
ALEJANDRO DANIEL PEROTTI

**ALGUNAS CONSIDERACIONES
SOBRE LA INTERPRETACIÓN
PREJUDICIAL OBLIGATORIA
EN EL DERECHO ANDINO**



**ALGUNAS CONSIDERACIONES
SOBRE LA INTERPRETACIÓN
PREJUDICIAL OBLIGATORIA
EN EL DERECHO ANDINO¹**

RESUMEN

Interesante análisis que ahonda el tema de la interpretación prejudicial para la resolución de conflictos respecto a asuntos que trascienden las consideraciones jurídicas internas y que hacen necesario conocer las posiciones de Tribunales de justicia o supranacionales para tomar decisiones uniformes, frente a situaciones materia de tratados Internacionales relacionados con la Comunidad Andina.

PALABRAS CLAVE

Comunidad andina, Interpretación prejudicial, Jueces de la integración, Tribunal Andino, Reenvío

ABSTRACT:

This study addresses subject of prejudicial interpretation in solving conflicts in matters transcending internal legal considerations, requiring referral to sentences of Justice Tribunals or supranational ones to take uniform decisions before scenarios of international treaties involving Andean Community.

KEY WORDS:

Andean community, prejudicial interpretation, integration judges, Andean Tribunal, re-dispatch, connectives, communitary rule, communitary law, commercial competence.

1 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y NORMATIVAS Y ABREVIATURAS: S: considerandos de las sentencias; BJC: Boletín de Jurisprudencia Constitucional (Cortes Generales/España); BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht; Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Alemania); GJCE: Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea (España); ED: Revista Jurídica El Derecho (UCA/Argentina); GO: Gaceta Oficial de la Comunidad Andina (Secretaría General/Perú); JO: Journal Officiel des Communautés européennes (Comisión Europea/Bélgica); Rec: Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comisión Europea/Luxemburgo); RDCE: Revista de Derecho Comunitario Europeo (Centro de Estudios Constitucionales/España); RDI: Revista Derecho de la Integración (INTAL/Argentina); RDM: Revista Derecho del Mercosur (La Ley/Argentina); TCE: Tratado de la Comunidad Europea.

Sobre la base de la ponencia del autor "La Interpretación Prejudicial obligatoria en el Derecho Andino", presentada en el marco del IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur, Universidad Católica Boliviana, La Paz, Bolivia. 11-13 de octubre de 2000.

1. EL JUEZ NACIONAL Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (TJCA).

Los procesos de integración requieren, a fin de asegurar el imperio del Derecho en el bloque y con ello una garantía para la seguridad jurídica y la efectiva salvaguarda de los derechos de los particulares, el establecimiento de un sistema jurisdiccional, que no sólo controle la legalidad de las normas de las instituciones comunitarias y de aquellas que sean producto de la potestad legislativa de los Estados, sino también la compatibilidad de las conductas de las personas físicas y jurídicas (que desarrollan su actividad dentro del espacio regional) con el ordenamiento comunitario.

Las diferentes experiencias vinculadas con el tema han construido dicha estructura judicial a partir de la estrecha relación entre dos pilares básicos imprescindibles: a) un Tribunal de Justicia a nivel de los Estados miembros, y b) los Tribunales nacionales de cada uno de los países. Consecuencia de ello es que en el ámbito de sus respectivas competencias tanto el primero como los segundos pueden ser catalogados como “jueces comunitarios”² o jueces de la integración.

En la Comunidad Andina la interpretación prejudicial se distingue, según el juez del cual deba proceder la consulta, en “obligatoria” y “facultativa” (art. 33 TCTJ5). La primera comprende todos supuestos en los que la decisión del tribunal nacional, que aplica derecho comunitario andino, no sea susceptible de ser atacada por recurso judicial, según las disposiciones del derecho

2 TJCA: providencia del Tribunal del 25 de abril de 1989, DRA. VIVAS MARTÍNEZ, GO núm. 43, 30/V/89 (§VI); proc. 2-IP-91, Kadoch, 26/II/91, GO núm. 78, 18/III/91 (§1); providencia del Tribunal del 9 de diciembre de 1993, INDECOPI, GO núm. 146, 31/I/94 (§ párrafo II-2); proc. 10-IP-94, Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radiodifusión, 17/III/95, GO núm. 177, 20/IV/95 (§V°); proc. 1-IP-96, Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, 9/XII/96, GO núm. 257, 14/IV/97 (§III). Cfr. también URIBE RESTREPO, FERNANDO, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, ed. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, Ecuador, 1990, p. 171.

interno. En estas circunstancias el juez se encuentra constreñido a realizar el reenvío al Tribunal de Justicia. En cambio, es facultativa siempre que contra dicha sentencia del juez nacional existan –según el ordenamiento interno– vías recursivas por las cuales sea posible su cuestionamiento. Frente a dicha hipótesis es discrecional la decisión del juez de consultar al Tribunal de Quito (TJCA).

En este sentido, vale la pena recordar que el antiguo Grupo Andino no contó desde sus orígenes con un Tribunal. Éste fue instituido con motivo de su décimo aniversario a través de la suscripción en 1979 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia (TCTJ).

Este Convenio, que regula en forma acabada los distintos recursos y procedimientos, ha sido recientemente modificado y completado a través del Protocolo Modificadorio del Tratado Constitutivo, de 28 de mayo de 1996, denominado Protocolo de Cochabamba, el cual entró en vigor el 25 de agosto de 1999³⁴.

2- LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL MODELO ANDINO

Siguiendo el esquema europeo, el Pacto Andino reguló la principal herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción supranacional, cual es el mecanismo de la interpretación prejudicial. Dicho procedimiento persigue esencialmente la aplicación uniforme del derecho regional a través de la intervención, en el marco de un expediente nacional en el cual incida la normativa andina, de una instancia judicial especializada en la interpretación del derecho comunitario que se suma a la actividad del juez estatal, se basa en una particular relación de lealtad y cooperación entre las jurisdicciones de ambos órdenes.

En la Comunidad Andina la interpretación prejudicial se distingue, según el juez del cual deba proceder la consulta, en “obligatoria” y “facultativa” (art. 33

3 Codificado mediante la Decisión núm. 472, GO núm. 483, 17/IX/99.

4 Sobre el sistema procesal comunitario ante el Tribunal de Justicia ver, entre otros, CHAHIN LIZCANO, GUILLERMO, *El Nuevo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones*, RDM 2000-5, pp. 240-244; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, MANUEL, *Nuevas perspectivas de la Justicia Internacional: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, en *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a FRIDA M. PFIRTER DE ARMAS BAREA* (RAÚL E. VINUESA, editor), ed. Fundación del Centro de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 1989, pp. 257-268; PEROTTI, ALEJANDRO DANIEL, *Los Tribunales Comunitarios en los Procesos de Integración. El Caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Revista Jurídica del Perú, núm. 17, octubre-diciembre, Lima-Trujillo, Perú, 1998, pp. 282-314; *ibidem*, *Dikaion* (Revista de fundamentación jurídica), núm. 8, julio 1999, ed. Facultad de Derecho-Universidad de La Sabana, Santa Fe de Bogotá, Colombia, pp. 186-241 y la doctrina allí citada; PICO MANTILLA, GALO, *Jurisprudencia Andina*, ed. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, Ecuador, 1990; URIBE RESTREPO, FERNANDO, *op. cit.*

TCTJ⁵). La primera comprende todos supuestos en los que la decisión del tribunal nacional, que aplica derecho comunitario andino, no sea susceptible de ser atacada por recurso judicial, según las disposiciones del derecho interno. En estas circunstancias el juez se encuentra constreñido a realizar el reenvío al Tribunal de Justicia. En cambio, es facultativa siempre que contra dicha sentencia del juez nacional existan –según el ordenamiento interno– vías recursivas por las cuales sea posible su cuestionamiento. Frente a dicha hipótesis es discrecional la decisión del juez de consultar al Tribunal de Quito (TJCA).

Igual diferenciación se establece en la normativa de la Comunidad Europea (art. 234 CE⁶). En cambio, en el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), la consulta prejudicial a la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), es en todos los casos facultativa para el juez nacional que deba aplicar derecho comunitario centroamericano⁷.

2.1 La Interpretación prejudicial obligatoria. Cuestiones de fondo y de forma que la misma suscita

Debemos aclarar, que cuando se hace referencia a la interpretación prejudicial “obligatoria” y “facultativa”, a lo que apunta tal distinción es, concretamente, a la necesidad o no de realizar la “consulta” (o el reenvío) a la jurisdicción supranacional, lo cual se diferencia de la interpretación prejudicial como respuesta propiamente dicha del Tribunal de Justicia. Esto se destaca en razón de la importancia de la distinción en lo que hace a sus efectos jurídicos, toda vez que, mientras la consulta como trámite procesal –como tendremos oportunidad de ver– puede ser obligatoria o facultativa, la interpretación prejudicial, en cuanto cuestión (respuesta) evacuada por el Tribunal de Justicia, es siempre y en todos los casos “de obligatoria observancia” tanto para el juez que la solicita como para los jueces que con posterioridad llegaren a intervenir en el marco de la misma causa.

5 TCTJ, Sec. Tercera, *De la Interpretación Prejudicial*, art. 33: *Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.* [INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FACULTATIVA].

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal. [INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA].

6 Utilizamos la nueva numeración del Tratado de la Comunidad Europea según la versión posterior al Tratado de Amsterdam.

7 Estatuto de La Corte, art. 22: *La competencia de la Corte será: ... k) Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Sistema de la Integración Centroamericana, creado por el 'Protocolo de Tegucigalpa', sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.*

La obligación del juez nacional de adoptar la interpretación a la que arribe el Tribunal Andino, además de haber sido confirmada por la jurisprudencia⁸, resulta de los arts. 35 y 36 del Tratado de Creación. Cabe agregarse que el Tribunal ha implementado la práctica constante de incluir en las conclusiones de cada una de sus sentencias de interpretación prejudicial la siguiente frase: “De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación de este Tribunal Andino, el Tribunal ... (identificación del tribunal nacional solicitante), deberá adoptar la presente interpretación al dictar la sentencia en el proceso interno”.

