

***“La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales
y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La Consulta
Prejudicial”***

**Dr. Ricardo Vigil Toledo
Magistrado
Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina**

INTRODUCCION

Cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas celebró sus Bodas de Oro en el año 2002, dedicó, como parte central de su convocatoria, la realización de un Coloquio Internacional sobre la Cooperación entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los Órganos Jurisdiccionales Nacionales al que fueron invitados los Presidentes de todos los Tribunales Internacionales, y los Presidentes de las Cortes Supremas y Constitucionales de Europa. La elección del tema fue un gesto simbólico para indicar que la Piedra de Toque, del Sistema Jurisdiccional de las Comunidades Europeas reposa en el mecanismo de la Consulta Prejudicial que es como se hace efectiva esta Cooperación. La inclusión de esta monografía en el programa de la celebración de las Bodas de Plata del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se inscribe también como un homenaje a esa cooperación y su forma de materializarse, que hace a los jueces nacionales depositarios del control de la legalidad y del porvenir de la Comunidad al convertirlos en jueces comunitarios y asegurando con ello la correcta y uniforme interpretación del Derecho Comunitario.

No obstante el tiempo transcurrido que recuerdan estas efemérides, tanto en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es motivo de preocupación que esta cooperación no se haya logrado lo suficiente como para coadyuvar a la profundización de integración regional y para que los beneficios de este proceso lleguen a los justiciables, ya que en palabras de Pescatore, que fuera egregio Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, es “un sistema que únicamente puede funcionar dentro de un espíritu de cooperación y de mutuo respeto”. (P.Pescatore, “Le droit de l’integration” Ed. Institut Universitaire de hautes Etudes Internacionales, Ginebra 1972, pág 89 citado por Damaso Ruiz Jarabe en Sistemas de Solución de Conflictos y Organos Jurisdiccionales de la Unión Europea, Integración Económica y Derecho Comunitario, Santa fe de Bogotá 24,25 y 26 de mayo de 1995) Tal vez la solución al problema resida en un adecuado sistema de difusión, no solo en Coloquios como el que organizara el Tribunal de las Comunidades Europeas, sino en la inclusión en los programas académicos de Derecho y en los Colegios de Abogados de los países miembros pero sobre todo, dotando a los magistrados de las jurisdicciones nacionales de los medios y las facilidades necesarias para la correcta aplicación en todo el territorio comunitario de este nuevo Derecho positivo y vinculante del que depende el futuro de la integración regional.

Esta falta de acceso al Derecho comunitario no es privativa de nuestra subregión. También sucede en la Unión Europea, donde se ha creado. Basta revisar las actas de la V Asamblea de la Asociación de Jueces y Magistrados, en Puerto de la Cruz, España, en 1991, para constatar este hecho pues ahí se concluía que: **“Los jueces españoles, en general, fundamentan esporádica y escuetamente en sus sentencias el Derecho comunitario europeo. La formación jurídico comunitaria**

en el Juez es insuficiente y la Política del Consejo General del Poder Judicial respecto del perfeccionamiento judicial en esta materia es deficiente o inexistente". Doce años mas tarde, en el año 2002, en el informe del Grupo de Reflexión sobre el Futuro del Sistema Jurisdiccional de la Comunidad o Unión Europea, en el llamado "Informe de Ole Due" en homenaje a quien fuera su Presidente y ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se decía: ***" El Grupo no oculta que el aspecto esencial de las reformas propuestas es una mejor aptitud de los jueces nacionales para solucionar por sí mismos, con clarividencia un número creciente de cuestiones de Derecho comunitario que surgen en el ejercicio de sus competencias nacionales"*** y este resultado solo puede obtenerse mediante: ***a) una mejor formación en Derecho comunitario a través de las consultas prejudiciales; b) disposición de estos profesionales de los medios que les permitan conocer los elementos de legislación y jurisprudencia en esta materia"***.

La Interpretación Prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Al igual que en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ***La interpretación prejudicial*** también llamada **consulta prejudicial** es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina por cuanto 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 cinco países miembros, estableciendo con ello una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales.

Como señala el Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Ricardo Alonso García, la piedra angular de la Comunidad no es sin más una misma norma común sino una norma ***"interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros"***¹.

Se trata de un mecanismo por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del Derecho comunitario. Se establece así una cooperación horizontal, viva, entre el Tribunal de

¹ García Ricardo Alonso. "El Juez español y el Derecho comunitario". Consejo General del poder Judicial. Madrid, 2003. Pág. 214.

Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los Países Miembros para lograr dicho fin.

