

## EL IMPACTO DEL TLC FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

---

MARCEL TANGARIFE TORRES\*

Muy buenos días a todos. En estos 45 minutos de conferencia, voy a tratar de hacer un planteamiento lo más académico posible en un tema que genera unos niveles de controversia sumamente interesantes tanto desde el punto de vista académico, desde el punto de vista jurídico, como también desde el punto de vista comercial y contencioso entre los intereses de los distintos sectores que están involucrados en la negociación del tratado de libre comercio.

“El Impacto del TLC Frente al Derecho Comunitario” es una conferencia que tiene un grado de importancia significativo más aún para los temas relacionados con propiedad intelectual. Si ustedes han visto la prensa de los últimos días, uno de los temas más sensibles de la negociación del TLC, como ya se dijo ayer en algunas de las conferencias, es el relacionado con propiedad intelectual. Además de ese impacto e importancia del TLC en materia de propiedad intelectual hay muchos sectores que están preocupados por la supervivencia de la Comunidad Andina; de hecho, ayer el periódico *El Tiempo* traía un artículo en el que básicamente se cuestionaba el futuro de la Comunidad Andina si se negociaba y se ponía en vigencia un tratado de libre comercio con Estados Unidos. Finalmente, en el caso de que la Comunidad Andina superviviera, se plantean algunos, cómo coexistirían las normas del TLC con las normas andinas y particularmente en el capítulo de propiedad intelectual, que sería tal vez, uno de los capítulos regulatorios del TLC que tendría mayores dificultades para resolver un eventual conflicto de normas. Entonces frente a ese escenario vamos a tratar de abordar tres temas cuyos desarrollo nos van a permitir tratar de dar unas respuestas al final de la presentación.

\* Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, con Maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de la Especialización en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. [mtangarife@tangarifetorres.com.co]. Conferencia presentada en el 11 Congreso Nacional La Propiedad Intelectual y su impacto económico. Universidad Externado de Colombia, 24 y 25 de noviembre de 2005.

En primer término, vamos a referirnos al marco constitucional del TLC y del Acuerdo de Cartagena. ¿Por qué vamos a referirnos a ello?, porque hay algunos sectores que han planteado, desde el punto de vista doctrinario, que las normas contenidas en el capítulo de propiedad intelectual del TLC contrarias a la Decisión 486 y a las demás normas andinas en materia de propiedad intelectual serían inconstitucionales, porque a su juicio la Constitución plantea una suerte de prevalencia del Acuerdo de Cartagena y las normas de la Comunidad Andina frente a los demás tratados de libre comercio de integración económica que suscriba Colombia.

De ese análisis constitucional vamos a poder referirnos a las características que tienen esta clase de tratados; y, además vamos a poder ver en qué nivel jerárquico se encuentran los unos y los otros dentro del sistema jurídico colombiano.

Hecho este análisis vamos a poder ver si el TLC prevalece frente a las normas del Acuerdo de Cartagena o viceversa y si no ocurre ninguna de esas dos hipótesis, intentaremos responder cómo podría resolverse un eventual conflicto de normas. Finalmente, vamos a tratar de arrojar unas conclusiones sobre el tema asignado para la conferencia.

#### EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL TLC Y DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Lo primero que tenemos que decir sobre este tema es que la Constitución Política de Colombia de 1991, junto con sus numerosas reformas, establece como un deber del Estado el de promover la participación de Colombia en el proceso de internacionalización de las relaciones económicas y comerciales, entre otras. Nuestro análisis se centrará en las relaciones económicas, que incluyen obviamente los tratados de libre comercio de integración económica.

El artículo 226 de la Constitución Política dice lo siguiente:

El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Si observamos los antecedentes de esta norma es claro que la Asamblea Nacional Constituyente, tanto en su Comisión Tercera como en primer y segundo debate en plenaria, quiso equipar el concepto *internacionalización de la economía* al concepto de *globalización de la economía*. Según dicha norma, el Estado colombiano tiene el deber de participar en el proceso de globalización, y era lógico que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 acogiera este deber, porque a principios de la década de los años noventa estaba en proceso la Ronda de Uruguay que culminó con la adopción del Acuerdo de Marrakech que dio lugar a la Organización Mundial del Comercio; se replanteó todo el régimen institucional de la Comunidad Andina para fortalecer sus objetivos; y Colombia suscribió una serie de tratados internacionales de contenido económico, y que suscribieron muchos otros países en el contexto mundial. La globalización era, y sigue siendo, una realidad irreversible que el Constituyente de 1991 plasmó en el texto constitucional.

Es lógico ver que en el proceso de globalización del comercio, en la década de los años noventa, Colombia hubiera incorporado el Acuerdo de Marrakech a la legislación interna, y puesto en vigencia el mismo y Colombia a través de la Ley 170 de 1994, la misma que obtuvo un juicio de constitucionalidad favorable por parte de la Corte Constitucional, tal como quedó plasmado en la sentencia C-137 de 1995. También es lógico que para los 149 estados miembros de la OMC el día de hoy, la OMC hubiese contemplado diversos temas relacionados con la liberalización del comercio de bienes y servicios, y que además hubiese incorporado a sus normas el Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio –ADPIC–, que es un acuerdo multilateral de carácter obligatorio para los 149 países miembro de la OMC.

