

INTRODUCCIÓN - INTRODUÇÃO

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

*Carlos Jaime Villarroel Ferrer**

El señor Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR ha tenido a bien honrarnos para escribir a manera de prólogo a la competencia consultiva de los tribunales internacionales. Lo hacemos, no solo en el propósito de la difusión del derecho del MERCOSUR, sino también del derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración. En efecto, en las circunstancias de hecho del mundo globalizado, la competencia como aptitud o idoneidad de los tribunales en la América Hispano parlante y en Europa a la jurisdicción como poder o autoridad busca aplicar los valores de la justicia y el derecho a través de la razón y la equidad. A tal fin, pasaremos en rápida visión.

1. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA

Los tratadistas en el derecho internacional público, consideran uniformemente que la función consultiva es una función judicial. Al referirse a la Corte de la Haya manifiestan en una forma uniforme que no existe otro concepto más claro que ilustre el carácter judicial de la naturaleza consultiva reservada a los Estados al permitir a estos brindar soluciones pacíficas en las controversias que enfrentan en el concierto internacional.

La naturaleza jurídica de la función consultiva al dotarle a los Estados un determinado control en la solución de sus controversias es su naturaleza *no vinculante*, es decir, carente de obligatoriedad, o sea la fuerza coactiva que distingue la ejecución del epílogo de la llamada *res judicata* o cosa juzgada.

* Catedrático titular de Derecho Procesal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz-Bolivia.
Ministro de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la Presidencia de la Sala Penal.
Magistrado de la Corte Superior de Justicia de la Comunidad Andina.

A diferencia del ejercicio de la jurisdicción contenciosa donde es determinante el consentimiento de los Estados, juega un papel secundario en la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia, los requisitos básicos para ejercer la función consultiva previenen de los artículos 96 de la Carta y 65 de su Estatuto con la pretensión de una cuestión jurídica autorizada para tales fines donde la Corte podrá responder cuando la pretensión sea susceptible de un tratamiento jurídico.

Las pretensiones planteadas a la Corte pueden tener distintas motivaciones de trasfondo jurídico-político. La corte no rechaza interpretar normas constitucionales de la Carta de las Naciones Unidas, realizando interpretación constitucional, respondiendo cuestiones jurídicas actualmente pendientes entre dos o más Estados, conocido como función cuasi-contenciosa.

La síntesis del ejercicio de la función consultiva en el consenso de los autores tiene un balance positivo en su fase interna de regulación jurídica, como en su fase de regulación externa de determinación del Derecho Internacional.

CIJ es el órgano de las Naciones Unidas encargado de resolver las controversias jurídicas entre los Estados y emitir opiniones consultivas para organismos que integran el sistema de las Naciones Unidas, aplicando unas veces el derecho internacional y otras emitiendo dictámenes sobre las cuestiones jurídicas sometidas por los Organismos de las Naciones Unidas que hayan sido objeto de su autorización¹. Las resoluciones expedidas por la Corte versan sobre las controversias presentadas en base a las convenciones internacionales que contienen normas reconocidas por los Estado en litis, los principios jurídicos generales reconocidos por las naciones, los fallos judiciales, la doctrina de académicos calificados de diferentes países sobre temas que van desde los derechos económicos, proscripción de uso de la fuerza, derechos de asilo y nacionalidad, toma de rehenes, disputas territoriales y fronterizas, disputas marítimas y del derecho de mar. A la fecha, la Corte ha pronunciado más de un centenar de sentencias, 25 opiniones consultivas requeridas por las organizaciones.

Hay controversia sobre la pertinencia de las opiniones consultivas. Algunos afirman que los procedimientos pueden tener efectos positivos cuando los Estados difieren sobre la interpretación del derecho internacional. Otros ven con preocupación que la CIJ emita con creciente frecuencia opiniones consultivas sobre las cuestiones de gran relevancia política, y temen que las opiniones consultivas socaven los procesos políticos y eludir el consentimiento de los Estados que se exige

¹ Artículo 65 de la Corte Internacional de Justicia. “La Corte podrá emitir opiniones consultivas...”

para que una corte se ocupe de casos contenciosos².

2. LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos y libertades fundamentales son esenciales a la persona humana³. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos complementa a otras competencias que posee el Tribunal, es parte de las notas de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del texto del Pacto de San José de Costa Rica que se han delineado por el propio Tribunal en su jurisprudencia.

El valor jurídico que distingue las opiniones consultivas en el sistema interamericano importa ciertas consideraciones sobre la función consultiva de la CI de DH en el derecho internacional público contemporáneo. El artículo 64 de la Convención Americana sobre DH es la norma primigenia del Pacto de San José de Costa Rica que confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a Tribunal Internacional alguno hasta el presente.

Es bueno advertir que la carta de las Naciones Unidas solo le otorga legitimación activa originaria para solicitar una opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia a dos de sus órganos: La Asamblea General y el Consejo de Seguridad⁴, el resto de los órganos principales de las NU y los organismos especializados de la institución, solamente pueden pedir una opinión consultiva, previa autorización para ello por la Asamblea General. Analizando ahora una mirada respecto de la legitimación activa para solicitar una opinión consultiva en el sistema interamericano, veremos que la competencia consultiva ante la Corte se encuentra habilitada para todos los Estados de la OEA, no siendo relevante que ellos hayan o no ratificado el Pacto de San José. De igual modo, según el artículo 64 del Pacto de San José los organismos especiales de la OEA con competencia en materia de derechos humanos pueden pedir una opinión consultiva a la Corte sin necesidad de pasar por la aprobación de la Asamblea General como ocurre en NU donde existen cuatro instituciones con esa competencia directa en la OEA: el Instituto Interamericano del Niño, La comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Americano y la Organización Panamericana de la Salud.

Según ilustra el Art. 64.2 de la Convención Americana sobre DH, la Corte Interamericana también está habilitada para pronunciarse sobre la compatibilidad de las leyes internas de los Estados con los instrumentos

² Rudiger Wolfrum, juez del Tribunal Internacional del derecho del mar.

³ Resolución XXX de la IX Conferencia en 1948 en Bogotá.

⁴ Carta de las N.U. Capítulo XIV Art 96 , San Francisco 1945.

internacionales relativos a los derechos humanos en los Estados Americanos a requerimiento del Estado interesado. La primera vez que tuvo la Corte Interamericana para desarrollar el tema fue originada por una solicitud de Costa Rica en ocasión de modificar su constitución nacional; en otra ocasión, también a pedido de Costa Rica, la Corte decidió no responder a la Consulta del Estado, aunque las observaciones señaladas por el Tribunal no estuvieran ni en la legitimización activa, ni en la materia, sino a que a juicio del Tribunal una respuesta "...que podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención..."⁵. Solo dos de las opiniones consultivas emitidas por la Corte hasta el momento han tenido como base jurídica exclusiva el inciso segundo del artículo 64 del Pacto de San José. En cambio, la adopción en el Perú de su constitución en 1993 motivo un pedido de opinión consultiva de la Comisión Interamericana a la Corte, concerniente a la responsabilidad estatal e individual cuando un Estado adopta normas contrarias a la Convención Americana de DH.

Recordemos que la función consultiva de la CI de DH es eminentemente jurídica donde según el Tribunal en el ejercicio de la misma no está llamado a resolver cuestiones de hecho sino a interpretar el sentido propósito y razón de las normas internacionales sobre Derechos Humanos. En comparación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vemos el carácter restrictivo en el Consejo de Europa, ya que el Protocolo II anexo al convenio Europeo señala que el Tribunal podrá emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio o sus protocolos. En cambio, la convención americana sobre DH hace referencia a la capacidad del Tribunal Interamericano para interpretar normas concernientes a los derechos humanos en los Estados Americanos.

