativa andina vigente, también se han identificado algunos casos de efectos adversos sobre desarrollos normativos futuros de interés comunitario.

Según el estudio, el análisis en su conjunto de las disciplinas mostró, en términos generales, que el TLC no alteraría de manera importante las reglas del juego para las relaciones entre los países miembros. La Decisión 598 adoptada por el Consejo Ampliado de Ministros de Relaciones Exteriores con la Comisión, contribuye significativamente a ello, sobre todo a tenor de lo dispuesto en el art. 2 que dice:

De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los Países Miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con terceros países. En este caso, los Países Miembros participantes deberán:

- a) *Preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.*

- b) Tomar en cuenta las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial.
- c) Mantener un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad. (El subrayado me pertenece).

El análisis indica que se notan indicios que las disciplinas TLC podrían ayudar a mejorar dichas reglas del juego, actualizándolas en algunos casos, y en otros promoviendo mayores compromisos intra andinos, a saber:

Obstáculos Técnicos al Comercio, no se observan colisiones y ambas normativas siguen parámetros similares con la OMC. En varios aspectos la norma andina es más avanzada y evoluciona a compromisos de transparencia y reconocimiento mutuo. En otros, la adopción de algunos estándares del CAFTA mejoraría los compromisos andinos.

Medidas sanitarias y fitosanitarias, siguen los parámetros OMC. La norma andina es más profunda y completa.

Competencia, la norma andina está en revisión, lo que dificulta identificar eventuales efectos de lo que se pacte entre los países andinos con Estados Unidos en el TLC, aunque pudiera adelantarse que los ámbitos de aplicación podrían coincidir cuando empresas de dos o más países miembros de la Comunidad Andina sean afectados por conductas anticompetitivas de efecto transfronterizo que involucren a Estados Unidos, o sean el origen de las mismas.

Salvaguardia, que rige para el comercio intracomunitario, necesita alcanzar estándares similares a los acuerdos negociados en los últimos años en la región, como por ejemplo el CAFTA. Con la actual normativa podrían darse mejores tratamientos a terceros países que a los andinos debido a la mayor flexibilidad de las disposiciones comunitarias para adoptar medidas transitorias de protección. Si el TLC de Ecuador con Estados Unidos mantiene compromisos similares a CAFTA en defensa comercial, se hace necesario prever las correcciones a nivel andino para evitar las inconsistencias que se anuncian. De otra parte, respecto a la normativa comunitaria frente a terceros países, los países andinos que negocian el TLC deben evaluar si un acuerdo similar al CAFTA podría dejarles la posibilidad de aplicar medidas de urgencia para defender sus exportaciones en el mercado del otro socio andino.

Reglas de origen, las bases de las normas CAFTA y andina son diferentes mas no excluyentes ni contradictorias. Varios elementos son comunes y algunos compromisos del origen de nueva generación son recomendables para el andino.

Servicios, no existen normas andinas sectoriales, salvo algunos casos específicos, como las telecomunicaciones y el transporte y por lo tanto el análisis no se aplica a la contradicción con la norma marco sobre servicios, frente a la firma de un Acuerdo del tipo CAFTA, sino a las posibilidades frente a dicho Acuerdo de cumplir con el objetivo del mercado común andino de servicios. En

efecto, las características de la normativa y compromisos andinos, hasta ahora referidos fundamentalmente al acceso a mercados, hacen que no haya elementos en el CAFTA cuya adopción por los Países Miembros eventualmente pudiesen contrariar o vulnerar una norma comunitaria, no obstante que algunos de los principios del CAFTA contienen matices que los diferencian de los mismos principios en el régimen comunitario. El análisis llama la atención sobre que eventuales compromisos en reglamentación nacional pudiesen dificultar la adopción de programas comunitarios de complementación industrial.

Telecomunicaciones, es compatible con las normas andinas relativas al sector, al no encontrarse disposiciones discrepantes de fondo.