El Acuerdo de Marrakech, así como el ADPIC, según la Corte Constitucional, se encuentran plenamente ajustados a la Constitución Política. Además, según la Corte, dicho Acuerdo es el instrumento o el tratado marco que le permite a Colombia participar en el proceso de globalización del comercio. Claro está, la Corte Constitucional advierte que, cuando Colombia suscriba tratados de libre comercio o tratados de integración económica con otros países, debe tener como referente la OMC, porque es el tratado que le impone el marco general, es decir, las bases para entrar en ese proceso de internacionalización del comercio.

De otra parte, la Constitución Política establece el concepto de *integración económica*. El Preámbulo de la Constitución, que según la Corte Constitucional tiene carácter vinculante y determina la forma de interpretación del resto del texto constitucional dice lo siguiente:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente invocando la protección de Dios, ... comprometido a impulsar la integración, integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política.

Por su parte, el artículo 227 de la Constitución Política dice:

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 inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones.

Si se analizan los antecedentes de estas dos normas, es decir, el Preámbulo y el artículo 227 de la Constitución Política, y se analiza el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al concepto de *internacionalización de la economía* y respecto al concepto de *integración económica*, podría concluirse que tanto la Constitución de 1991 como la Corte Constitucional diferencian uno y otro concepto: La *integración económica* es un mecanismo, un instrumento que

le impone al Estado colombiano el deber de suscribir tratados de libre comercio “con las demás naciones”, sin excluir a ninguna región o país del mundo. Y señala la norma que dicho deber se cumplirá “especialmente” y no de manera prevalente o preferente con los países de América Latina y del Caribe.

Lo anterior significa que, desde el punto de vista constitucional, el tratado de libre comercio con Estados Unidos y el Acuerdo de Cartagena, junto con sus protocolos adicionales y modificatorios, son instrumentos de integración económica que le permiten al Estado colombiano cumplir con el deber de participar dentro del proceso de internacionalización o globalización del Comercio.

Ahora bien, es importante señalar que tanto la *internacionalización de la economía* como la *integración económica* son conceptos distintos a la concesión unilateral de preferencias. En Colombia, hoy en día, gozamos de concesiones unilaterales de preferencias otorgadas por Estados Unidos en el marco del ATPDEA (*Andean Trade Preferentes and Drug Erradication Act*) que se vencen el 31 de diciembre de 2006, pero son unilaterales y sometidas a condicionamientos establecidos por Estados Unidos, inclusive en cuanto a su temporalidad. Lo mismo ocurre con el Sistema General de Preferencias –SGP– otorgado unilateralmente por los países de la Unión Europea, por un término que los países europeos señalaron, bajo unas condiciones que ellos mismos establecieron, y con unos requisitos que Colombia tiene que cumplir para acceder a esos beneficios.

De acuerdo con lo dicho, resulta más conveniente que Colombia suscriba acuerdos comerciales, bilaterales o multilaterales, los cuales son el resultado del acuerdo de voluntades de dos o más estados, y no un sistema de concesión unilateral.

La *internacionalización de la economía* como la *integración económica* son conceptos distintos a la apertura económica, pues esta última corresponde a una determinación política del Estado de abrirse hacia el resto del mundo, de evitar seguir trabajando bajo un esquema de economía cerrada, de comercio cerrado y de producción autosuficiente. La apertura de principio de los años noventa en Colombia correspondió a una determinación política de carácter unilateral, que si bien permitió la suscripción de tratados de libre comercio y de acuerdos de complementación económica, de acuerdos de alcance parcial con países latinoamericanos como Chile, como los países centroamericanos, las reformas a la Comunidad Andina, etcétera, también es cierto que en varios aspectos del comercio y de la economía, significó una determinación estatal unilateral.

En la medida en que se negocien y se suscriban tratados de libre comercio y tratados de integración económica, se verá un *tire y afloje* como el que se aprecia en la negociación con Estados Unidos, a pesar del poco margen de negociación que desde el principio se sabía que tenían Colombia y los países andinos para suscribir un tratado de libre comercio con Estados Unidos.

La Constitución Política, en el artículo 2.º que forma parte del título de los principios fundamentales, señala claramente que dentro de los fines esenciales del Estado está el de promover la prosperidad general. ¿Qué significa promover

la prosperidad general en el lenguaje que usan los tratados de libre comercio y de integración económica, y en el contexto del Acuerdo de Cartagena?

Significa varias cosas, primero mejorar las condiciones de vida. ¿Eso qué significa? Que desde el punto de vista constitucional, social, político, ético y cultural, sería inadmisibles que el Estado colombiano suscribiera tratados de libre comercio, integración económica cuyo objetivo no fuera el de procurar el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas.

¿Qué significa mejoramiento de las condiciones de vida de las personas desde el punto de vista social y económico? Es crear oportunidades de más empleo, crear oportunidades de mejores empleos más calificados, mejores remuneraciones, lograr transferencia de conocimiento y de tecnología. Desde el punto de vista de los consumidores que somos los beneficiarios finales de esta clase de acuerdos, significa garantizar el derecho a una oferta mayor de bienes y servicios de mejor calidad a mejor precio.