Resulta notorio que la Convención Americana sobre DH evito caer en el error de poner el límite a la capacidad interpretativa del Tribunal en materia consultiva a tratados que tengan por objeto la protección a los derechos humanos; así al habilitar el Pacto de San José ha definido "...a interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos", dando lugar para que atinadamente la Corte Interamericana destaque suficiente que las cuestión a interpretar posea una norma concerniente a la protección de los derechos humanos para que el Tribunal tenga competencia al margen de que el objeto general de aquel esté o no dirigido a la protección de los derechos humanos. Recordemos que

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión Consultiva del 6 de diciembre de 1991, San José de Costa Rica.

el gobierno del Perú en opinión inicial solicitó la interpretación del alcance de la frase “otros tratados”, susceptibles de ser interpretados bajo función consultiva de que habla el artículo 64 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, la Corte consideró que está puede ejercerse “en general sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano”.

El Tribunal asume el conocimiento de un tratado, siempre que este contenido directamente en la protección de los derechos humanos en el Estado miembro del sistema interamericano, consulta sobre un tratado aplicable a un Estado en tema concerniente a la protección de los derechos humanos, amén de otros asuntos que puedan ser objetos de consulta y que ha sido aclarado a través de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, ya que esta posee facultades o imperio derivadas del artículo 64 para interpretar dentro de su competencia consultiva, las obligaciones de los órganos de la OEA. Resulta destacable que el retiro de pedido de consulta formulada por un Estado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidió continuar con el conocimiento del pedido de opinión formulado, no es vinculante para la Corte.

El Tribunal no posee la autoridad para iniciar de oficio un trámite consultivo. Pero, una vez iniciada una solicitud por quien posee legitimación activa para hacerlo conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte tiene suficientes facultades para ordenar y conocer de la misma, pues la Corte a sentado el principio a favor de responder los pedidos que le son formulados en materia consultiva, principio que responde al marco normativo institucional favorable asignado por la Convención. En su opinión consultiva que la Corte llamó la atención respecto a que los pedidos no se traten “... de especulaciones puramente académicas si una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés en que se emita una opinión consultiva...”⁶.

Una duda que motiva debates en la doctrina con derivaciones inexcusables en el efectivo goce de los derechos humanos es aquella que versa en el grado de validez jurídica de las normas que no son tratados, y de las decisiones tomadas por órganos no jurisdiccionales. También la discusión sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas, ya que no son decisiones judiciales pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia contenciosa, sobre los cuales no hay duda alguna a que los mismos son vinculantes y obligatorios para

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Garantías Judiciales en estado de emergencia”. OC-9, 6 de octubre de 1987.

los Estados partes en el problema. Se ha advertido que las opiniones consultivas no tiene el efecto obligatorio que poseen las sentencias contra Estados. Sin embargo, las opiniones de la Corte gozan de gran autoridad y llenan una importante función como medio de protección de los Derechos Humanos. Entonces, la función consultiva en el marco del sistema interamericano se ha relevado en reiteradas ocasiones como un servicio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos presta a los integrantes del sistema.

3. LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR Y CUESTIONES PREJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: a) Sobre la interpretación de los Tratados; b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”. La anterior afirmación a diferencia de las opiniones consultivas en el MERCOSUR, donde las cuestiones prejudiciales se encuentran consagradas en contornos bien definidos al más alto nivel normativo de su ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 267 del tratado de funcionamiento de la UE (TFUE).

Se hace necesario decir que en la UE se resuelven muchas cuestiones prejudiciales cada año donde según el informe anual del Tribunal de Justicia de 2011 se dictaron 320 resoluciones sobre cuestiones prejudiciales, de las cuales 238 fueron sentencias; en el MERCOSUR se han emitido tres opiniones consultivas porque el TPR lleva poco tiempo de funcionamiento desde el 13 de agosto de 2004.