Como bien anota el Magistrado W.E.Haak de la Corte Suprema de Holanda, el Derecho comunitario es *un derecho interno que los Estados miembros tienen en común mas que un derecho que se aplica entre los Estados miembros. En este sentido los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional no se pueden distinguir ya que como lo ha señalado en más de una ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dicho Tribunal como el Juez nacional, actúan en un único y mismo sistema jurídico y ambos como jueces comunitarios*².

La interpretación Prejudicial es una atribución privativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez nacional no puede realizarla porque, aún cuando es una norma de derecho interno es también una norma de Derecho Comunitario. Le corresponde al Tribunal interpretar en forma objetiva la norma comunitaria y al Juez Nacional aplicarla al caso concreto que se ventila en el orden interno. En palabras del propio Tribunal: *“la función del tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia”*³. Con la interpretación prejudicial no se pretende unificar las legislaciones internas sino que todos los Países Miembros tengan la misma percepción del alcance de la norma comunitaria para que pueda tener una aplicación uniforme a lo largo y lo ancho de todo el territorio de los cinco países que conforman la Comunidad.

La trascendencia de este mecanismo reposa en el hecho de que el ordenamiento jurídico comunitario es una normativa compleja, con características propias que lo distinguen de las normas nacionales e incluso de las contenidas en los tratados internacionales de los que los países miembros son parte; y requiere por lo tanto que sea interpretado y aplicado de manera uniforme para asegurar así su supranacionalidad y su unidad, características esenciales del derecho comunitario junto con la de su aplicación directa, y con la primacía en relación con las normas nacionales.

El mecanismo de la Interpretación Prejudicial, ha jugado un papel preponderante en el desarrollo del Decreto comunitario. Las características fundamentales de dicho Derecho, a las que me he referido, es decir, su efecto directo y su primacía frente a

² Haak W.E. El Reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales. La Remisión Prejudicial en Coloquio sobre la Cooperación entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales, Luxemburgo, diciembre 3 de 2002). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha descrito el procedimiento de la consulta prejudicial como “una forma de cooperación jurisdiccional (...) mediante el cual el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia, dentro de los límites de sus propias competencias, para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros”, esto ha sido señalado en la ponencia del caso SCHWARSE de diciembre 1 de 1965. Rec. P. 1082.

³ TJCA. Sentencia de 3 de setiembre de 1999 en Proceso 30-IP-99. Caso: “DENIM”.

las legislaciones nacionales, son fruto de creaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sin necesidad de haberlas mencionado específicamente en los Tratados fundacionales de la Comunidad Andina, han quedado incorporados definitivamente en su acervo jurídico comunitario.

El efecto directo está identificado en la célebre sentencia Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963 (26/62) que indica que las disposiciones comunitarias imponen a los estados miembros una obligación precisa que no requiere la adopción de ninguna 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” y en consecuencia faculta a que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ningún elemento complementario de Derecho interno, y en donde se concluye que el Derecho comunitario es un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados sino también los particulares⁴ y **la primacía** frente a las legislación nacionales fue establecida en la sentencia Flaminio Costa de 15 de Julio de 1964 (6/64) Esta primacía, como lo señala la jurisprudencia antes citada se basa fundamentalmente en los objetivos fundacionales de la Unión Europea, a los cuales los Estados Miembros —lo mismo que en el caso de la Comunidad Andina- han transferido determinadas competencias con la correspondiente limitación en sus atributos de soberanía. Este principio de primacía se aplica también a las disposiciones de carácter constitucional de los países que conforman la comunidad. La tercera creación jurisprudencial del Tribunal Europeo fue consagrar el principio de la **Responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del Derecho comunitario**. Este principio sentado en la famosa sentencia *Francovich de 19 de Noviembre de 1991(C-6 y 9/90)* fue oportunamente recogido en el artículo 31 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Me he referido a estas magnificas construcciones jurisprudenciales que definieron la naturaleza jurídica de las normas comunitarias frente a la legislación nacional o doméstica de los Países Miembros porque ellas fueron fruto de remisiones para interpretaciones prejudiciales de distintos tribunales nacionales de la Unión Europea. En el caso de Van Gend & Loos fue por parte de la Administración Tributaria neerlandesa, en el de Costa por el giudice conciliatore de Milán y en el de *Francovich* por la Pretura de Vicenza (Italia).