El Acuerdo de Cartagena consagra este objetivo en su artículo 1.º: Promover la prosperidad general y por supuesto los derechos de los consumidores. Y en el TLC ocurre exactamente lo mismo.

Desde el punto de vista constitucional también es importante ver cuáles son algunos de los principios más importantes que regulan las relaciones exteriores y que resultan aplicables, tanto a la negociación del TLC como a la Comunidad Andina y a las normas andinas, entre otros acuerdos internacionales.

– Principio de Soberanía Relativa: Consiste en una concepción moderna del concepto de soberanía nacional tradicional, que señala la capacidad del Estado de autodeterminarse de manera absoluta y soberana en todos los temas relacionados con el manejo del Estado. No es que ese concepto haya cambiado, lo que pasa es que ese concepto, aplicado a las relaciones internacionales y particularmente a esta clase de tratados, implica que el Estado colombiano -con fundamento en el principio de autodeterminación de los pueblos- tiene el deber, por decisión propia no impuesta por ningún otro país o Estado del mundo, de suscribir tratados internacionales y tratados de libre comercio, tratados de integración económica, para relacionarse con el resto del planeta.

Pero al momento de suscribir y ratificar los tratados, su soberanía se convierte en una soberanía relativa, pues el Estado colombiano adquiere obligaciones en el contexto de esos tratados bajo el principio *pacta sunt servanda* que enseña que los tratados deben ser cumplidos, y deben ser cumplidos de buena fe.

Colombia adquiere la responsabilidad internacional como los demás Estados y sujetos de Derecho Internacional Público, que forman parte de esta clase de tratados, de cumplir las obligaciones consagradas en ellos, y si no lo hace se genera una responsabilidad que activa el mecanismo de solución de controversias de cada uno de estos tratados.

Adicionalmente como ya lo mencionaba, los artículos 226 y 150 numeral 16 de la Constitución numeral señalan que los tratados internacionales se deben

celebrar sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Al analizar estos conceptos y estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ésta ha reconocido que se trata de conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, a estos conceptos hay que tratar de darles un contenido en el contexto de la internacionalización del comercio y de la integración económica.

– Equidad: Desde esta perspectiva, implica que el Estado colombiano al negociar con países como Estados Unidos, tiene la obligación constitucional de hacer reconocer su nivel de asimetrías en comparación con el mayor nivel de desarrollo económico con que cuenta Estados Unidos. Asimismo, cuando Colombia negocie con Haití tendrá que reconocer esa asimetría a favor de ese país.

La equidad también implica tener proporcionalidad en los compromisos que se adquieren, con el ánimo además de lograr un equilibrio global del proceso de negociación que propenda por garantizar o favorecer el interés general frente a los intereses particulares o de grupo, cosa difícil desde el punto de vista práctico, pero eso es lo que ha pretendido hacer el equipo negociador colombiano.

– Reciprocidad: Es un concepto que señala que lo que Colombia pida en una negociación de esta naturaleza, va a tener la obligación de concederlo, obviamente teniendo en cuenta el criterio de equidad, las asimetrías existentes, la necesidad de concretar el trato especial y diferenciado para las economías de diferente nivel de desarrollo.

Las asimetrías se reflejan particularmente en el programa de liberación del comercio de bienes y servicios. Digo esto porque hay un párrafo de una sentencia de la Corte Constitucional del año 2000 o 2001 que quiso darle un poco de contenido al concepto de reciprocidad, que lo liga al programa de liberación comercial para llegar a la zona de libre comercio con aranceles del 0%, libres de gravámenes y restricciones.

Adicionalmente, la Corte liga el concepto de reciprocidad al principio de nación más favorecida que está contenido en las normas de la OMC, en el Acuerdo de Cartagena y en otros acuerdos comerciales suscritos por Colombia, y que también va a quedar reflejado en el texto del TLC, que señala que cualquier beneficio, franquicia, favor o condición especial que otorgue Colombia, por ejemplo, a Estados Unidos en el marco del TLC, se le debe extender automáticamente e incondicionalmente a Bolivia que no van a formar parte del TLC en la medida en que en el TLC consagre beneficios mayores que los que pueda tener Bolivia con Colombia en el marco de la Comunidad Andina. Es decir, si Bolivia y Colombia acordaron que para un determinado renglón de productos no se iba a aplicar un arancel del 0% sino que iba a ver una exclusión para aplicar un arancel del 10%, y en el TLC Colombia pacta que ese arancel del 10% se va a disminuir linealmente en un período de 5 años, Bolivia puede invocar la aplicación del principio de nación más favorecida, y lograr que se le aplique el mismo beneficio.

– Conveniencia nacional: Hace relación a la necesidad de proteger el interés general frente al interés particular o al interés sectorial que puedan tener los dis-

tintos agentes que participan en la negociación de un acuerdo de esta naturaleza, y que se pueden ver afectados a favor o en contra.