Pueden solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) todos los Estados partes del MERCOSUR, actuando los órganos con capacidad decisoria de esta organización (CMC, Grupo Mercado Común – GMC y Comisión del Comercio del MERCOSUR – CCM) y los TTSSJJ (Tribunales Supremos de Justicia) de los Estados parte con jurisdicción nacional (Artículo 2 de la Decisión CMC No. 37/03 que, según previene el Art. 2 de la decisión CMC No. 02/07, son : La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, El Supremo Tribunal Federal de Brasil, La Corte Suprema de Justicia de Paraguay, La Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso – Administrativo de Uruguay.

En la UE únicamente los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se hayan legitimados para expedir una cuestión prejudicial como señala el Art. 267 del TFUE el Art. 23 del ETJUE, no los Estados, ni las Instituciones comunitarias, lo que resulta coherente con su naturaleza de colaboración procesada. En el MERCOSUR no tiene lugar la distinción comunitaria entre jurisdicciones nacionales facultadas y

obligadas, ya que solo los TTSSJJ pueden pedir una opinión consultiva al TPR y las demás jurisdicciones internas se han delimitar a formularles una petición en tal sentido.

Las opiniones consultivas remitidas por los TTSSJJ solo pueden referirse a la Interpretación Jurídica del tratado de Asunción (TA) de 26 de marzo de 1994, el Protocolo de Ouro Preto (POP) de 17 de diciembre de 1994, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas del CCM. En cambio las peticiones de opiniones consultivas que proceden de los Estados conjuntamente y los órganos del MERCOSUR pueden versar sobre cualquier problema jurídico relativas a estas mismas fuentes del derecho mercosureño. Ahora bien, los temas concernientes a la solicitud, trámite y decisión de una opinión consultiva remitida por los TTSSJJ están normados por la Decisión CMC No. 2/07 y las reglas internas nacionales aprobadas por todos ellos, menos el Tribunal contencioso-administrativo del Uruguay⁷. En la UF estos aspectos aparecen expuestos por el ETJUE y el RPTJ.

Las cuestiones prejudiciales están reguladas por la UE y es análoga a la de las opiniones consultivas. En la UE no rige una regulación similar a la del MERCOSUR sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, sin embargo, el TJ ha declarado su competencia para llevar a cabo este control en abundante jurisprudencia contenida en el Art. 100 del TRPTJ. Algunas reglas internas de los TTSSJJ del MERCOSUR advierten que cuando uno de ellos remite una opinión consultiva al TPR debe suspenderse el procedimiento ante el juez que la insto, así sea en el mismo Tribunal Superior, sea uno inferior mientras esta es sustanciada. Es de advertir que en la UE el juez a quo tiene que suspender igualmente el procedimiento, mientras se tramitan las cuestiones prejudiciales por el Tribunal.

En el mismo trámite de las cuestiones prejudiciales, los TTSSJJ remiten las peticiones de opinión consultiva al TPR por medio de su Secretaría, con copia a la Secretaría del MERCOSUR y los demás tribunales superiores. En la UE la determinación de plantear una cuestión prejudicial se comunica por la Secretaría del Juez a quo a la Secretaría del TJ mediante correo certificado. El procedimiento de las opiniones consultivas resueltas hasta ahora se ha sustanciado solo en español que es el idioma oficial del país de los dos tribunales.

El trámite de las cuestiones prejudiciales ante el TJ se caracteriza por que hay una fase escrita a procesarse en el plazo perentorio de dos meses, más 10 días por razón de la distancia, desde la notificación de los sujetos interesados, para que pueden formular alegaciones y sus observaciones escritas. Sus atribuciones están restringidas, pues acorde con la normativa han delimitarse a proporcionar su punto de

⁷ Procedimiento y aspectos formales de la cuestión prejudicial; León Jiménez.

vista sobre la interpretación y la apreciación o validez del Derecho Comunitario, de tal modo que no pueden cambiar el contenido de las cuestiones prejudiciales formuladas por el juez nacional ni añadir nuevos elementos, menos impugnarlos para ser declaradas sin objeto. El procedimiento concluye con una audiencia pública donde las partes puedan presentar oralmente sus observaciones, luego que el abogado general hace públicas sus conclusiones y después el Tribunal emite su decisión ya sea mediante sentencia o automotivado si la cuestión prejudicial sea idéntica a otra ya resuelta según disponen los Arts. 82, 89 y 99 del RPTJ. Una copia certificada de la decisión prejudicial es remitida a la Secretaría del Juez a quo.