Las reflexiones que desarrollaremos a continuación están dirigidas a describir la modalidad obligatoria de la interpretación prejudicial.

Sin perjuicio de la serie de cuestiones que plantea la hermenéutica del segundo párrafo del art. 33 TCTJ sólo nos referiremos a tres puntos concretos: 1. Límites a la obligatoriedad del reenvío; 2. Circunstancias en las cuales se entiende que debe “aplicarse” o se “controvierte” normativa andina; y 3. Significado de la frase “recursos de derecho interno” (órganos de última instancia).

2.1.1 Límites a la obligación de reenvío

La normativa no distingue ni hace excepción alguna respecto de los procesos en los cuales existe la obligación de plantear la cuestión prejudicial. En efecto, la exigencia del reenvío abarca “todos los procesos” en los que sea pertinente la aplicación de alguna disposición del derecho andino, y en los cuales la decisión final del expediente lo constituya una sentencia irrecurrible.

Aquí sería bueno preguntarse si esta afirmación abarca también (A) los supuestos en los cuales la interpretación de la norma ha sido evacuada con anterioridad por el Tribunal de Justicia, a través de un reenvío que presenta similitud o analogía material con el caso de autos, en otras palabras, cuando existe una homogeneidad en cuanto al fondo, fáctico y de derecho, entre el asunto actual y aquel en el cual el Tribunal analizó ya la disposición en cuestión; o (B) cuando la aplicación correcta del derecho comunitario se presenta tan evidente para el juez estatal que su sentido no da lugar a duda razonable acerca de su interpretación.

En cuanto al supuesto (A) existe una posición, denominada teoría del “acto aclarado”, según la cual una vez interpretada la disposición por el Tribunal de

8 TJCA: proc. 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, 3/XII/87, GO núm. 28, 15/II/88 (§3.3; Conclusiones párrafo quinto); auto del Tribunal del 15 de mayo de 1989, *Shering Corp.*, GO núm. 44, 7/VI/89 (§IV); proc. 2-IP-90, *Cavelier y Vernot*, 20/IX/90, GO núm. 69, 11/X/90 (§10); proc. 3-IP-90, *Nike International Ltda.*, 25/IX/90, GO núm. 70, 15/X/90 (Conclusión párrafo tercero); proc. 10-IP-94, *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radiodifusión*, op. cit. (§V°; conclusiones párrafos primero y noveno); proc. 1-IP-96, *Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, cit. (§I; conclusiones párrafo primero); proc. 15-IP-99, *Cigarrera Bigott*, 27/X/99, GO núm. 528, 26/I/00 (§V.5.1).

Justicia ya no existiría para el juez nacional el deber de plantear la cuestión, aun cuando su decisión sea irrecurrible.

Esta teoría ha sido rechazada en forma expresa por el TJCA en el precedente *Aktiebolaget Volvo*, en el cual sostuvo que “la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos”⁹. Si aún existieran dudas, el mismo Tribunal, confirmó, en el caso *Ciba-Geigy AG*, su total reticencia a la aplicación de esta doctrina. En efecto, en el citado precedente, luego de mencionar que la facultad en análisis tiende a lograr la uniformidad normativa en todo el territorio comunitario y en consecuencia que su jurisprudencia “como cuerpo de doctrina armónica y estable que debe servir al proceso de integración andina, es de aplicación general en los Países Miembros”, reconoció, en forma contundente, que “los dictámenes del Tribunal son actos judiciales que, por su propia naturaleza, se refieren al asunto *sub-judice* en cada caso. De allí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación”, agregando a continuación, a manera de justificativo, que “bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo”¹⁰.

A su vez la doctrina especializada se expide en el mismo sentido¹¹.

Por tanto, la obligatoriedad de la remisión prejudicial existe con independencia de que el Tribunal Andino se haya expedido anteriormente sobre la hermenéutica que debe atribuirse a la disposición en cuestión.

En el derecho comparado la solución no es la misma. Así por ejemplo, en Europa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha re-ceptado desde temprano, en la sentencia *Da Costa en Shaake*, la aplicación de la doctrina del acto aclarado como forma de suavizar la obligatoriedad del

9 TJCA: proc. 1-IP-87. *Aktiebolaget Volvo*, cit. (§3.3).

10 TJCA: proc. 7-IP-89. *Ciba-Geigy AG.*, 24/XI/89. GO núm. 53, 18/XII/89 (§1).

A mayor abundamiento, la misma sentencia reconoció expresamente que *El Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre este preciso asunto (...) en términos claros y categóricos* [en referencia a la no patentabilidad de los herbicidas, de acuerdo al literal c) del art. 5 de la Decisión 85; proc. 1-IP-88]. Esto demuestra que aun cuando exista similitud fáctica y de derecho entre ambos asuntos el juez nacional debe solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia.

11 BUENO MARTÍNEZ, Patricio, *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena: La Cooperación Judicial a través de la Interpretación Prejudicial*, en Seminario Internacional: *Integración. Derecho y Tribunales Comunitarios*, 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, ed. Corte Suprema de Justicia de Bolivia-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. 1997, pp. 113 y 117 (99-132).

En contra, sin embargo, la opinión del CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, en el proceso núm 55-24, 11/XI/94 [citado por BARRETO RUIZ, Joaquín, *La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Colombiano*, en *Seminario Internacional: Integración...*, op. cit., pp. 185-186 (175-187)].

art. 234.3 CE¹². En efecto, en dicha oportunidad el Tribunal consideró que la obligación de reenvío, impuesta por el art. 177.3 TCEE, se ve privada de causa y vacía de contenido cuando “la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión prejudicial en un asunto análogo”¹³. Con posterioridad el Tribunal flexibilizó la exigencia de “similitud” al considerar que

El mismo efecto..., puede resultar de una jurisprudencia establecida por el Tribunal al resolver el punto de derecho controvertido, cualquiera sea la naturaleza de los procesos que han dado lugar a esa jurisprudencia, incluso a falta de una estricta identidad de las cuestiones en litigio¹⁴.

La doctrina Da Costa en Shaake es igualmente aplicable a los asuntos en los cuales puedan llegar a intervenir un tribunal supremo nacional y un tribunal de justicia de otro proceso de integración. En dicho supuesto la obligatoriedad del reenvío cede “cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una cuestión que ya fue objeto de una decisión con carácter prejudicial en el marco del mismo asunto nacional”, en el cual han participado (o pueden hacerlo) tanto el Hoge Raad –Corte Suprema– de Holanda (Estado miembro del Benelux) como el Tribunal de Justicia del Benelux¹⁵.

En lo que hace al modelo centroamericano, si bien no existe jurisprudencia al respecto, según la opinión libre de los Magistrados de la Corte Centroamericana, la doctrina del acto aclarado no tendría recepción¹⁶.

En referencia al supuesto (B), existe la doctrina del “**acto claro**”, la cual considera que la obligación de consulta desaparece toda vez que no exista duda razonable sobre el sentido que debe darse a la norma comunitaria. Su pertinencia en el mecanismo procesal andino ha recibido explícita condena por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el cual ha reconocido que el Tratado de Creación le otorga “capacidad exclusiva para interpretar las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico” del Acuerdo de Cartagena¹⁷; sin perjuicio de ello,

no desconoce El Tribunal que en todo proceso de aplicación de una norma jurídica a un caso concreto, quien la aplica, sea juez [nacional], funcionario administra-

12 Art. 234.3 CE. (antiguo art. 177.3): *Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.*

13 TJCE: ass. acs. 28-30/62, *Da Costa en Shaake*, 27/III/63, Rec. 1963, p. 61 (§2).

14 TJCE: as. 283/81, *CILFIT*, 6/X/82, Rec. 1982, p. 3415 (§14).

15 TJCE: as. C-337/95, *Parfums Christian Dior*, 4/XI/97, Rec. I-6013 (§29, 30).

16 LEÓN GÓMEZ, ADOLFO, *La Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia*, en *El Tribunal Centroamericano (AAVV)*, ed. Universitaria, Tegucigalpa, Honduras, 1995, pp. 136 (87-145); del mismo autor, *La Consulta Prejudicial*, en *La Competencia de la Corte Centroamericana de Justicia (AAVV)*, 1ª edición, ed. Corte Centroamericana de Justicia, Managua, Nicaragua, 1996, pp. 130ss (125-144).

17 TJCA: proc. 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, op. cit. (§3.3); proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§1).

tivo, o cualquier persona, realiza un proceso de interpretación.... de aprehensión de su sentido y finalidad para efectos de...., determinar si el hecho material...., puede ser subsumido dentro de aquella¹⁸.

Tal rechazo de esta teoría ha sido acompañado también por la opinión de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en cuya opinión "en el evento en que el juez considere la norma comunitaria *suficientemente clara* no está eximido de solicitar la interpretación prejudicial, pues ésta es una competencia asignada expresamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por el art. 28 del Tratado de su Creación¹⁹. En igual sentido se ha expedido la unanimidad de la doctrina²⁰.

En consecuencia, la remisión a la jurisdicción supranacional es imperativa en todos los casos en los cuales se presente una "cuestión de interpretación" del derecho comunitario, y ello a pesar de la "claridad" de la disposición.