Inversiones, al momento se cuenta con cuatro fuentes positivas de derecho: la normativa nacional, la normativa comunitaria, los acuerdos bilaterales y el acuerdo de la OMC. En las disciplinas relativas a garantías de la inversión, los compromisos del TLC con Estados Unidos no son incompatibles con la norma andina para el tratamiento de las inversiones entre los países miembros y más bien podría contribuir a homologar su tratamiento en la subregión. Sin embargo, se registran importantes diferencias en lo relativo al tratamiento de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología. El TLC extendería el alcance y cobertura de la protección de inversiones, pero asimismo restringiría sustantivamente los márgenes de adopción de políticas nacionales en particular en lo relativo a requisitos de desempeño y el concepto de expropiación indirecta.

Contratación Pública, no hay por el momento compromisos comunitarios, salvo el trato nacional explícito en servicios por la vía de la Decisión 439. En cualquier caso, las disciplinas que se asuman en acceso en un TLC, extensivas por NMF a los socios andinos, se pueden considerar un avance y dejan espacio para aplicar compromisos más profundos entre los Países Miembros. En materia de procedimientos es recomendable que los países andinos asuman compromisos básicos de transparencia. Sin embargo existen disposiciones en el CAFTA que impedirían a futuro la aplicación de políticas públicas nacionales vigentes.

Ambiente, el capítulo respectivo del CAFTA no presenta discrepancias con la normativa comunitaria existente, ya que en sustancia insta a las partes a cumplir con las legislaciones ambientales nacionales y somete a solución de controversias el incumplimiento sistemático de dicha legislación. No obstante, es de advertir que debido a que los Países Miembros de la Comunidad Andina han desarrollado compromisos importantes en materia de acceso a los recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional, existen incompatibilidades con el patentamiento de las plantas y animales previsto en el capítulo sobre Propiedad Intelectual del CAFTA.

Propiedad Intelectual, debido a que por mandato del Acuerdo de Cartagena, esta materia se encuentra regulada por regímenes comunes, es probablemente el campo sometido al mayor impacto normativo. Los parámetros observados en los TLCs indican que se registrarían importantes diferencias en particular en lo que respecta a

patentes, datos de prueba farmacéuticos y agroquímicos, y acceso a recursos genéticos. En lo relativo a los derechos de autor y observancia, si bien el impacto normativo no sería tan sustantivo, sería necesario prestar atención a la sostenibilidad de las obligaciones a asumir y sus costos de implementación y cumplimiento.

En la idea de negociar un TLC con Estados Unidos se presentaban tres posibles escenarios: un solo TLC plurilateral que establezca derechos y obligaciones entre todas las partes contratantes, varios TLCs bilaterales, un solo TLC bilateral en el que participen Estados Unidos por una parte y, los países andinos por la otra.

La primera alternativa consistiría en que el TLC generaría derechos y obligaciones para todas las partes entre sí, es decir, no solo entre Estados Unidos y los países andinos, sino también entre éstos (esquema de negociación empleado en el CAFTA). En este supuesto se presentaría una coexistencia de dos regímenes jurídicos paralelos que regularían las relaciones comerciales entre países de la subregión andina. Además, los países andinos, en teoría, podrían elegir entre acudir al sistema de solución de controversias del TLC o a las previsiones del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En este caso, si el TLC plurilateral no prevé una disposición específica que regule las relaciones entre el TLC y el derecho comunitario, se aplicaría lo dispuesto en el art. 30.3 CVDT, que dice:

Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

Es decir, la suscripción de TLC plurilateral tendría graves inconvenientes en el sistema comunitario andino, en la medida en que coexistirían dos regímenes distintos con la consecuente inseguridad jurídica sobre la normativa aplicable y, más aún, con la posibilidad de dejar sin aplicación el ordenamiento jurídico subregional para las relaciones entre algunos países andinos.