– Igualdad de trato: La Constitución Política reconoce expresamente la igualdad de trato para los nacionales colombianos y para los extranjeros. Este es un concepto constitucional que ha sido desarrollado por la jurisprudencia, que además permite negociar en esta clase de tratados el principio de trato nacional. En términos prácticos, un tratado como el TLC o el Acuerdo de Cartagena le garantiza a los extranjeros de los otros estados miembros, en la medida de lo negociado, el mismo tratamiento que tendría un nacional colombiano para las materias reguladas por ese instrumento jurídico.

Todos estos principios son esenciales para entender cómo pueden coexistir el TLC y las normas de la Comunidad Andina, particularmente en materia de propiedad intelectual, pues ambos instrumentos están basados en las normas constitucionales y han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

– El libre comercio tiene una íntima relación con el derecho constitucional colectivo a la libre competencia. Si se analiza el artículo 333 de la Constitución, debemos afirmar que la suscripción de tratados de libre comercio o de integración económica son manifestaciones de la libertad económica, que solamente puede ser limitada por mandato de la ley y a las condiciones establecidas expresamente en la Constitución; que estos tratados son instrumentos que promueven la iniciativa privada. Si bien el Estado es quien negocia y pone en vigencia el tratado, el mayor usuario y beneficiario de un instrumento de esta naturaleza es el sector privado, es decir son los productores, los comercializadores, los distribuidores de bienes y servicios, son ellos quienes se van a ver en una posición de riesgo o en una posición de beneficio y tienen que afrontar esos retos y esos riesgos derivados de un instrumento de esta naturaleza.

El Estado procura negociar el mejor tratado posible que se constituye, desde el punto de vista del comercio internacional, en un mecanismo que otorga mayor o menor nivel de competitividad. Nadie está diciendo que sin el TLC los productos colombianos dejen de poder seguir entrando al mercado de Estados Unidos, lo que pasa es que van a tener que pagar el arancel que Estados Unidos le aplica a los productos que exportemos desde Colombia, el cual sin preferencias arancelarias será el mismo que le aplica a terceros países con los que ese país no tiene tratado de libre comercio. No tener preferencias arancelarias significa perder condiciones de competitividad con países como Chile, los países centroamericanos que negociaron el CAFTA, Singapur, Australia, etcétera, más aún cuando muchos de estos países son competidores directos en muchos de los renglones en los que los productores colombianos tienen oportunidades importantes en el TLC.

Y en ese sentido, lo que hace un instrumento como un tratado de libre comercio o de integración económica es promover el derecho colectivo a la libre competencia.

También es frecuente encontrar capítulos independientes y normas incorporadas al capítulo de propiedad intelectual que buscan evitar las prácticas restricti-

vas a la libre competencia, las prácticas de competencia desleal y las prácticas de dumping.

¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS QUE SE LE PUEDEN APLICAR AL TLC CON ESTADOS UNIDOS Y A LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD ANDINA?

La supranacionalidad: Es un concepto que tiene fundamento en la Constitución Política y ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en el artículo 150 de la Constitución numeral 16 dice lo siguiente:

Corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 16) Aprobar o improbar 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 internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros estados.

Del contenido de esta norma constitucional se observan varias cosas:

1.º. La norma del TLC trasciende el ámbito territorial y se convierte en una norma extraterritorial que regula de la misma forma situaciones jurídicas que ocurran en el territorio de los Estados Unidos y en el territorio de Colombia en el ámbito del propio tratado. Lo mismo ocurre en el territorio de Colombia, Ecuador y Perú, en el marco de la Comunidad Andina, y en el territorio de los 149 Estados miembros en el marco de la OMC.

2.º. La transferencia parcial de atribuciones propias de las autoridades colombianas a autoridades creadas en el marco de esos tratados. El artículo 61 de la Constitución Política expresa que el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley. Es decir, el mandato constitucional le dice al legislador que le corresponde proteger en Colombia los derechos de propiedad intelectual, cosa que va a hacer indirectamente en el marco del TLC al adoptar la ley aprobatoria del tratado. Así ocurrió con el ADPIC en la OMC.

Pero con las normas de la Comunidad Andina que regulan los aspectos de propiedad intelectual, es decir, las decisiones 345, 351, 391, 486 y 523, entre otras, hay que tener especial cuidado, pues estas son normas que no se incorporan a la legislación colombiana a través de una ley aprobatoria de un tratado, sino que en virtud del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tienen aplicación directa cuando son adoptadas por el órgano al que se le ha trasladado la competencia para regular esa materia. En el caso de la Comunidad Andina, es la Comisión de Plenipotenciarios conformada por los ministros de comercio.



Lo dicho nos lleva al análisis de la segunda característica: La prevalencia de las normas supranacionales. Es conocido que las normas relativas a la protección de propiedad industrial del Código de Comercio en Colombia están suspendidas. ¿Por qué razón? Porque las normas andinas regulan la materia, y como son normas supranacionales, en Colombia se suspende la aplicación de las normas en esa materia, mientras que subsista el Acuerdo de Cartagena frente a la Comunidad Andina, y eventualmente, mientras subsista el Acuerdo ADPIC en el marco de la OMC, el capítulo de propiedad intelectual, y lo mismo con otros instrumentos internacionales.