La sentencia o resolución prejudicial es firme, vale decir ejecutoriada desde el mismo día de su pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada formal según precepto del artículo 104 del RPTJ.

Como efectos jurídicos el Art. 11 de la Decisión CMC No. 37/03 dispone textualmente que "...la opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias". Las reglas internas de los TTSSJJ relieván esta carencia de eficacia obligatoria⁸. El TPR en su OC No. 01/2007 sostiene que "... lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es vinculante" en el sistema actual de controversias del MERCOSUR en virtud que "es poco acertado" que la respuesta de un juez a una consulta propuesta por otro órgano jurisdiccional "no sea obligatoria para este" cuando resulta que, "las opiniones consultivas son realmente interpretaciones prejudiciales o consultas prejudiciales". Por todo ello, el TPR solicita "muy respetuosamente" que en un futuro cercano "las autoridades pertinentes mejoren las características hoy día ya absolutamente uniformes en el Derecho comparado en cuanto (...) al carácter vinculante de la respuesta de este TPR"⁹.

En otros casos el TJ ha pregonado o proclamado la eficacia obligatoria *erga omnes* de las sentencias prejudiciales de interpretación y de validez¹⁰.

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (TJCA)

La histórica creación del Tribunal de Justicia, se dio el paso inicial para que la integración para América del Sur se aproxime al de la Unión Europea, con las ventajas comparativas que le ofrecía su historia compartida, el mismo idioma y la misma estructura jurídica que serían los cimientos básicos para la construcción de la tan ansiada

8 En concreto Art. 1 de la Acordada 13/08, Art. 7 de la Acordada 549 y Art. 354 de la Emenda Regimental 48/2012.

9 OC TPR 01/2007, apartado III (Relato jurídico y facto del caso).

10 STJ 13 de mayo 1981, International Chemical Corporation 66/80, Rec. p 1191; (Sentencias prejudiciales de interpretación).

integración. La Comunidad Andina se basa en dos tipos de normas jurídicas: las llamadas “originales”, “primarias” o “constitucionales” contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal Andino, con sus protocolos modificatorios y, las “derivadas” o “secundarias” que son las contenidas en las decisiones del Consejo Andino de Cancilleres, de la Comisión de la Comunidad Andina y de las resoluciones de la Secretaria General. El Sistema Andino de Integración está constituido por los siguientes órganos e instituciones: El Consejo Presidencial Andino, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaria General; el Tribunal de Justicia, etc. El Tribunal Andino está actualmente integrado por cuatro magistrados. Los requisitos para acceder a dicha Magistratura son los mismos exigidos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) deben ser nacionales de origen de los países miembros: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú.

Al igual que en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la Interpretación Prejudicial llamada también consulta prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina, en razón que mediante dicho mecanismo el Tribunal “asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales de los cuatro Países Miembros”, estableciendo con ellos una cooperación horizontal con los órganos nacionales¹¹.

El procedimiento de la interpretación prejudicial juega un papel preponderante en el desarrollo del Derecho Comunitario con características de efecto directo y primacía frente a las legislaciones nacionales. El efecto directo indica que las disposiciones comunitarias imponen a los Estados Miembros una obligación precisa que no requiere la adopción de otra medida por parte de las instituciones de la Comunidad o de los Estados Miembros y que no deja a estos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución. La primacía en los objetivos fundacionales de la Unión Europea. El Tribunal Andino sostiene que la interpretación “es función básica de este Tribunal indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros”. Un jurista distinguido ha dicho que “... la competencia prejudicial atribuida al Tribunal para interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias constituye el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario...”¹².