Asimismo, en materia de solución de controversias, se estaría vulnerando el principio de la exclusividad de la jurisdicción del Tribunal Andino establecida en el art. 42 de su Tratado constitutivo, que impide a los países miembros, en sus relaciones entre sí y sobre las materias reguladas por el derecho comunitario, someterse a un sistema de solución de controversias distinto al andino.

Artículo 42.- Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

En el segundo caso, si los países andinos celebran individualmente varios TLCs con Estados Unidos (Como ha sucedido hasta ahora en dos casos), no se presentarían los problemas del caso precedente en relación con la coexistencia de dos regímenes jurídicos distintos para regular una misma materia entre los países de la región, pero igualmente se presentaría una fractura a los principios del sistema jurídico institucional de la Comunidad Andina, debido a que al acordar normas de diferente alcance en

cada uno de los acuerdos bilaterales, sería muy difícil compatibilizar la normativa andina a los resultados de cada negociación y, varios de los regímenes comunes perderían su naturaleza armonizadora o unificadora. Esta es la modalidad adoptada por Colombia, Ecuador y Perú al negociar cada uno su acuerdo de libre comercio con la potencia del norte.

El tercer caso, la participación conjunta de los países andinos, o de algunos de ellos, en la negociación con Estados Unidos, no tendría los inconvenientes de un tratado plurilateral, puesto que no afectaría los principios en los que se basa el sistema jurídico institucional de la Comunidad Andina. En este escenario, los países andinos que suscriban el TLC, en sus relaciones entre sí y con los demás miembros de la Comunidad Andina, continuarían aplicando el derecho comunitario y los conflictos que se presenten se resolverían de conformidad con el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo, para evitar inconvenientes similares a los que presenta la firma de varios TLCs bilaterales, hubiese sido necesario que los países andinos que negocian el TLC mantengan posiciones coordinadas e incluso conjuntas en el proceso, de manera que la normativa del tratado de liberación comercial sea la misma y con obligaciones iguales para todos los países miembros. Esto facilitaría la adecuación de las normas andinas a los resultados de la negociación.

Con independencia de la estructura jurídica plurilateral o bilateral que adopte el tratado de libre comercio, resulta palpable que para que los países andinos puedan cumplir tanto los compromisos que asuman con Estados Unidos y, simultáneamente, las normas comunitarias vigentes en la subregión para terceros países, será necesario que los órganos competentes de la Comunidad Andina expidan en determinados y específicos casos, actos que permitan armonizar la normativa a las obligaciones que se deriven del TLC.

Finalmente, podría ser deseable que se incluya la figura de la eventual adhesión a ese instrumento internacional de los países miembros de la Comunidad Andina que no están negociando el TLC, con la finalidad de asegurar el mayor grado posible de coherencia en las políticas comerciales de los países andinos frente a Estados Unidos.

Conclusiones

Por vía de la jurisprudencia supranacional en la experiencia de integración comunitaria andina –y también en la del viejo continente-, el derecho internacional de los países miembros es desplazado por el sistema jurídico comunitario, cuestión que debe mirarse como una ineludible condición para el desarrollo conjunto de países identificados por múltiples rasgos comunes ante la vorágine globalizadora del libre mercado.

No se debe desconocer la importancia de los EEUU como socio comercial de los países miembros de la CAN, como conjunto e individualmente.

La cuestión se debate además entre el cuidado de los intereses de los países miembros como actores asociados en la Comunidad y, al mismo tiempo, como entidades soberanas e independientes en el contexto cosmopolita, lo que puede acarrear el surgimiento de obstáculos al proceso e incumplimientos de la normativa jurídica andina. Al efecto, conviene tener en cuenta lo dispuesto por el art. 86 AC, que expresa:

Los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes del Arancel Externo Común. 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. La Comisión, previa propuesta de la Secretaría General y mediante Decisión, se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario.