La aplicación directa: Es un principio que resulta aplicable especialmente a las normas secundarias o derivadas de la Comunidad Andina. Por ejemplo, la Decisión 486 en materia de propiedad industrial, es una norma secundaria. ¿Por qué razón?, porque no es una norma que corresponda un tratado internacional de la Comunidad Andina que se incorpora a la legislación colombiana mediante una ley aprobatoria de tratado sometida más al control de constitucionalidad automático de la Corte Constitucional. La Decisión 486 es una norma que adoptó la Comisión de Plenipotenciarios, en virtud del tratado denominado Acuerdo de Cartagena, y por ello se le llama norma secundaria o derivada. Es una norma jurídica de carácter obligatorio y vinculante para los países miembros de la Comunidad Andina, que se debe aplicar de manera uniforme en el territorio de los países miembros, no requiere para su incorporación a la legislación colombiana ley aprobatoria, ni siquiera es necesaria su publicación en el Diario Oficial. Basta su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena para que se le dé esa aplicabilidad directa, y si está sometida a plazo entrará en vigencia tan pronto se cumpla, como ocurrió con la Decisión 486, que fue expedida el 14 de diciembre de 2000 y entró en vigencia el 1º de diciembre de ese mismo año según lo dispuso su artículo 274.

Carácter Obligatorio: Como quiera que estas normas corresponden a tratados internacionales, o a normas derivadas de éstos, es decir, estamos hablando de instrumentos jurídicos internacionales, que según el artículo 9 de la Constitución Política obliga a cumplirlos, bajo el principio *Pacta Sunt Servando*. Nuestro país debe cumplir los tratados internacionales de buena fe, entre ellos, el Acuerdo de Cartagena, el TLC con Estados Unidos y todos los tratados ratificados por Colombia, pues ellos son de carácter obligatorio.

Carácter autónomo e independiente: Al referirnos al TLC y al Acuerdo de Cartagena, debemos agregar una característica y es que ambos instrumentos jurídicos, a la luz de la Constitución Política, que es la norma de normas, son instrumentos autónomos e independientes entre sí: El TLC no está condicionado al contenido de las normas de la Comunidad Andina, ni las normas de la Comunidad Andina están condicionadas al TLC. Son instrumentos jurídicos independientes y autónomos que regulan relaciones jurídicas completamente distintas.

Complemento indispensable: Es una característica de esta clase de normas que señala que por regla general está prohibido a los Estados Miembros de un tratado

comercial, adoptar medidas, es decir, leyes, decretos, resoluciones sentencias judiciales, o actos administrativos de carácter general o particular, que modifiquen, impiden o dificulten la aplicación de una cláusula del tratado. Es decir, en el caso de la Comunidad Andina, por ejemplo, en 1997 Perú adoptó un decreto interno por el cual modificó el concepto de explotación de la patente, quitándole uno de los requisitos establecidos para esa definición en la Decisión 344. ¿Qué dijeron las autoridades de la Comunidad Andina al dictaminar incumplimiento de Perú? Que la República de Perú no podía hacer esa modificación porque en virtud del principio de complemento indispensable estaba obligada a aplicar la Decisión 344 sin que le fuera permitido adoptar decretos ni medidas internas, para interpretar o modificar la norma andina en los temas que esta regula.

La excepción a este principio, aceptada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ocurre cuando la norma jurídica andina autoriza expresamente a que las autoridades de los países miembros adopten normas internas, pero bajo el entendido de que deben respetar el contenido de la norma supranacional, y las normas internas deben estar encaminadas a garantizar la efectiva aplicación de las disposiciones andinas. Ello explica el contenido del artículo 266 de la Decisión 486 que expresa que los países miembros podrán adoptar las medidas encaminadas a garantizar la protección de los datos de prueba.

Asimismo, cuando no exista autorización expresa en la norma andina, se pueden excepcionalmente adoptar esas medidas internas, respetando el marco de la norma supranacional y únicamente con el fin de garantizar la efectiva aplicación de las normas supranacionales. De lo contrario se viola ese principio, y al violarse ese principio se está generando responsabilidad internacional del Estado infractor.

#### FUNCIONES DE LAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN DE UN TRATADO DE LIBRE COMERCIO O DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Otro tema que es importante mencionar, aunque sea rápidamente, es el de las funciones de cada una de las ramas del poder público en el proceso de adopción de un tratado internacional. A pesar de que para muchos de los presentes resulte un asunto elemental, en el sector público y en el sector privado hay mucho desconocimiento del tema. Por ejemplo, ocurrió que un senador, que ejercía su período y que había tenido dos períodos como representante a la Cámara, en una conferencia me preguntó mediante qué clase de ley aprueba el Congreso de la República el texto de un tratado.