A pesar de la rotundidad con la que se defiende la incorrección de aplicar la teoría del acto claro en el ámbito del derecho comunitario andino, tal razonamiento parecería no ser totalmente acompañado por las jurisdicciones supremas de algunos de los Estados miembros. Así, por ejemplo, cabe citar que la Corte Constitucional de Colombia, interviniendo en un recurso contra el art. 11 de la Ley 83 de 1925, que autoriza a los departamentos del país para monopolizar la producción del alcohol imponible, reconoció, ante los cargos del demandante sobre la incompatibilidad de la mencionada norma con las disposiciones del Acuerdo de Cartagena, que "en ejercicio de sus competencias" no consideraba pertinente hacer a lugar al pedido de suspensión del proceso a fin de remitir una solicitud de interpretación prejudicial al TJCA sobre "las normas supranacionales invocadas" toda vez que "de una parte la naturaleza de la cuestión debatida es eminentemente jurídica y no técnica" (sic!) y "de otra parte, contaba la Corte con todos los elementos de juicio indispensables para juzgar la constitucionalidad de las normas acusadas"²¹. Es evidente, en principio, la contravención a la jurisprudencia del Tribunal Andino y a las reglas del TCTJ. Para comenzar, porque en ningún lugar se exige, como requisito para la ejecución del mecanismo prejudicial, que la naturaleza del punto en debate deba ser "técnica" y además porque entre los "elementos de juicio" manejados por la Corte no podía estar ausente, además de la Constitución

18 TJCA: proc. 7-AI-99, Secretaría General/Perú, 12/XI/99, GO núm. 520, 20/XII/99 (§2.5.2).

19 Secretaría General: Resolución núm. 210, por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por Ecuador contra la Resolución 171, 31/III/99, GO núm. 424, 6/IV/99 (§5. El subrayado nos pertenece).

20 BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, *op. cit.*, 113-114; CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA, *La Integración Económica y la Interpretación Unitaria del Derecho*, ED 168-1047, (1042/1051); SCHEMBRI CARRASQUILLA, RICARDO, *La Práctica Profesional en el Derecho Comunitario*, Revista Jurídica Externado, vol. 8, núm. 1, diciembre 1995, Bogotá, pp. 90 (87-95).

21 Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, sentencia núm. C-256/98, Acción Pública de Inconstitucionalidad contra la ley 83 de 1925, 27/V/98, expte. D-1884; Magistrado Ponente DR. FABIO MORÓN DÍAZ (§VI-5).

colombiana, el Acuerdo de Cartagena, en especial sus disposiciones sobre el Programa de Liberación Comercial (Capítulo V) y sobre Competencia Comercial, razón por la cual la interpretación y aplicación de normas comunitarias por dicho Tribunal Constitucional (cuya decisión era irrecurrible) surge como una parte esencial del expediente judicial.

Distinto es el razonamiento en el derecho europeo, en el cual el TJCE, a pesar de algunas resistencias iniciales²², terminó por aceptar que la ausencia de una “duda razonable” en la interpretación de la norma comunitaria, bajo determinados aspectos, podía dejar de lado la obligación establecida en el tercer párrafo del art. 234 CE²³.

La explicación en cuanto a la divergente aceptación de ambas doctrinas, en el ámbito andino, puede encontrarse en que, a diferencia del TJCE ante el cual se presentan en la actualidad numerosísimas cuestiones prejudiciales, en el caso del Tribunal de Quito los reenvíos aún no alcanzan una magnitud similar, con lo cual es comprensible que se intente “popularizar el contacto judicial entre el juez nacional y el juez andino”. Basta citar, por ejemplo, que desde 1984²⁴ a la fecha, ningún órgano jurisdiccional (en el sentido del Tratado) de Bolivia o Perú²⁵ ha remitido solicitud prejudicial alguna al TJCA, y en el caso de Venezuela, esto ha ocurrido en una sola oportunidad²⁶; actitud totalmente diferente a la adoptada por los jueces de Colombia y, a partir de 1994 (en franco aumento), de Ecuador, quienes han tenido un contacto permanente con la jurisdicción supranacional, en especial es de destacarse la práctica del Consejo de Estado colombiano (autor de la mayoría de las consultas prejudiciales que se han elevado al Tribunal).

Es de esperarse que si la evolución normal del número de cuestiones prejudiciales que actualmente arriban a los estrados del Tribunal Andino continúa en aumento (como se vislumbra en la actualidad), la jurisdicción comunitaria deberá reconocer la vigencia de una o ambas teorías en el derecho andino²⁷.

22 DUARTE, María Luisa. *A teoria do ato claro e o art. 177 do Tratado CEE*. Revista Jurídica N°6, abril-junho 1986, ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 228.

23 TJCE: as. 283/81, *CILFIT*, *op. cit.* (§16).

24 El Tribunal de Justicia inició sus actividades el 2 de enero de 1984.

25 En el caso de Perú debe destacarse que la única consulta prejudicial que se ha dirigido al Tribunal Andino ha provenido del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI). En dicha oportunidad el Tribunal de Justicia, consignando que el mencionado organismo no había demostrado su *calidad de órgano jurisdiccional*, declaró inadmisibile la consulta (TJCA: providencia del Tribunal del 9 de diciembre de 1993, INDECOPI, *cit.*).

26 Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 1, 2 y 9 de la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (evacuada por el Tribunal a través del proc. 19-IP-98, *Naviera del Pacífico C.A.*, 7/IX/98, GO núm. 379, 27/X/98).

27 Sobre la conveniencia de adoptar la “teoría del acto aclarado” en la jurisprudencia del TJCA ver la opinión de SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA, MANUEL, *La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Peruano*, en Seminario Internacional: “Integración...”, *op. cit.*, p. 204 (201-205).

Desde otra perspectiva, debe considerarse que la línea divisoria entre supuestos que cabrían dentro del ámbito de estas doctrinas, en especial a lo que se refiere al acto claro, constituye, en la mayoría de los casos, una decisión controvertida, que puede dar lugar a interpretaciones que por ser demasiado generosas en su reconocimiento, terminen por ocasionar un escape abusivo a la obligatoriedad de plantear la cuestión prejudicial. Es en este campo donde en mayor medida juega el principio de cooperación leal entre la jurisdicción nacional, por un lado, y la jurisdicción supranacional, por el otro. El estricto respeto de las competencias judiciales respectivas debería constituir el punto de equilibrio, sin embargo, en la práctica, cabe el peligro que el mismo varíe de ubicación en atención al mayor o menor "espíritu comunitario" que resida en cada uno de los tribunales nacionales a los cuales afecte la regulación del art. 33.2 TCTJ.

2.1.2 Sobre el requisito de la "aplicación" o "discusión" del derecho andino

Pasando al segundo punto de análisis, cabe destacarse que la norma del numeral 33.2 TCTJ supedita el mecanismo a los procesos judiciales nacionales en los cuales "deba aplicarse" o "se controvierta" alguna disposición del derecho andino. En ambos casos el juez estatal deberá efectuar la remisión prejudicial, bien sea de oficio o por solicitud de parte.

Según la *primera frase* de la norma, la mera "aplicación" de disposiciones comunitarias origina el deber de efectuar el reenvío al Tribunal Andino y esto –como hemos tenido oportunidad de ver– independientemente de que las mismas sean claras o hayan sido interpretadas con anterioridad por el juez supranacional. Por el contrario, "cuando el juez nacional no deba aplicar ninguna norma del citado ordenamiento jurídico, no está en el caso de solicitar al Tribunal la interpretación de la norma comunitaria, existan o no recursos internos dentro de la causa que le corresponda fallar"²⁸.

La acción de "aplicar" derecho andino "al" expediente principal, puede materializarse de varias maneras; entre ellas, A) subsumiendo el litigio en aquél y resolverlo en atención a las soluciones que ofrece, B) analizando el asunto desde la óptica del sistema comunitario, aun cuando de ello no se siga una aplicación práctica en el sentido estricto de la palabra (como podría ocurrir en los supuestos en los que el juez nacional meramente compara disposiciones nacionales o internacionales con las reglas andinas y llega a la conclusión de que no existe incompatibilidad entre ambas) y, C) cuando sin perjuicio de

28 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§2).

someter a priori el expediente a las disposiciones andinas, decide, posteriormente y, en forma fundada, fallar sobre la perspectiva de otro ordenamiento jurídico. En otras palabras, “se entiende por ‘aplicación’ de la norma la acción de someter un caso individual a una prescripción general”²⁹.

Esta mencionada actividad del juez interno (aplicación), a la que alude el Tratado “puede y debe darse cuando las personas naturales o jurídicas nacionales acudan al ‘juez nacional’ en demanda del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los países miembros del Acuerdo, en virtud de lo establecido en el mismo Tratado Constitutivo del Tribunal (art. 5)” (actual art. 4)³⁰.

En cuanto a la recepción práctica de esta jurisprudencia, serían difícilmente compatibles con el derecho comunitario algunas sentencias dictadas por las jurisdicciones supremas de ciertos Estados miembros, en el marco de las cuales se omitió realizar la consulta prejudicial; son ejemplos:

La resolución de la Corte Suprema de Justicia de *Venezuela*, de 3 de octubre de 1995, en la cual se aplica la Decisión de la Comisión núm. 313 (sobre Régimen Común de Propiedad Industrial)³¹.

La sentencia de la Corte Constitucional de *Colombia*, en el asunto sobre el control de constitucionalidad de la Ley 208/1995 (Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología); tampoco se procedió a realizar la consulta prejudicial de rigor a pesar de haberse aplicado normas comunitarias andinas (Decisiones de la Comisión núms. 344 y 345)³².