Al parecer, como alternativa de supervivencia a la Comunidad Andina le tocará entrar en un complejo y a lo mejor insuperable proceso de revisión de su sistema jurídico de tal forma de transformarlo y ponerlo a punto con el marco jurídico de los diferentes tratados de libre comercio suscritos por sus estados miembros. Queda entonces la posibilidad de que el "principio de especialidad" atribuido por vía pretoriana al derecho comunitario como

elemento determinante de su preeminencia frente al derecho internacional, ceda su posición a la curiosa naturaleza homogenizadora de este último, por cierto, escasamente legitimada desde una óptica democrática del mundo jurídico.

Resulta claro que de las tres posibles alternativas de negociación de un tratado de libre comercio con los EEUU, los socios andinos: Colombia, Ecuador y Perú, escogieron la menos conveniente (negociación de varios acuerdos bilaterales), lo que seguramente ocasionará remesones al frágil proceso de integración andina, debido a la existencia simultánea de varios tratados bilaterales.

Para concluir, en aras de alcanzar la seguridad jurídica internacional y, de que los estados puedan organizarse soberana y comunitariamente para lograr su desarrollo y mejor posicionamiento en el contexto mundial, de suscribirse un tratado de libre comercio entre Ecuador y los EEUU, se debe evitar a toda costa la subordinación del ordenamiento jurídico andino al citado instrumento internacional, así se podrá profundizar en la integración, hacer respetar la soberanía puesta en comunidad y, al mismo tiempo, evitar ser acusados por mantener un sistema jurídico comunitario contrario a las normas jurídicas y a los principios del TLC.

Notas

- 1 Desde mi perspectiva, el derecho comunitario adquiere un carácter de supremacía por sobre los tratados internacionales en el entendido de que estos forman parte de un derecho casuístico originado por los estados y no por entes autónomos y descentralizados creados a partir de un nuevo ejercicio de competencias soberanas por parte de los estados que contratan, como ocurre con la experiencia comunitaria. Además, las normas jurídicas comunitarias poseen sentido finalista, pues están orientadas al bien común de los miembros de la Comunidad; en cambio, las normas de derecho internacional solo se encaminan a satisfacer intereses propios de los estados contratantes. Esta diferencia permite identificar un primer parámetro para evaluar el carácter preferente del que deben gozar las normas comunitarias en caso de conflicto. Las normas jurídicas internacionales resultan de negociaciones para autolimitar la soberanía de los estados con respecto a casos concretos; en cambio, las normas del sistema jurídico comunitario coadyuvan al desarrollo de un nuevo modo de interacción de los estados, ejerciendo en común las competencias soberanas atribuidas a la Comunidad. De ahí el carácter preferente que tendrían las normas jurídicas comunitarias. Adicionalmente, se debe considerar a los instrumentos con los que cuenta el derecho comunitario para hacer cumplir sus preceptos. La creación de comunidades internacionales implica entre otras cuestiones, contar con entes autónomos capaces de crear normas jurídicas derivadas, así como también de hacerlas cumplir, tal es el caso del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
- 2 Véase al respecto, María Cecilia Pérez Aponte, "Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación a la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público", en *Foro Revista de Derecho*, No. 2, Quito, UASB-Ecuador / CEN, 2003-2004, pp. 225 ss.
- 3 Cfr. Secretaría General de la Comunidad Andina, "Análisis de las diferentes disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con Estados Unidos y su posible impacto en la normativa andina", Documentos Informativos SG/di 657, 31/08/2004, p. 8.
- 4 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 21, de 15 de julio de 1987.
- 5 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 412, de 26 de febrero de 1999.
- 6 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 475, de 1 de septiembre de 1999.
- 7 Véase al respecto, Guillermo Chahín Lizcano, "Criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Testimonio Comunitario*, Quito, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004, p. 251.
- 8 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 238, de 4 de diciembre de 1996.
- 9 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 490, de 4 de octubre de 1999.
- 10 Rodrigo Garrón Bozo, *Jerarquía de los Tratados y del Derecho Comunitario*, La Paz, Azul, 2005, p. 51.