Esta anécdota me convenció de que a veces lo elemental debe recordarse: Según el numeral 2, artículo 189, de la Constitución Política, le corresponde al Gobierno Nacional negociar el tratado, y a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos con el TLC donde hay una norma de rango legal que es el TPA del año 2002 que dice cuáles son las materias que puede negociar su Gobierno y bajo qué condiciones,

en Colombia no existe esa ley, pues el marco de negociación para el Gobierno Nacional es la Constitución Política. A pesar de existir un mayor nivel de amplitud, hay también mayor dificultad del manejo de la negociación, pues el límite o marco de negociación del Gobierno Nacional son las normas constitucionales, y según lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente se deben observar los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Tan pronto termine el proceso de negociación, para no entrar en más detalles, el Gobierno Nacional firmará el texto del TLC, preparará el proyecto de ley y lo radicará en el Congreso.

Posteriormente, el Congreso de la República dará trámite al proyecto de ley aprobatoria del tratado. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que el Congreso aprueba o imprueba el contenido del tratado, desde una perspectiva política, pero no tiene la posibilidad de entrar a analizar el contenido del texto de un tratado para determinar si adopta una o varias de sus cláusulas. Este debate se ha planteado en estos días en el Senado en el trámite para la aprobación en plenaria del Acuerdo de Complementación Económica con el Mercosur. Esta discusión ha sido muy interesante pues algunos sectores del Congreso afirman que esa Corporación sí tiene la posibilidad de hacer reservas a los tratados.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que el Congreso tiene la posibilidad de incorporar ciertas cláusulas interpretativas. El riesgo está en que la Corte Constitucional, cuando adelante el análisis automático de constitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado, declare inexecutable esas reservas que se proponen en el Senado.

En este punto, debemos señalar que cuando la Corte Constitucional recibe la ley aprobatoria del tratado, procede a un análisis del cumplimiento de los requisitos en la negociación y en el trámite del proyecto de ley en el Congreso. Posteriormente, compara el texto del tratado con las normas constitucionales, haciendo un análisis material del TLC. Ayer ya se anunciaban en este recinto algunas posibles impugnaciones por la supuesta inconstitucionalidad del TLC en materia de biodiversidad. Estas impugnaciones se podrán presentar dentro del trámite automático que tiene que adelantar la Corte Constitucional. Todo ello explica el cuidado que ha tratado de tener el Gobierno Nacional de respetar los principios constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante la negociación.

Una vez la Corte Constitucional profiere su sentencia, si declara executable el tratado, éste puede ser ratificado por el Gobierno Nacional, se hace el canje de notas y entra en vigencia. Si el tratado es declarado inexecutable el TLC no puede ratificarse ni ponerse en vigencia; en este escenario podremos seguir exportando a Estados Unidos pero en unas condiciones de competitividad desfavorables, Estados Unidos va a seguir importando a Colombia pero no va a tener preferencias arancelarias.

Si la Corte Constitucional declara una executibilidad condicionada, en la práctica dicha Corporación establecería cláusulas interpretativas frente a las cuales, para

poder manifestar su consentimiento, el Estado colombiano debe informar a Estados Unidos que para su ratificación, algunas cláusulas del TLC deben ser interpretadas en el sentido ordenado por la Corte Constitucional. Estados Unidos podrá aceptar o no ese tipo de condicionamientos para perfeccionar el tratado.

#### ¿EL TLC PREVALECE SOBRE LAS NORMAS DEL ACUERDO DE CARTAGENA, O VICEVERSA?

Dicho lo anterior, podemos entrar a hablar del tema que nos ocupa el día de hoy: ¿El TLC prevalece frente a las normas del Acuerdo de Cartagena, o viceversa? Para responder este interrogante, vamos a analizar si pueden coexistir o no las normas del TLC y las normas de la Comunidad Andina.

Para hacer este análisis, es necesario hacer referencia a la jerarquía normativa incluyendo estos tratados.

Según el artículo 4 de la Constitución Política, ésta es norma de normas. En caso de incompatibilidad entre la Constitución y otra norma prevalecerá la Constitución, con lo cual la propia Carta dejó sentada su inclinación por la tesis del monismo constitucionalista, lo cual ha sido ratificado reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Pero al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a leyes aprobatorias de tratados y al contenido de los tratados, se puede afirmar que dicha Corporación, al reconocer el principio de supranacionalidad y prevalencia, pone a los tratados internacionales en un segundo nivel jerárquico, después de la Constitución, con unas particularidades que se deben destacar: En la sentencia C-137 de 1995, al hacer el análisis de constitucionalidad del Acuerdo de Marrakech—incluido el ADPIC como acuerdo multilateral obligatorio de la OMC—, la Corte Constitucional dijo que dicho tratado correspondía a un instrumento de participación de Colombia en la internacionalización del comercio que establece el marco al que está sometido el Estado para negociar tratados de libre comercio o de integración económica con los países latinoamericanos, con los países del Caribe, con Estados Unidos, con la Unión Europea.

La OMC establece una zona de libre comercio, Colombia puede establecer una unión aduanera o un mercado común, a través del Acuerdo de Cartagena, y está adoptando una zona de libre comercio con Estados Unidos a través del TLC. En propiedad intelectual, Colombia puede profundizar las obligaciones adquiridas en el ADPIC, pero no puede ir en contra de los que dice el ADPIC, v.g. no puede prohibir el otorgamiento de patentes, pero sí puede ir más allá de los niveles fundamentales o básicos que estableció ADPIC en materia de otorgamiento de patentes.