Sobre los efectos de la interpretación prejudicial del Tribunal de

¹¹ Artículos 4 y siguientes del Estatuto del Tribunal de Justicia.

¹² Kurt Riechenberg, Ob. Cit.

Justicia de la Comunidad Andina el Art. 34 del Tratado del Tribunal señala “...en su interpretación el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materias del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a estos cuando ella sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”¹³. Por otra parte, en las consultas prejudiciales el Tribunal no ingresa a analizar el contenido del derecho interno sino únicamente se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria y como esta debe ser entendida en el caso concreto. Por otra parte, según el artículo del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia; a) El Tribunal no puede interpretar el derecho nacional, ya que ésta queda bajo exclusiva competencia de los jueces nacionales; b) El Tribunal de Justicia no puede aplicar el derecho comunitario se limita a interpretar; la aplicación es de exclusiva responsabilidad de los jueces nacionales; c) El Tribunal no puede pronunciarse por los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación ya que ese ejercicio es privativo del juez nacional en el caso concreto.

En el ámbito de la relación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales, es una relación de cooperación y no de jerarquía. En otros términos es una relación *inter-pares* pese a que las sentencias prejudiciales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y, que estos tiene la obligación, cuando sus decisiones no son susceptibles de un recurso ulterior, de someter la consulta al Tribunal Comunitario. El exmagistrado del Tribunal citado por Uribe Restrepo dice: “la eventual resistencia del juez nacional en aceptar este sistema de cooperación judicial fundamentando esta resistencia en razones de soberanía nacional o de pérdida de su autonomía, absolutamente discutibles en el plano conceptual, produce un definitivo efecto adverso a los intereses que se pretenden defender. La soberanía es el escudo que protege los intereses de la Nación. El no velar por la aplicación del derecho comunitario afectará precisamente los intereses que se pretenden defender”¹⁴.

El Tratado de Creación del Tribunal (Art. 33) como su Estatuto (Art. 121) refiere dos casos importantes: la consulta facultativa y la consulta obligatoria. La primera está prevista en el Art. 121 del Estatuto y dice: “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina podrán solicitar directamente y mediante simple oficio la interpretación del Tribunal acerca de

13 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

14 Uribe Restrepo Fernando. La interpretación prejudicial en el Derecho Andino. “Ed. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”. Quito 1993.

dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegará a oportunidad de dictar sentencia sin que hubiera recibido la interpretación del Tribunal, el Juez deberá decidir el proceso”¹⁵ norma similar está en el Tratado¹⁶. En este caso de consulta facultativa, si existe el recurso en el ordenamiento interno el Juez puede o no consultar al Tribunal, no suspende el proceso y está facultado para dictar la sentencia, con o sin la interpretación del Tribunal Andino.

En cambio, en la consulta obligatoria según el Art. 122 del Estatuto consiste en que: “de oficio o a petición de parte, el Juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuera susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio la interpretación del Tribunal¹⁷, norma prevista también en el Tratado en el Art. 33¹⁸. En este caso el juez nacional debe consultar –necesariamente– al Tribunal y suspender el proceso hasta que el Tribunal se pronuncie respecto de la interpretación prejudicial solicitada. Complementa las anteriores disposiciones el Art. 128 del Estatuto del Tribunal: “... Los Países Miembros y la Secretaría velarán por el cumplimiento y la observancia por parte los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial”. Por la misma norma del Art. 128 del Estatuto, los jueces nacionales en estricto cumplimiento de tales disposiciones deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de la interpretación prejudicial.

La ejecución de la solución de controversias en el Derecho Comunitario está encomendada en parte a la Secretaría General de la Comunidad Andina, pero principalmente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina creado por el Tratado de Creación, adoptado en Cartagena de Indias el 28 de mayo de 1979, mientras en el caso del MERCOSUR es un proceso mixto, donde luego de una etapa pre-contentenciosa la solución descansa en un Tribunal ad-hoc en un Tribunal permanente de Revisión (TPR) creado por el protocolo para la solución de controversias conocido como el Protocolo de Olivos , adoptado durante la III Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común celebrada el 18 de febrero de 2002, en la ciudad de Olivos provincia de Buenos Aires, República Argentina.