El ya citado fallo también de la Corte Constitucional de *Colombia*, en el asunto relacionado con el régimen de monopolio rentístico de los licores. En esta ocasión, nuevamente se omitió realizar la consulta, siendo que la misma era pertinente, toda vez que el examen de fondo versaba sobre la compatibilidad del mencionado régimen con, entre otras normas, las disposiciones del Acuerdo de Cartagena, en especial el Capítulo V (sobre Programa de Liberación Comercial)³³. Tal era la conexidad de los asuntos que el sistema de monopolios de licores de Colombia fue objeto de un recurso de incumplimiento presentado por la Secretaría General ante el Tribunal Andino de Justicia³⁴.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de *Venezuela*, en el expediente GUESS?, dictada en el marco de un recurso contra una decisión (resolutiva, a su vez de un recurso jerárquico) del Director General del Ministerio de Fomento. En dicho fallo la Corte, a pesar de haber reconocido en forma expresa que “no puede

29 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§3. Con cita de HENRY CAPITANT, “Vocabulario Jurídico”).

30 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§3).

31 *Corte Suprema de Justicia de Venezuela*, Sala Político-Administrativa, sentencia “Nintendo” de 3/VIII/95.

32 *Corte Constitucional de Colombia*, Sala Plena, sentencia núm. C-137/96, *Revisión de la Ley 208 de 1995, Por medio de la cual se aprueba el Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983*, 9/IV/96, expte. LAT-052; Magistrado Ponente DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

33 *Corte Constitucional de Colombia*, sentencia núm. C-256/98, cit.

34 TJCA: proc. 3-AI-97, Secretaría General/Colombia, 28/I/99, GO núm. 410, 24/II/99.

dejar de señalarse que la letra 'a' del mencionado artículo 84 [Decisión 344, Régimen Común de Propiedad Industrial: marcas tiene una redacción que a se presta a dudas³⁵, evitó realizar el planteamiento de la cuestión de interpretación al Tribunal de Quito.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Perú, de 20 y 26 de septiembre de 2000, en las que también la alta jurisdicción se negó, a pesar de la expresa solicitud de una de las partes, a consultar en forma prejudicial al Tribunal Andino, sobre la pertinencia y el sentido de algunas normas comunitarias relevantes para la solución de fondo del expediente³⁶.

La disposición que estamos comentando parecería reconocer una amplia discrecionalidad al juez estatal para decidir la remisión al Tribunal de Justicia, en función de entender que en el asunto principal debe aplicarse o no normativa comunitaria. En otras palabras, sería suficiente, en principio, que el tribunal decidiera que el caso no es subsumible dentro del derecho de la Comunidad Andina para que desapareciera la necesidad de la consulta. Ahora bien, el Tribunal se ha encargado de elaborar parámetros precisos a fin de acotar esta facultad del juez nacional. En su opinión el art. 33 del Tratado genera un deber adicional en la actividad del juez interno, cual es su "obligación... [de] constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso"³⁷. Este deber, que encuentra su fundamento en la competencia que el derecho andino atribuye a los órganos jurisdiccionales nacionales, a saber la potestad "exclusiva" para aplicar el derecho comunitario al caso planteado³⁸, adquiere mayor trascendencia en los supuestos de los tribunales a que hace referencia el párrafo segundo del art. 33 del Tratado de Creación.

A su vez, la segunda parte de la frase, también constituye un freno a la soberanía del juez, toda vez que la circunstancia de controvertirse –en el marco del proceso nacional–, disposiciones andinas, hace expresa alusión a su alegación por una de las partes y su rechazo por la otra; de ello se sigue que aun cuando el tribunal estatal albergue ciertas dudas sobre la efectiva regulación del expediente por el ordenamiento normativo regional, su "invocación fundada" por el actor o el demandado haría pertinente el planteamiento de la consulta al Tribunal Andino. Profundizando, podría sostenerse que el juez, aún considerando que el asunto queda fuera del ámbito del derecho comunitario, debería recurrir al Tribunal de Quito, en aquellos casos en que, sin

35 Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa, sentencia núm. 370, "Atmacenes Dallas Jean's, C.A.", 4/V/99, expte. núm. 11792; Ponente: Magistrada HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ. La negrita nos pertenece.

36 Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social, *Unilever N.V.*, sentencias de 20/IX/00 y de 26/IX/00, expediente núm. 1106-99.

37 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§2). En igual sentido, se expide la Secretaría General: Resolución núm. 210 cit. (§5, 8).

38 TJCA: proc. 3-IP-90, *Nike International Ltda*, cit. (§1). En igual sentido proc. 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, cit. (§§1, 3.3); proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§1 y en especial §3).

perjuicio de ser desechada por una de las partes, la alegación por la otra no aparezca como una maniobra dilatoria del proceso; de lo contrario, más allá de desnaturalizarse el mecanismo prejudicial, se configuraría un supuesto de retraso en la administración de justicia³⁹.

Sobre este punto no está de más recordar que el Tratado Constitutivo del Tribunal, en la versión originaria, establecía en su art. 29.2 que en los supuestos de resolución irrecurrible el juez nacional debía plantear la consulta, de oficio en cualquier caso, o a pedido de parte “si la considera[ba] procedente”; esta última frase, censurada por el ex magistrado del Tribunal H. Poppe (en tanto que afectaba la obligatoriedad del reenvío)⁴⁰, fue suprimida por la reforma introducida en el Protocolo de Cochabamba. De ello resulta que ha sido voluntad del legislador constitucional andino que el juez nacional se encuentre vinculado (obligado) a realizar el planteo al Tribunal Andino cada vez que las partes, en forma real y fundada, mantengan opiniones diferentes sobre la inclusión del litigio en el campo competencial del derecho comunitario. Esto no hace más que confirmar la finalidad que se persigue a través del mecanismo prejudicial, cual es asegurar la uniformidad del derecho supranacional. De cualquier manera la consulta del juez nacional no debe ser abstracta o hipotética, ni aún general o ficticia, sino referirse a normas andinas que sean susceptibles de ser aplicadas en el caso concreto en el cual se encuentra interviniendo⁴¹. Es decir, la solicitud de interpretación requiere una justificación práctica, dada por su utilización en el procedimiento principal.

Así se desprende del texto del Tratado del Tribunal, al prescribir que la consulta que dirija el juez deberá realizarse con motivo de un expediente ante él sustanciado y en el marco del cual “deba aplicarse o se controvierta” derecho comunitario andino (art. 33.1). A ello se suma la disposición del art. 34 del mismo instrumento a cuyo tenor el Tribunal Andino deberá, al responder el reenvío prejudicial, “precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto” (el subrayado nos pertenece).

39 Al respecto ha sido categórico el Tribunal Andino al mantener que *No basta por tanto que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica. De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos* [Cfr. TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§2)]. Esta exigencia ya se desprendía de anteriores precedentes de la Corte de Quito [Ver proc. 4-IP-88, *Daimler Aktiengesellschaft*, 9/XII/88, GO núm. 39, 24/1/89 (§ Vistos, párrafo tercero)].

40 Citado por ADROALDO FURTADO, FABRICIO, *A prejudicialidade do direito comunitario nos tribunais supranacionais*, Revista de Processo, ed. IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) núm. 85, ano 22, janeiro-março 1997, Brasil, pp. 112-113 (80-120).

41 TJCA: providencia del Tribunal del 25 de abril de 1989, DRA. VIVAS MARTÍNEZ, cit.: providencia del Tribunal del 9 de diciembre de 1993, INDECOPI, cit.: proc. 6-IP-93, marca *Louis Vuitton*, 25/II/94, GO núm. 150, 25/III/94 (§2); proc. 10-IP-94, *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radiodifusión*, cit. (§Vº).

La inobservancia de esta exigencia podría llevar a que el Tribunal de Justicia desestime la consulta prejudicial, según su doctrina, en razón de “adolecer de un vicio sustancial”⁴².

Este deber de conexidad, entre las normas requeridas de interpretación y los hechos del caso, no sólo es imperativo para el tribunal nacional requirente, sino también para los particulares que invocan las disposiciones comunitarias, toda vez que

conforme está previsto en el artículo 28 del Tratado constitutivo del Tribunal [actual art. 32], corresponde a éste interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, previsión que en modo alguno puede interpretarse como facultad para que las partes en un litigio conviertan al Tribunal en órgano consultivo dedicado a absolver toda clase de preguntas formuladas *ad libitum*⁴³.

En último término la responsabilidad estará en la decisión del juez interno a quien le corresponderá “determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial”, sin olvidarse, por lo demás que “tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal [actual art. 33], sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la litis”⁴⁴.

2.1.3 Sobre recursos y órganos de última instancia

El último punto que trataremos se refiere a las decisiones cuyas vías recursivas transforman en obligatoria o facultativa la interpretación prejudicial.

Debe partirse de la base que el Tratado de Creación ha debido conciliar dos exigencias en forma simultánea: por un lado, la necesidad de “armonizar” el mecanismo de las prejudiciales en el ámbito de los cinco Estados miembros, con lo cual es innegable su incidencia sobre algunos aspectos determinados del derecho procesal nacional⁴⁵, y por el otro, que esta afectación sobre esta rama del derecho estatal debe producirse en la menor medida de lo posible.

42 TJCA: auto del Tribunal del 15 de mayo de 1989, *Shering Corp*, cit. (§VI, IX).

43 TJCA: proc. 4-IP-88, *Daimler Aktiengesellschaft*, cit. (§ Vistos, párrafo tercero. El resaltado se encuentra en el original).

44 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§2).

45 Así por ejemplo el TJCA ha reconocido en forma expresa que en los casos de interpretación prejudicial a pedido parte, la solicitud no debe estar sometida a determinados trámites procesales [proc. 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, cit. (§3.2)] y a su vez debe asegurarse que las partes tengan pleno derecho a peticionar la elevación de la consulta en cualquier momento del proceso [proc. 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, cit. (§3.2); proc. 3-IP-90, *Nike International Ltd*, cit. (§3); proc. 10-IP-94, *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radiodifusión*, cit. (§V°); proc. 19-IP-98, *Naviera del Pacífico C.A.*, cit. (§III: en este caso aclara el Tribunal que, sin perjuicio de lo afirmado, la consulta debería hacerse de preferencia cuando el proceso esté listo para que se dicte sentencia de fondo).