Siguiendo con la pirámide normativa, después de las normas de la OMC podríamos decir que están el TLC y el Acuerdo de Cartagena. ambos son normas primarias pues corresponden a tratados internacionales, que se incorporan a la legislación colombiana a través de ley aprobatoria de tratado, y están sometidas al control

automático de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional. En el caso del Acuerdo de Cartagena, a diferencia de lo que ocurre con el TLC, aquél establece las competencias para que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General adopten normas de carácter secundario.

Es decir, el TLC es *auto contenido*, y en contraste, las normas del Acuerdo de Cartagena se vuelven a convertir para las relaciones entre los países andinos en un tratado marco que obviamente tiene un nivel de profundidad mucho mayor que las normas de la OMC. Del Acuerdo de Cartagena se desprenden normas andinas como la Decisión 351 sobre derechos de autor y conexos; la Decisión 345 sobre variedades vegetales; la Decisión 391 sobre recursos genéticos; la Decisión 486 sobre propiedad industrial. Todas estas decisiones son normas secundarias, que deben cumplir con el Acuerdo de Cartagena como su norma superior.

En la pirámide normativa, después se ubican las leyes internas colombianas, en sentido material, lo que explica que hoy en día las normas del Código de Comercio sobre propiedad industrial se inapliquen. Posteriormente vendrán los actos administrativos de carácter general, y los actos administrativos de carácter particular, expedidos por las autoridades colombianas.

En este punto es necesario recordar cuál será el contenido del TLC con Estados Unidos. El TLC va a tener cuatro grandes grupos de capítulos: Los capítulos relacionados con el acceso a mercado de bienes, incluyendo los bienes agrícolas e industriales; los capítulos de acceso a mercados de servicios; los capítulos regulatorios como las normas de propiedad intelectual; y los capítulos institucionales tales como los que crean la Comisión para la administración del tratado el que crea algunas entidades de esta naturaleza, el mecanismo de solución de controversias, etc.

El capítulo de propiedad intelectual del TLC, al igual que ocurre con la Comunidad Andina, va a tener un régimen complejo de propiedad intelectual.

El TLC busca crear una zona de libre comercio, es decir, consolidar un arancel del 0% con un programa de liberación que va hasta 19 años en los productos agrícolas más sensibles; la eliminación de todos los gravámenes y restricciones al comercio; la adopción de un capítulo sobre obstáculos técnicos al comercio, y otro sobre medidas sanitarias y fitosanitarias que tienen por objeto garantizar el acceso efectivo de productos industriales y agropecuarios al mercado de importación versus la necesidad de regular temas relativos a la salubridad pública.

El Acuerdo de Cartagena busca conformar una unión aduanera, que comprende todos los elementos de la zona de libre comercio ya mencionados; y además, la adopción de un arancel externo común que lamentablemente es imperfecto, unas normas uniformas de valoración aduanera que hasta hace pocos años se están aplicando por los países andinos, y la creación de un territorio aduanero único que todavía no se ha perfeccionado en el marco de la Comunidad Andina. Inclusive, la Comunidad Andina quiere llegar mucho más allá pues pretende establecer en el largo plazo un mercado común que, además de todo lo anterior, implica la circulación de capitales y de personas con el derecho de establecimiento y el

reconocimiento de los derechos relacionados con la seguridad social en materia de salud y de pensiones.

De otra parte, el TLC regula las relaciones de Colombia, Ecuador y Perú en su comercio con Estados Unidos y desde esa perspectiva en asuntos institucionales se le ha determinado un carácter multilateral salvo algunas materias y capítulos o subcapítulos que van a tener una relación bilateral programa de liberación del comercio de bienes agrícolas o industriales pues va a ser entre Colombia y Estados Unidos porque tienen sensibilidades distintas los Colombianos a Ecuador y Perú.

Los capítulos regulatorios del TLC son los más propensos a un eventual conflicto de normas con las disposiciones de la Comunidad Andina. Posiblemente algunos de esos conflictos normativos se van a resolver en el momento en que se haga efectiva una operación real de comercio internacional, procedimientos aduaneros, obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias etcétera, se van a poder hacer efectivas y resolver controversias cuando Colombia exporte a Estados Unidos, Estados Unidos exporte a Colombia, pero si Colombia por ejemplo va a reimportar a reexportar un producto proveniente de Estados Unidos al mercado andino ahí se agotó el TLC y se aplica la norma de la Comunidad Andina por ejemplo. En contraste, un capítulo regulatorio como el de propiedad intelectual, que no está condicionado a una operación de comercio internacional, genera una situación de conflicto de normas difícil de resolver.

En este punto, es importante hacer referencia a la importancia de la propiedad intelectual en el contexto del comercio internacional, pues su protección promueve la innovación tecnológica; la transferencia y difusión de la tecnología incentiva la inversión privada y pública en investigación desarrollo e innovación; busca el equilibrio que debe existir entre los derechos de los titulares en materia de propiedad intelectual y los legítimos intereses de los usuarios y de los competidores y de la comunidad en relación con las obras, o los bienes, o las ideas o las innovaciones protegidas.