El sistema de interpretación prejudicial en el Tribunal Andino (TJCA) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) con el Tribunal Ad-hoc difieren entre sí ya que sirven al proceso de integración que

15 Tratado de creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Art. 33

16 Tratado de creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Art. 33. Estatuto del Tribunal Art. 124.

17 Idem.

18 Tratado del Tribunal, Art. 33.

tiene dos velocidades o actividades distintas. Mientras en un caso es una “Comunidad” construida con un ordenamiento propio que trasciende por su institucionalidad, acorde a los principios de cooperación y de libre comercio, en la medida que cuenta con un control jurisdiccional; el otro, el Mercado Común del Sur, MERCOSUR es un “mercado” en procura de un acuerdo que garantice la libre circulación de bienes y servicios como primer escalón de un proceso de integración que se vislumbra no solo económico y comercial, sino esencialmente social y político, tal cual lo relieván sus propios presidentes del Brasil Fernando Enrique Cardoso y Luis Ignacio Lula Da Silva.

La creación de una transacción entre la creación de un Tribunal de Justicia permanente que es el TPR como el Tribunal de las Comunidades Europeas o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) o la de mantener sistemas de solución de controversias mediante Tribunales Arbitrales previstos en el protocolo de Brasilia. Y, decimos que es una creación novedosa, ya que sin desterrar los Tribunales Arbitrales ad-hoc otorga la potestad de revisión de dichos laudos arbitrales por parte del TPR en puntos de derecho asimilándolo a un verdadero Tribunal de casación. Ese carácter transaccional del TPR también se refleja en el Art. 3 del Protocolo de Olivos cuando establece que el Consejo de Mercado podrá instituir “... mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión, definiendo su alcance y su procedimiento”. El esquema de integración vigente en la Comunidad Andina lo que permitirá no solo el establecimiento de un mecanismo de cooperación entre el TJCA o el TPR sino que ello podría ocasionalmente derivar en la creación de un espacio Económico Sudamericano con un Tribunal que lo sirva garantizando su legalidad, algo indispensable en un mero Tratado de Libre Tránsito de Mercancías. Estas consideraciones en los métodos de solución de controversias existentes tanto en la Comunidad Andina como en el MERCOSUR sugiere reflexiones que inspiren al diálogo y anhelo de consolidación de un Espacio Económico Sudamericano, haciendo especial énfasis en el capítulo de solución de controversias, pilar fundamental en el que reposa todo acuerdo de integración regional.

El MERCOSUR creado por el tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, con el objetivo central de construcción de un Mercado Común para alcanzar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos y el establecimiento de un Arancel Externo Común que no constituye un fin en sí mismo sino que al igual que la Comunidad Andina fue un primer paso a la instauración de una integración más profunda que la simplemente comercial que incluyera su verdadera dimensión política. Sin embargo, la instalación del TPR es el primer paso que permite entrever la construcción de una verdadera integración de ambos bloques regionales con la creación de un Espacio Económico

Sudamericano.

Luego de la adopción del Tratado de Asunción que creó el MERCOSUR, el 17 de diciembre de 1991 se aprobó el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, en reemplazo del Anexo III del Tratado de Asunción que ha sido sustituido por el Protocolo de Olivos del 18 de febrero de 2002, tomando como base muchos aspectos del Protocolo de Brasilia que es preciso distinguir para precisar en sus rasgos generales el mecanismo de solución de controversias en el MERCOSUR de hoy. De acuerdo con el Protocolo de Brasilia los Estados Partes que mantienen una diferencia deben recurrir a las negociaciones directas intentando una solución por la vía administrativa al Grupo Mercado Común, quien podrá pedir el asesoramiento de expertos y este formulará recomendaciones a las partes para solucionar el diferendo, trámite que hoy se realiza en la Comisión de Comercio del MERCOSUR, de conformidad con el Protocolo de Ouro Preto. Los Estados Partes en controversia informan al Grupo del Mercado Común sobre las gestiones y los resultados en el plazo de 15 días si no fuera solucionado pueden acudir al Grupo Mercado Común para que expongan sus diferencias en asesoramiento de expertos y al término formulará recomendaciones para la solución del diferendo.