El resultado final debe ocasionar que, salvando algunas diferencias no sustanciales, el procedimiento prejudicial sea relativamente homogéneo en el territorio integrado, a fin de garantizar el principio de igualdad entre los ciudadanos de la comunidad.

Esta finalidad es difícilmente alcanzable si no se parte de la definición de ciertos conceptos elaborados a nivel comunitario, susceptible de abarcar las diferencias jurídicas que presentan los derechos estatales.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con el concepto de “jueces nacionales” que figura en el art. 33 TCTJ. El Tribunal Andino lo ha establecido al considerar que es a él a quien corresponde definir lo que ha de entenderse por órgano jurisdiccional nacional a los fines del mecanismo de la consulta prejudicial⁴⁶⁴⁷. En efecto, este es uno de los conceptos cuya construcción ha de depender de una visión comunitaria, con prescindencia de la naturaleza jurídica que dichos tribunales nacionales tengan a tenor del derecho interno.

De esta manera la jurisprudencia ha exigido, entre otros requisitos, que el ente consultante intervenga en el marco de un procedimiento jurisdiccional, sea un órgano judicial y no un órgano administrativo⁴⁸ y ejerza, además, una función judicial⁴⁹ o “formalmente jurisdiccional”, es decir, aquella que se caracteriza por “la independencia (no sometimiento a instrucciones jerárquicas), imparcialidad o neutralidad (...) y fuerza de cosa juzgada definitiva de las sentencias”⁵⁰.

Así mismo, otra de las vías utilizadas por el Juez de Quito ha sido la de optar por identificar en forma expresa las instancias capacitadas para dirigirle requerimientos interpretativos; así por ejemplo, sostuvo, respondiendo a una remisión del Consejo de Estado de Colombia, que dicho órgano “es competente para formular tal consulta, ya que actúa como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (...), o sea como Tribunal Nacional en cumplimiento de una función judicial”⁵¹.

46 TJCA: providencia del Tribunal del 9 de diciembre de 1993, *INDECOPI*, cit. (§ párrafo III-1).

En igual sentido la jurisprudencia del TJCE: as. C-195/98, *Gewerkschaftsbund*, 30/XI/00, aún no publicado en el repertorio oficial (§24).

47 Así también BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, cit., p. 108.

48 TJCA: providencia del Tribunal del 9 de diciembre de 1993, *INDECOPI*, op. cit. (§ párrafos II-1, II-3, II-2, respectivamente).

49 TJCA: proc. 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, cit. (§ Vistos, párrafo primero).

50 TJCA: proc. 19-AI-99, Secretaría General/Ecuador, 2/VI/00, GO núm. 588, 2/VIII/00 (§I-Tercera)

51 TJCA: proc. 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, cit. (Vistos). El subrayado nos pertenece.

Cfr. también proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§ Vistos, párrafo segundo: «(...) Que el Consejo de Estado de la República de Colombia, de conformidad con el artículo 29 del citado Tratado, como Juez Nacional de un país Miembro del Acuerdo de Cartagena, también es competente para solicitar a este Tribunal interpretación prejudicial de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena». El entrecomillado pertenece al original).

Lo anterior puede predicarse también del enclave jurídico “*sentencia no susceptible de recurso en derecho interno*” que figura en el numeral 33 del TCTJ. Si bien la determinación de la “existencia” de vías recursivas propiamente dichas es competencia del derecho adjetivo nacional, la definición de lo que debe entenderse por “recurso” –en el sentido de la normativa regional– bien puede ser construida a nivel comunitario. De esta manera sólo algunas de las defensas que el ordenamiento de los Estados miembros permite frente a las sentencias judiciales podrán caer dentro de la conceptualización de “recurso” de derecho interno, a los fines de establecer la línea divisoria en el carácter obligatorio o no de la consulta prejudicial.

Para comenzar debe resaltarse que, en palabras del Tribunal Andino, por sentencia internamente irrecurrible debe entenderse aquellos supuestos en los que “se está ante la última oportunidad procesal de aplicar correctamente el derecho común” [comunitario]⁵². De esta forma, la primera consideración o análisis que debe efectuarse a fin de establecer si la decisión nacional es o no posible de ser revisada –y con ello colocarnos a un lado u otro de la interpretación prejudicial, según sea facultativa o imperativa– es determinar si dicha revisión se extiende a la aplicación que el juez nacional ha hecho de la norma comunitaria y con ello poder subsanarse eventuales errores o deficiencias, tanto en su interpretación como en su aplicación.

Sin duda que dentro de la expresión “recurso” cabe hacer algunas precisiones. Así es posible referirse a recurso ordinario y extraordinario, y a recurso de doble y de única instancia. Sobre el primer grupo, al cual nos hemos referido con mayor detalle en otra oportunidad⁵³, es del caso destacar que la referencia obrante en el art. 33 del Tratado sólo individualiza a los “recursos ordinarios”, con lo cual, aun cuando la decisión del juez nacional sea susceptible de recurso extraordinario, incluyendo la casación, dicho juez estará obligado a realizar la consulta prejudicial⁵⁴.

Pasemos al segundo grupo. En los procesos de única instancia, el juez estará obligado a efectuar el reenvío ya que su decisión no podrá ser objeto de revisión. Aun cuando el proceso de instancia única esté justificado por razones procesales o de política legislativa, o en función de la materia o los sujetos intervinientes (legitimación), el objetivo de la imperatividad de la solicitud radica en que la posible violación del derecho comunitario andino, materializada en una eventual aplicación del ordenamiento jurídico sobre la base de una errónea interpretación o, cuanto menos, sin contar con la hermenéutica

52 TJCA: proc. 3-IP-90, *Nike International Ltda. cit.* (§1).

53 PEROTTI, ALEJANDRO DANIEL, *Incumplimiento del reenvío prejudicial de interpretación en el Derecho comunitario andino. Expediente New Yorker/Procter & Gamble*, de próxima publicación.

54 Secretaría General: Resoluciones núm. 171, *Dictamen de Incumplimiento contra Ecuador*, 17/XII/98, GO núm. 399, 22/XII/98; núm. 210, *cit.* y núm. 356, *Dictamen de Cumplimiento por parte de Ecuador*, 9/II/00, GO núm. 534, 14/II/00.

autorizada en la materia, no sería susceptible de ser revertida por ausencia de una instancia superior. Al ser única la instancia que, ordinariamente, interviene en la causa, es lógico que, en un todo acorde a la finalidad de la consulta, sea ésta la etapa jurisdiccional constreñida a remitir la cuestión interpretativa al Tribunal Andino.

Coincidente con lo anterior es el criterio sentado por el Tribunal de Justicia⁵⁵.

Por las razones expuestas, cuando el expediente nacional transita por procedimientos en los que está previsto la doble instancia, el imperativo de la consulta recaerá en el tribunal de alzada, es decir, en aquél que se ubica en la grada superior de la causa; sin embargo, esto no enerva la potestad que tiene el órgano que intervino en primer término (grado) de realizar un reenvío de interpretación. La diferencia, obviamente, radica, en que mientras éste sólo se encuentra facultado al respecto, aquel inexorablemente, está obligado al trámite procesal de la consulta⁵⁶.

Vinculado a lo anterior cobra trascendencia la discusión que se ha dado en la Comunidad Europea sobre la cuestión de saber si la obligación de consulta recae (1) bien únicamente sobre las Cortes y Tribunales Supremos de los Estados (ejemplo Corte Suprema de Justicia, Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal Supremo Electoral, Tribunal Constitucional, etc.) contra cuyas decisiones, en líneas generales, no existen vías recursivas, o (2) bien la misma debe ser entendida en forma individual y, por tanto, afectar a todos los tribunales cuando en el caso concreto su decisión sea irrecurrible (ejemplo Tribunal que atiende en causas de menor cuantía). En este último supuesto, el juez en referencia, aun cuando no se ubica en un grado superior del poder judicial, constituiría la instancia última de la causa en la cual se suscita la aplicación de la normativa andina.

En este debate se han propuesto dos posiciones:

- a) Teoría orgánica: sostiene que la imperatividad del reenvío sólo nace en cabeza de los órganos jurisdiccionales que ocupan la máxima jerarquía dentro de la estructura nacional, es decir, que atiende a la posición del tribunal dentro del organigrama del poder judicial. La concepción que trasunta esta opinión es eminentemente abstracta y realiza una proyección

55 TJCA: proc. 7-IP-89, *Ciba-Geigy AG.*, cit. (§ Vistos, párrafos primero y segundo).

56 En este sentido también la opinión de la Secretaría General: Resoluciones núm. 171 cit. (§VI.5) y núm. 210 cit. (§7). A nivel nacional en forma coincidente ver *Corte Suprema de Justicia de Ecuador*, Tercera Sala de Casación Civil y Mercantil, *New Yorker S.A./Procter & Gamble Interamericas, Inc.*, 5/X/99, causa núm. 13-99 (§V.K).

global del asunto con entera prescindencia de la individualidad del proceso en el cual se hace necesaria la aplicación de la norma comunitaria⁵⁷.