Si se comparan las materias del capítulo de propiedad intelectual del TLC con las normas andinas, observamos una coincidencia de los asuntos regulados por ambos sistemas normativos supranacionales, y aunque para ambos instrumentos el ADPIC es la norma marco, pueden existir algunas contradicciones en la forma como se abordan los mayores niveles de protección de la propiedad intelectual en el TLC y en la Comunidad Andina.

Si lo anterior ocurriera, ¿Cuál norma prevalece entre el TLC o el Acuerdo de Cartagena? En lo académico, y después de muchas horas de reflexión, no hay prevalencia del TLC sobre el Acuerdo de Cartagena o viceversa, y no hay mecanismos de solución para un eventual conflicto de normas entre ambos instrumentos jurídicos.

En efecto, desde la perspectiva constitucional y desde el punto de vista del sistema jurídico colombiano, ambas normas tienen el mismo nivel jerárquico formal y sustantivo, y son autónomas. Lo primero que se debe advertir es que

los mecanismos de solución de conflictos de normas contenidos en la legislación colombiana no pueden ser utilizados para resolver esta clase de conflictos, pues éste se presenta entre normas supranacionales. No obstante, si se quisiera acudir al criterio de prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, no sería viable por la autonomía de ambos instrumentos jurídicos entre sí. Y tampoco podríamos aplicar el criterio de prevalencia de la norma especial sobre la general.

Si se acude a Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados podría decirse que sí prevalece la norma posterior sobre la anterior, pero bajo una condición: Que las partes del tratado posterior sean exactamente las mismas partes del tratado anterior, y aquí no lo son. Es decir, este criterio no sirve para resolver el conflicto de normas.

¿Qué pasaría con los compromisos adquiridos internacionalmente y lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución Política? En propiedad intelectual el tema es aún más complejo, pues en Colombia no solamente están vigentes las normas del ADPIC, sino también el Convenio de París, el PCT, el Convenio de Biodiversidad, el G-3, por mencionar algunas de las normas supranacionales que rigen la materia en nuestro país, y que obligan a las autoridades colombianas a su aplicación.

Para evitar un conflicto de normas como el descrito, el Gobierno Nacional durante la negociación ha tratado de adoptar compromisos que eviten ese conflicto de normas. Es posible que cada día sea más fácil tratar de evitar ese conflicto de normas porque hay un proceso de *globalización* o de internacionalización del derecho, que por lo menos establece unos estándares mínimos en determinadas materias, como ocurre con el ADPIC en el marco de la OMC; también están los esfuerzos de Uncitral, así como los tratados de libre comercio y los tratados de integración económica, que cada vez más se rigen por los estándares internacionales.

¿Entonces armonizamos las normas andinas frente al TLC o condicionamos al TLC frente a la norma andina? Obviamente lo último Estados Unidos no lo permitió, y Colombia tampoco habría podido aceptar una cláusula de prevalencia del TLC sobre las normas de la Comunidad Andina, porque eso sí habría podido ser inconstitucional; tampoco podría predicarse una prevalencia de las normas de la Comunidad Andina frente al TLC porque ese planteamiento también podría resultar inconstitucional.

En términos reales, desde el punto de vista jurídico si hubiera conflicto de normas, Colombia se vería en la disyuntiva de cumplir el TLC o cumplir con las normas de la Comunidad Andina. No obstante, si cumple las normas del TLC habilitaría a sus demás socios andinos y a los particulares para activar el mecanismo de solución de controversias de la Comunidad Andina; pero si cumple las normas de la Comunidad Andina en detrimento de las del TLC, daría lugar a la activación del mecanismo de solución de controversias de este último tratado.

## CONCLUSIONES

1. La Constitución Política promueve la internacionalización y la integración económica y comercial del Estado colombiano y establece ese deber para sus autoridades públicas.

2. El TLC y las normas de la Comunidad Andina coinciden con los fines esenciales del Estado, especialmente en cuanto al mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, su impacto social y económico y frente a la protección de los derechos colectivos de los consumidores.

3. Ambos tratados están sometidos a la Constitución Política. Los principios rectores de las relaciones internacionales se aplican a ambos tratados; la libre competencia como derecho colectivo constitucional es fundamento de ambos tratados.

4. En principio ni el TLC ni las normas de la Comunidad Andina forman parte del bloque de constitucionalidad, salvo que protejan derechos humanos como los derechos morales de autor.

5. Ambos tratados tienen similares características, con los matices en el tema de aplicación directa que mencionamos.

6. Ambos instrumentos están en el mismo rango jerárquico, ambos están sometidos a la OMC y en materia de propiedad intelectual al ADPIC.

7. Las relaciones entre los andinos se rigen por las normas de la Comunidad Andina salvo las materias no reguladas por ésta.

8. No hay una fórmula para la resolución de conflictos de normas. Todas estas dificultades y el impacto del TLC frente a las normas de propiedad intelectual en la Comunidad Andina son el resultado de la irreversibilidad del proceso de *globalización* o de internacionalización del comercio, que a su vez genera proceso de globalización de las normas públicas.

Muchas gracias.