Si la controversia no se soluciona mediante la negociación directa las partes pueden comunicar a la Secretaría manifestando su intención de recurrir al Procedimiento Arbitral donde los árbitros decidirán sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, del Mercado Común, resoluciones del GMC, así como los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia.

El proceso de integración en el MERCOSUR se profundiza por la acción del TPR que es un mecanismo alterno por que el Protocolo de Olivos que lo crea permite que el asunto materia de la controversia pueda ser ventilado en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio o de otros esquemas. El Protocolo de Olivos también la institución de las opiniones consultivas del TPR que se asemejan a las interpretaciones prejudiciales de los TJCE y TJCA, otorga mandato al Consejo del Mercado Común para que defina su alcance y sus procedimientos.

El aspecto más importante del Protocolo de Olivos es haber permitido la revisión del laudo de los Tribunales Arbitrales. El TPR actúa como un verdadero Tribunal de Casación en el caso de la revisión de los laudos librados por los Tribunales ad-hoc y como Tribunal Ordinario Permanente de última instancia, cuando las partes acuerdan voluntariamente someter la solución de sus diferencias directamente al TPR.

Por otra parte, en el ámbito de los cambios del Derecho Internacional, en Europa y América Hispana proliferan los Acuerdos de

Libre Comercio con sus correspondientes mecanismos de solución de controversias, marcan sus preferencias por los Tribunales Arbitrales ad-hoc o por el mecanismo de solución de controversias de la OMC. El caso de la Unión Europea donde la creación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas marca el carácter permanente de la vocación de plena, aunque paulatina integración que sancionó una Constitución y sin sacrificar su institucionalidad jurídica es parte de Tratados de Libre Comercio con terceros países, adoptando mecanismos de solución de controversias como el de la OMC.

Hay un contraste en el acercamiento de los países pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio, con los países de la Unión Europea para crear un mecanismo de cooperación en la solución de controversias entre ellos conformando un Tribunal Mixto con participación de jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como del Tribunal del Espacio Económico Europeo. En un caso parecido, aunque con diferencias para analizar la cooperación en la solución de controversias entre los países de la Comunidad Andina y los del MERCOSUR y la posible creación de un Tribunal Mixto para asegurar la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho Comunitario a lo largo y ancho del territorio sudamericano. Resulta similar la idea que se trata de grupos de integración subregional de un espacio geográfico determinado pero con distintas velocidades en su proceso de Integración.

Desde 1973 las relaciones comerciales entre los países de la UE y los de AELC se siguen por acuerdos bilaterales de libre comercio con posterioridad se entablaron negociaciones entre ellos buscando concluir un acuerdo entre la Comunidad Europea como se llamaba en 1989 con los países de la AELC para la creación del Espacio Económico Europeo. Resulta parecido el ejercicio emprendido recientemente por la Comunidad Andina y el MERCOSUR a fin de lograr el ansiado Espacio Económico Sudamericano. En los 2 casos citados los países de ambos bloques han suscrito Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica de Libre comercio.

El antecedente sobre los acuerdos entre los Tribunales Europeos permite establecer mecanismos de cooperación entre el TPR y el TJCA, teniendo en cuenta en el caso de América del Sur a diferencia del TJCE y del Tribunal de la AELC en los dos bloques sudamericanos, no obstante que sus procesos de integración marcha a distintas velocidades, existe una misma finalidad de lograr una integración no solo económica sino esencialmente política para lograr una verdadera Comunidad de Derecho.

Las opiniones consultivas tienen un carácter judicial, pero no vinculante.