Entre los fundamentos que se han esgrimido en su defensa, figuran: la necesidad de evitar un colapso en la administración de la justicia comunitaria que sería el resultado de ampliar la legitimación activa obligatoria para realizar la consulta a todos los jueces nacionales, además, son estos tribunales (Superiores) los que sientan la jurisprudencia constante en el territorio de cada uno de los Estados miembros.

b) Teoría del litigio concreto: al contrario del razonamiento anterior, toma en cuenta el asunto en causa, con independencia de la ubicación del juez en la pirámide jerárquica, de manera que lo determinante será si en dicho asunto –y no en abstracto– la sentencia del tribunal nacional adquiere el carácter de inatacable por recurso alguno; la consecuencia es que, en principio, cualquier órgano jurisdiccional tendrá –eventualmente– vocación para ser alcanzado por el deber de plantear la interpretación prejudicial⁵⁸.

La ventaja de esta segunda posición radica, sin duda, en que toda decisión judicial que pasará inexorablemente en autoridad de cosa juzgada y que aplique derecho comunitario, deberá contar con la interpretación clarificadora del Tribunal de Justicia, reduciéndose de este modo las hipótesis de sentencias que ejecutando erróneamente el ordenamiento regional se conviertan en resoluciones firmes, sin vías de corrección. Teniendo en cuenta la exigencia fundamental del derecho comunitario conocer su uniforme interpretación y aplicación, nos pronunciamos decididamente por esta última solución.

En la jurisprudencia europea, la cuestión ha sido muy debatida y cambiante. En un primer momento la Tribunal de Justicia pareció inclinarse por la doctrina del litigio concreto, si reparamos en el siguiente párrafo del asunto *Costa*:

57 Entre sus defensores: PESCAROTE, PIERRE, *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Recurso Prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE y la cooperación del Tribunal con los órganos jurisdiccionales nacionales*, ed. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1986, p. 16. Según LAGRANGE, esta idea sería más conforme al texto de la norma del TCE y a la intención del legislador comunitario [LAGRANGE, MAURICE, *La Interpretación unitaria del derecho de las Comunidades Europeas. Aspectos de la acción prejudicial*, RDI núm. 3, 1968, pp. 68-69 (59-80)].

58 Entre sus detentores: ADROALDO FURTADO, FABRICIO, *op. cit.*, p. 112; ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, ed. Ceura, Madrid, 1994, p. 335; BACIGALUPO, MARIANO, *La Justicia Comunitaria*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 43; DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Discurso de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 100; MANGAS MARTÍN-LAÑAN NOGUERA, DIEGO J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 472; RUIZ-JARABO COLOMER, DÁMASO, *El Juez Nacional como Juez comunitario*, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 91.

Considerando, sin embargo, que según los términos de este artículo [177 CEE] los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones, como en este **caso concreto**, no son susceptibles de ulterior recurso, deben plantear al Tribunal de la cuestión prejudicial sobre la 'interpretación del Tratado' cuando tal cuestión sea suscitada ante ellos⁵⁹⁻⁶⁰.

Esta teoría se desprendería también de la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal europeo en el expediente Gomes Valente⁶¹⁻⁶².

Por otro lado, sus decisiones más recientes incitan a pensar en un reconocimiento implícito de la doctrina orgánica. Así por ejemplo, en la sentencia *Parfums Christian Dior*, fallada por el Pleno, el TJCE consideró, luego de (parecer) identificar la obligatoriedad del reenvío en cabeza de los Tribunales Supremos de los Estados miembros⁶³, que "el párrafo tercero del artículo 177 tiene por objetivo principal impedir que se consolide, en un Estado miembro cualquiera, una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario"⁶⁴; ahora bien únicamente los más Altos Tribunales nacionales tienen capacidad para consolidar una línea jurisprudencial, una decisión en concreto de un órgano judicial inferior difícilmente sea susceptible de lograr tal resultado.

- 59 TJCE: as. 6/64, *Costa/ENEL*, 15/VII/64, Rec. 1964 p. 1164 (§II. La negrita nos pertenece). Recordemos que el reenvío prejudicial fue remitido al Tribunal de Luxemburgo por el *Giudice Conciliatore* (Juez de Paz) de Milán, el cual había planteado previamente una cuestión de constitucionalidad ante la *Corte Costituzionale* de Italia; quien a su vez se negó a suspender el proceso y elevar al Tribunal de Justicia un planteamiento vía el art. 177 TCE (Cfr. *Corte Costituzionale de Italia*, sentencia núm. 14/1964, 24 de febrero, *Costa/ENEL*, *Raccolta Ufficiale*, vol. XIX, 1964, p. 131). A su vez la propia *Corte Costituzionale* había rechazado la opinión de que la Corte puede ser incluida entre los órganos jurisdiccionales del Estado Italiano [Cfr. *Corte Costituzionale de Italia*, sentencia de 23/III/60, *Región de Sicilia/Presidente de la República* (§1). Publicada en BJC 1983-32, p. 1629]. Como se ve, en el *caso concreto*, el Tribunal de Paz de Milán era la última instancia de la causa.
- 60 De todas formas, la doctrina deduce distintas lecturas del párrafo; así por ejemplo LAGRANDE niega que el pronunciamiento del TJCE pueda ser interpretado como un respaldo a la teoría del litigio concreto; para que así fuera, sostiene, el juez nacional debería haber planteado una cuestión específica sobre la interpretación del art. 177.3 (LAGRANDE, Maurice, cit., p. 69. En igual sentido, ALONSO GARCÍA, RICARDO, op. cit., p. 335; RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, op. cit., p. 91). La opinión contraria puede verse en DIEZ DE VELASCO, MANUEL, op. cit., p. 100).
- 61 El Tribunal sostuvo en esta ocasión, respondiendo a una consulta del Supremo Tribunal Administrativo de Portugal -en cuanto a si tendría alguna influencia en la obligación que surge del art. 177.3 del Tratado la circunstancia de que la Comisión abandonara su decisión de proseguir un procedimiento por incumplimiento iniciado contra un Estado miembro-, que el hecho de que la Comisión desista de continuar contra un Estado miembro un procedimiento por incumplimiento relacionado con una legislación determinada no tiene incidencia alguna en la obligación, que incumbe a todo órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro que conozca en última instancia, de plantear al Tribunal de Justicia... una cuestión de Derecho comunitario... ante él sometida. [TJCE: as. C-393/98, GOMES VALENTE, 22/II/2001, aún no publicada en el repertorio oficial (§19. El subrayado nos pertenece)]. Bien es posible que la última instancia de la causa no lo constituya un Tribunal Supremo nacional, sino un órgano judicial inferior. Debe destacarse también que el Tribunal remite en varios de los considerandos a su precedente *Parfums Christian Dior*, el cual comentamos en el próximo párrafo.
- 62 DIEZ DE VELASCO cita también como una confirmación del reconocimiento de la teoría del litigio concreto el as. 107/66, *Hoffmann-La Roche* (DIEZ DE VELASCO, MANUEL, op. cit., p. 100).
- 63 TJCE: as. C-337/95, *Parfums Christian Dior*, cit. (§18 y 27).
- 64 TJCE: as. C-337/95, *Parfums Christian Dior*, cit. (§25). También los §24, 26 y 31.

Si se compara la redacción de los arts. 33.2 TCTJ y 234.3 CE es posible concluir que la teoría del litigio concreto parecería estar más en sintonía con la disposición andina. En efecto, según reza la norma de referencia la obligatoriedad de la remisión prejudicial se presenta en “todos” los procesos nacionales en los que “la sentencia” sea irrecurrible –según el ordenamiento interno–, mientras que en el sistema europeo se prescribe que la exigencia de la consulta tendrá el carácter de vinculante cuando se plantee en un procedimiento ante un tribunal “cuyas decisiones no sean susceptibles” de posterior recurso. Como se ve, si bien el art. 234.3 CE dejaría algún resquicio para la defensa de la doctrina orgánica (aun cuando lo más acorde a la finalidad del reenvío prejudicial sea la posición contraria), en cambio, la letra del art. 33.2 Tratado (Andino) apoyaría la vigencia de la construcción del litigio concreto. La referencia que obra en el TCTJ individualiza la obligatoriedad del reenvío, no tanto en el órgano judicial, sino en la circunstancia de que su sentencia, en el proceso particular y concreto en el cual se suscita la posibilidad de la interpretación prejudicial, adquiera la capacidad de repeler toda revisión o examen posterior. La cuestión a esclarecer es si “la” resolución judicial, individualmente analizada, llena el requisito de la irrevisibilidad. Sólo esta posición asegura que la última decisión de la causa (en la cual se debe aplicar o se controvierte derecho comunitario andino) no se transforme eventualmente en una medida nacional incompatible con el ordenamiento regional⁶⁵.

De la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia surge que éste parece inclinarse por la teoría del “caso concreto”. En esta dirección ha considerado:

(1) en su auto del 15 de mayo de 1989, que “La obligación que tiene el juez nacional de adoptar la interpretación que en cada caso dé el Tribunal comunitario, y la obligatoriedad de la consulta, cuando *la sentencia que se va a dictar* carece de recursos en el derecho interno (...), confirman que esta acción, en esencia, tiene una finalidad práctica”⁶⁶;

(2) en su sentencia Kadoch, que

La solicitud de interpretación prejudicial que el juez nacional puede presentar al Tribunal comunitario, como se ha dicho reiteradamente en la

65 De la misma opinión participa BUENO MARTÍNEZ, ex Presidente del TJCA, quien sostiene que lo relevante es, no la jerarquía del órgano judicial, sino los efectos de su decisión, *por lo que se entenderá que un juez de primera instancia cuya sentencia no tenga recurso alguno está obligado a solicitar la interpretación prejudicial* (BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, *op. cit.*, pp. 110-111).

En igual sentido PICO MANTILLA, ex magistrado del Tribunal, para quien la solicitud de interpretación prejudicial es obligatoria para el juez de última instancia y facultativa para el juez cuya sentencia sea susceptible de recursos de acuerdo con la legislación interna, sin embargo esta última también resulta obligatoria porque adquiere este carácter en la instancia final del proceso (PICO MANTILLA, GALO, *op. cit.*, pp. 24-25, ver también p. 79). Ver también la opinión de VELÁSQUEZ BAQUERIZO, ERNESTO, *La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Ecuador*, en Seminario Internacional: *Integración...*, *op. cit.*, p. 196 (189-199).

66 TJCA: auto del Tribunal del 15 de mayo de 1989, *Shering Corp. cit.* (§IV. El subrayado nos pertenece).

jurisprudencia del Tribunal, tiene el carácter facultativo u *obligatorio* cuando de acuerdo con el derecho interno *la sentencia que le corresponda dictar sea susceptible de recursos o no, respectivamente*⁶⁷; y

- (3) en el asunto Nombres de publicaciones, radio y televisión, que debe efectuarse la consulta “si la sentencia a dictarse por el juez nacional no es susceptible de recursos en el derecho interno (*lo que acontece en el caso presente*)...”⁶⁸.

Un hecho que merece ser destacado lo constituye la actitud que han tenido las jurisdicciones constitucionales de los países andinos –con especial referencia a Colombia– con respecto al mecanismo de la interpretación prejudicial, si se compara con lo acontecido en Europa.

En efecto, en la Comunidad Europea parecería existir una regla no escrita –tampoco legítima desde el punto de vista del derecho comunitario⁶⁹⁻⁷⁰–, aceptada por la casi totalidad de los tribunales constitucionales, en el sentido de no considerarse, por *motus proprio*, “órganos jurisdiccionales nacionales” a los efectos del art. 234.3 CE, y, por tanto, incompetentes para plantear una consulta prejudicial al TJCE (Alemania, Austria⁷¹, España⁷², Francia, Italia, Portugal). En el caso alemán, el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán) nunca ha entablado una comunicación prejudicial con el Tribunal de Justicia; sin embargo, algunos párrafos de

67 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, cit. (§2. El resaltado nos pertenece). En el mismo considerando el Tribunal menciona también, al referirse a la improcedencia de la solicitud en virtud de estar ausente el requisito de la *aplicación* de normas comunitarias, que tal circunstancia *sucede* con independencia de la existencia o no de *recursos internos dentro de la causa que le corresponda fallar* al juez interno (El subrayado es nuestro).

68 TJCA: proc. 10-IP-94. *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión*, cit. (§ Vistos III^o. El resaltado nos pertenece).

69 El art. 234.3 CE es claro al establecer la obligación del reenvío prejudicial en el supuesto de tribunales nacionales contra cuyas resoluciones no caben recursos según el derecho interno, por lo cual es totalmente *injustificada* la actitud de las jurisdicciones constitucionales estatales de no verse vinculadas por tal mandato. En igual opinión MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO, *El Tribunal Constitucional y las cuestiones prejudiciales comunitarias*, GJCE Boletín núm. 117, octubre 1996, p. 1; RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS-VALLE GÁLVEZ, ALEJANDRO, *El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales*, RDCE núm. 2, vol 1, julio-diciembre, 1997, p. 359 (329-376).

70 A su vez la propia Comisión Europea ha reconocido en forma expresa que –eventualmente– podría interponer un recurso de incumplimiento contra el Estado miembro cuyos *Tribunales* se negaren al planteamiento de un reenvío prejudicial (ver en este sentido las respuestas escritas de la Comisión publicadas en JO 270/2, 8/XI/67; JO C 71/1, 17/VII/68; JO C 20/4, 14/II/70; JO C 28/8, 31/I/79; JO C 268/25, 6/X/83).

En el caso de la Comunidad Andina, la Secretaría General, ha dictado sendos dictámenes de incumplimiento contra Ecuador y Perú por la negativa de sus órganos jurisdiccionales a remitir la consulta al Tribunal Andino en supuestos en los que ésta era obligatoria (Cfr. Secretaría General: Resoluciones núm. 171 cit., y núm. 459, *Dictamen 38-2000 de incumplimiento por parte del Gobierno del Perú al no aplicar el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, 5/XII/2000, GO núm. 624, 7/XII/00).

71 En lo que hace al *Tribunal Constitucional Austriaco*, debe señalarse que en 1998 elevó una consulta prejudicial al TJCE, sin embargo, posteriormente retiró la misma antes de que la Corte de Luxemburgo hubiera podido emitir su interpretación.

72 Sobre la reticencia del *Tribunal Constitucional de España* a la hora de remitir cuestiones prejudiciales al TJCE ver HINOJOSA MARTÍNEZ, LUIS M., -SEGURA SERRANO, ANTONIO, *La aplicación judicial del derecho comunitario en España durante 1999*, RDCE núm. 8, julio-diciembre 2000, pp. 568-570, 574-575 (565-592).

sus decisiones, ciertamente, se prestan para considerar que él se considera "órgano jurisdiccional nacional" a los fines del art. 234.3⁷³.

Esto a provocado que en casi cincuenta años de integración ninguna de estas altas jurisdicciones haya dirigido una solicitud prejudicial (esto haciendo excepción a dos recientes expedientes⁷⁴). Demás está decir que en no pocas oportunidades los mencionados tribunales constitucionales han debido resolver en el marco de procesos en los cuales aplicaron derecho comunitario.

En cuanto a las excepciones a esta práctica de las jurisdicciones constitucionales debe destacarse que (a) la Cour d' Arbitrage (Bélgica)⁷⁵ ha enviado una consulta sobre la interpretación de determinadas disposiciones de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, y por otro lado, que (b) el **Tribunal Constitucional de Hesse** (Alemania), remitió una solicitud prejudicial sobre la Directiva 76/207/CEE, relativa al principio de igualdad de tratamiento entre hombre y mujer en lo que respecta al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo.

Ambos expedientes, los cuales ya han recibido sentencia del TJCE⁷⁶, ofrecían la oportunidad para que el Tribunal se expidiera sobre la aplicación del concepto de "órgano jurisdiccional nacional" a los Tribunales Constitucionales nacionales. Sin embargo, en ninguno de ellos el TJCE reparó sobre la función jurisdiccional que ejercían los Tribunales requirentes; así mismo, en el as. Badeck, el abogado general, Sr. A. Saggio, tampoco se explayó en sus Conclusiones (presentadas el 10 de abril de 1999) sobre la cuestión, limitándose a explicar que la solicitud provenía, en virtud del art. 234 CE (sin aclarar qué párrafo), de la Corte Constitucional del Land, en el marco de un control de constitucionalidad⁷⁷.

73 En este sentido, por ejemplo, ver las sentencias BVerfGE 37, 271 [fallada por el Pleno, causa *Internationale Handelsgesellschaft*, 29/IV/74; conocida como sentencia «en tanto que» (Solange I). La versión en castellano puede consultarse en BJC 1986-58, pp. 249-260 (Traducción de DIEGO LÓPEZ GARRIDO); *el Tribunal podrá decidir por sí mismo sobre cuestiones de incidentes de Derecho comunitario (al igual que en el caso contrario el Tribunal Europeo de Justicia), siempre que no se den los requisitos del artículo 177 del Tratado, que vincula igualmente al Tribunal Constitucional Federal (§B.1.5.b)*]; BVerfGE 52, 187 [fallada por la Sala Segunda. 25/VII/79; denominada sentencia quizás (Vielleicht)]. La versión en castellano puede consultarse en BJC 1984-42, pp. 1310-1316 (Traducción de ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO); «En el procedimiento en curso, la Sala no ve motivos para dudar de la justicia o de la calidad de la decisión prejudicial dictada en el caso por el Tribunal de Justicia, mientras que esta decisión concierne al derecho comunitario; por lo tanto, no está obligada a volver a plantear, conforme al artículo 177, párrafo 3, del Tratado CEE, las cuestiones que el Tribunal administrativo ha planteado al Tribunal de Justicia» (§ B.1.c)]. El subrayado nos pertenecen.

74 En efecto, sólo dos Tribunales constitucionales -uno propiamente dicho (Staatsgerichtshof -Tribunal Constitucional- del Land de Hesse, Alemania) y otro ejerciendo jurisdicción constitucional (Cour d' Arbitrage, de Bélgica)- han dirigido consultas prejudiciales al TJCE [Cfr. RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS-VALLE GÁLVEZ, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 360].

75 Cour d' Arbitrage: arrêt 6/97, de 19 de febrero de 1997, *Fédération Belge des Chambres Syndicales de Médecins s/annulation de l' article 4, § 2, du décret de la Communauté Flamande du 5 de avril de 1995*, publicado en Recopilación de Jurisprudencia de la Cour d' Arbitrage, núm. 1, janvier-février, 1-8/97, p. 77.

76 TJCE: as. C-93/97, *Fédération Belge des Chambres Syndicales de Médecins*, 16/VII/98, Rec. I-4837 (cuestión planteada por la Cour d' Arbitrage); as. C-158/97, *Georg Badeck y otros*, 28/III/00, Rec. I-1875 (solicitud del Tribunal Constitucional de Hesse).

77 Cfr. sus Conclusiones §17.

En la Comunidad Andina todas las jurisdicciones, inclusive las constitucionales, se han considerado obligadas por las disposiciones del art. 33.2 del Protocolo de Cochabamba (similar al art. 234.3 CE); véase por ejemplo las solicitudes de interpretación prejudicial elevadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Colombia al TJCA⁷⁸ y por la propia Corte Constitucional de este país^{79,80}.

El propio Tribunal Andino ha constatado en su jurisprudencia que dentro del enclave jurídico "jueces nacionales" (art. 33 TCTJ) deben considerarse incluidas, y, por tanto, competentes para realizar la consulta prejudicial, a las jurisdicciones constitucionales nacionales. En el proc. 10-IP-94 (Nombres de publicaciones, radio y televisión) sostuvo, en respuesta a una cuestión planteada por la Corte Constitucional de Colombia, que "recibida la demanda se considera que el Tribunal Nacional *es competente* para solicitar la interpretación prejudicial"⁸¹.

Una de las cuestiones procesales más importantes que suscita la cuestión prejudicial que estamos tratando, y que la diferencia de la facultativa⁸², es la obligación que tiene el juez nacional de suspender la continuación del proceso principal hasta tanto el Tribunal Andino evacue la consulta remitida (art. 33.2 TCTJ)⁸³.

Según el Tribunal de Justicia el incumplimiento de esta carga procesal por el juez consultante "infringiría el derecho comunitario, con los consiguientes efectos dentro del derecho interno, por carecer de apoyo en la única interpretación autorizada de la norma a aplicar, que es la del juez comunitario"⁸⁴. El párrafo transcrito, además de confirmar lo establecido en el párrafo segundo del art. 33, obliga a los Estados miembros a regular en sus derechos internos los efectos que la omisión tendría sobre la decisión del juez interno. El

78 TJCA: proc. 2-IP-90, Cavelier y Vernot, *cit.*

79 TJCA: proc. 10-IP-94, *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión*, *cit.*: proc. 1-IP-96, Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, *cit.*

80 A su vez la Corte Constitucional ha dejado constancia en sus sentencias de su competencia para efectuar reenvíos prejudiciales al Tribunal Andino de Justicia. Ver *Corte Constitucional de Colombia*, Sala Plena, sentencia N° C-213/97, "Revisión de la Ley 323 de 1996 Por medio de la cual se aprueba el Protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996", 15/V/97, expte. LTA-93; Magistrado Ponente DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ (§IX°).

81 TJCA: proc. 10-IP-94, *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión*, *cit.* (Vistos párrafo tercero. El subrayado nos pertenece).

82 En los casos de reenvío facultativo no existe la obligación de suspender el procedimiento principal, con lo cual si la causa llegara a término para ser dictada la sentencia el juez puede, aún cuando no haya recibido la respuesta del Tribunal Andino, resolver el asunto y emitir su decisión [TJCA: proc. 3-IP-90, Nike International Ltda, *cit.* (§1, 2, 3)].

Esta diferencia radica en que en este supuesto la resolución del juez nacional es susceptible de recurso y eventualmente será el tribunal de alzada el que deberá suspender el procedimiento y esperar la interpretación a la que llegue el Tribunal de Justicia.

83 TJCA: proc. 1-IP-87, Aktiebolaget Volvo, *cit.* (§3.3); proc. 3-IP-90, Nike International Ltda, *cit.* (§§1 y 2).

84 TJCA: proc. 3-IP-90, Nike International Ltda, *cit.* (§1).

Tribunal no arriesga, de todos modos, qué consecuencias deberían producir este incumplimiento del Tratado; sin embargo, ha recordado que la respuesta prejudicial es un “requisito” de la decisión nacional y no un medio de prueba⁸⁵, en otras palabras, constituye una “solemnidad indispensable y necesaria” para la misma⁸⁶, fruto de la “clara e indispensable colaboración judicial” que consagra el mecanismo del reenvío⁸⁷.

El fundamento de todo lo anterior radica en que «la “aplicación” de la norma comunitaria [por el juez interno] supone además, básicamente, como premisa de carácter normativo **sine qua non**, que se interprete el alcance y sentido exactos de la norma aplicable», actividad que como hemos mencionado pertenece en exclusiva al Tribunal de Quito⁸⁸.

Al respecto si se ha expedido la Secretaría General, para quien la omisión del reenvío provocaría la «invalidez» de la sentencia nacional⁸⁹.

Así mismo Uribe Restrepo (ex integrante del Tribunal), comentando los elementos definitorios del reenvío prejudicial andino, apunta que “el carácter sustancial o determinante de la decisión [prejudicial] a la cual, aunque de ningún modo equivale a la providencia de fondo [en referencia a la sentencia nacional], ha de servirle a ésta de “fundamento determinante”, agregando que “el proceso debe suspenderse, necesariamente, en estado de dictar sentencia, ya que sólo puede decidirse con apoyo en el pronunciamiento prejudicial”⁹⁰. A su vez Bueno Martínez considera que la interpretación del Tribunal de Justicia, en los supuestos de interpretación obligatoria se convierte “en un requisito esencial dentro del juicio” nacional⁹¹.

La finalidad de este recaudo es impedir que el órgano jurisdiccional nacional dicte su sentencia sin contar para ello con la interpretación auténtica de la norma comunitaria andina. Debe recordarse que estamos en supuestos en los cuales la decisión judicial nacional adquirirá, en función de su irrevisibilidad, fuerza de cosa juzgada⁹².

85 TJCA: proc. 1-IP-87, Aktiebolaget Volvo, *op. cit.* (§3.2); proc. 3-IP-90, Nike International Ltda, *op. cit.* (§3); proc. 1-IP-96, Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, *cit.* (§1º; Conclusión §1).

86 TJCA: proc. 10-IP-94, *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radiodifusión*, *cit.* (§Vº, Conclusiones párrafo primero).

87 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, *op. cit.* (§1).

88 TJCA: proc. 2-IP-91, *Kadoch*, *op. cit.* (§1. El resaltado se encuentra en el original).

89 Secretaría General: Resoluciones núm. 171, *op. cit.* (§IV.5) y núm. 210, *op. cit.* (§§2.2, 5 y 7).

90 URIBE RESTREPO, FERNANDO, *op. cit.*, p. 185.

91 BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, *op. cit.*, p. 111.

92 En esta dirección el Tribunal sostuvo, en su precedente marca Louis Vuitton, que *De no producirse la interpretación prejudicial por ausencia de un órgano jurisdiccional permanente o por omisión del juez nacional que deba solicitarla, se llegaría a una situación de caos jurisprudencial para la comunidad, pues al momento de aplicar una norma comunitaria, el juez nacional se vería en la necesidad de establecer su propio criterio y sus propias bases de interpretación, llegándose al extremo de contar con tantas jurisprudencias distintas, cuantos casos estuvieren ajenos a la interpretación prejudicial del Tribunal* [TJCA: proc. 6-IP-93, marca Louis Vuitton, *cit.* (§2. El subrayado nos pertenece)].

Un supuesto de "incumplimiento" de esta obligación de paralizar el proceso nacional, en el marco del cual se ha efectuado un reenvío de interpretación al Tribunal de Justicia, lo constituye la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en el asunto relativo a la revisión de la ley aprobatoria del Convenio de París (sobre Protección de la Propiedad Industrial). En el mencionado procedimiento la Corte, por decisión de 20 de noviembre de 1995, remitió una consulta prejudicial sobre la compatibilidad del art. 1 del Convenio con los arts. 6 y 7 de la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina, disponiendo, además de la suspensión del proceso de revisión constitucional, que el Tribunal Andino debería responder en un plazo de cuarenta y cinco (45) días. Vencido el término referido, sin que el TJCA emitiera la consulta, la Corte en Pleno decidió dictar su sentencia incumpliendo su obligación de aguardar la respuesta prejudicial⁹³.

3. Conclusiones

En todo proceso de integración la uniformidad, tanto en la aplicación como en la interpretación de la normativa regional, constituye un elemento esencial para el éxito de la empresa.

El principal instrumento que asegura el cumplimiento de esta exigencia es la denominada interpretación prejudicial, mecanismo por el cual ambas jurisdicciones, nacional y supranacional, se transforman en celosos guardianes de la vigencia del derecho en el seno del proceso de integración.

Las notas principales que caracterizan la interpretación prejudicial, de las cuales depende que ésta cumpla la función para la que ha sido creada, son la leal cooperación y buena fe que deben estar presentes en la comunicación Tribunales nacionales-Tribunal de Justicia. Principios estos que tienen su específica concreción en el respeto por unos de la competencia del otro, y viceversa. En el fondo debe darse entre ambos órdenes jurisdiccionales una relación de autonomía, pero a la vez la coordinación e interdependencia, sin olvidarse que en la misma no existe elemento alguno de jerarquización.

La modalidad obligatoria de la consulta prejudicial andina encarna el nivel último y más importante de esta relación de cooperación. Su fundamento primario debe buscarse en las consecuencias que para el derecho comunitario andino pueden surgir a partir de una irrevisable sentencia nacional que aplique o interprete de forma errónea el ordenamiento regional.

93 Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, sentencia núm. C-2/96, 18/1/96, "Revisión de constitucionalidad de la Ley 178 del 30 de agosto de 1995, por medio de la cual se aprueba el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial (1883), con las respectivas revisiones posteriores", expte. LAT-44; Magistrado Ponente DR. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

La interpretación prejudicial obligatoria en el esquema andino se caracteriza por las siguientes notas:

- a) Rechaza la vigencia de las teorías del acto claro y del acto aclarado;
- b) La aplicación por el juez o la discusión manifiestamente fundada entre las partes sobre el sometimiento del asunto al derecho andino origina en el tribunal nacional el deber de remitir la consulta al Tribunal Andino de Justicia;
- c) Si bien la determinación de la existencia de vías recursivas contra la sentencia nacional es competencia del derecho adjetivo interno, la definición de lo que ha de entenderse por recurso, en el sentido material del término, es incumbencia del ordenamiento comunitario;
- d) La imperatividad en la exigencia del reenvío no sólo afecta a las jurisdicciones nacionales que se ubiquen en la cabeza de los respectivos poderes nacionales (Órganos Supremos) sino a todos los Tribunales que, en el caso concreto, constituyan la última instancia de la causa y en consecuencia cierren la vía judicial nacional, con independencia de su posición jerárquica dentro de la estructura jurisdiccional estatal.