Estas creaciones admitidas plenamente y que constituyen ahora pilares fundamentales del Derecho comunitario, logradas a través del mecanismo de la Interpretación Prejudicial, son también fruto de una admirable suerte de simbiosis entre los principios que sustentan los sistemas anglo-sajón y el romano civilista, al haber sentado jurisprudencial mente normas de efectos incontrastables que se aplican en todo el territorio de la Unión Europea de manera uniforme con la misma fuerza,

⁴ Riechenberg, Kart. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Conferencia “El proceso Prejudicial en la Unión Europea”. Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración. Granada Nicaragua, 7 Febrero 2003.

como si estuvieran consignadas en la misma letra del Tratado de Creación de la Unión.

Uno de los mayores elogios al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas durante su 50 aniversario, fue el del Presidente del Consejo de la Unión Europea, Romano Prodi, quien en brillante alocución agradeció al Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a todos sus magistrados no haber seguido los predicamentos de Montesquieu cuando en su famoso tratado *Del Espíritu de las Leyes*, escrito en 1735, decía que *“cuando los ciudadanos cumplen las leyes, poco importa que cumplan las mismas”*. Se refería, claro está, a que gracias a la labor del Tribunal por medio de la Interpretación Prejudicial se había logrado la uniformidad en la aplicación de la legislación comunitaria, desoyendo en ese sentido, para el bien de la integración, los consejos de Montesquieu.

Asimilando la interpretación prejudicial del Tribunal de la Comunidad Andina con la cuestión prejudicial en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al referirse a la importancia y finalidad de ésta última el profesor Carlos Molina del Pozo dice: *‘La finalidad del procedimiento de reenvío prejudicial consiste, por un lado, en el control indirecto de la legalidad comunitaria, permitiendo la uniformidad de interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y por otro en la colaboración entre los Tribunales nacionales y el órgano jurisdiccional comunitario europeo, con el objeto de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados Miembros’*⁵.

El propio Tribunal Andino, en el Proceso 1-IP-87 ha señalado que *‘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”*⁶.

Un distinguido jurista, que fuera Jefe del Gabinete del Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas 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’*⁷ esta aseveración la pronunció no solo por las cualidades intrínsecas antes anotadas de esta institución sino también teniendo en cuenta que en el Tribunal Europeo el acceso de los justiciables a la justicia comunitaria es mas limitado que en el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde los particulares tienen acceso a las acciones de Nulidad y, con ciertas limitaciones, a las acciones de incumplimiento. No es así en el caso de las Comunidades Europeas donde el acceso es sumamente restringido a los justiciables particulares que deben

⁵ Molina del Pozo, Carlos. *Procedimiento y Recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*. Editorial Revista del Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1987. Pág. 110.

⁶ Proceso 1-IP-87. G.O.A.C. N° 28 de Febrero de 1988. Marca: Volvo”.

⁷ Richenberg, Kart. Ob. Cit.

hacer uso del mecanismo de la Interpretación Prejudicial para acceder a la justicia comunitaria.

2. Efectos de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El artículo 34 del Tratado del Tribunal señala, con meridiana claridad que: *“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 materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ella sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”*⁸.

La interpretación del Tribunal rige para el caso subjudice, por lo que ésta debe ser solicitada para cada caso, aún cuando el consultante esté convencidos que la norma es clara y pese a que exista abundante y reiterada jurisprudencia al respecto. No es de recibo, por eso, en el Tribunal Andino, lo resuelto en el caso CILFIT de 6 de Octubre de 1982 (283/81) del Tribunal Europeo que, indirectamente, permite sustraerse de esta obligación pero solo “cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados Miembros, así como al propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”; lo que de suyo es un rechazo a la doctrina del “Caso Aclarado”, del caso Da Costa ya que la citada jurisprudencia, pone énfasis al declarar que “Tan solo si éstas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad”.

El problema no se ha suscitado en el Tribunal Andino ni ha habido un pedido para que el Tribunal se pronuncie en tal sentido. La razón estriba, al parecer, que a diferencia del Tribunal Europeo, el trámite de la consulta prejudicial desde la formulación por el juez nacional hasta la absolución por parte del Tribunal Andino no excede, a lo sumo, dos meses lo que contrasta con los de su par europeo donde demora, por término medio, dos años; debido, es cierto, en gran parte, por el proceso de traducción y edición en los 15 idiomas oficiales de la Unión Europea, que, con la nueva ampliación serán ahora 25.

Pero tal vez convendría revisar la posibilidad de aplicar la doctrina del “Caso Claro” en el caso de la Comunidad Andina porque, a diferencia de la Unión Europea, los sistemas jurídicos y el idioma en nuestros países es uniforme y no concurren los problemas que tienen los europeos para asegurar una interpretación uniforme. De otro lado, las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino versan en su gran mayoría en cuestiones de interpretación de la normativa andina sobre Propiedad Intelectual donde se ha elaborado una valiosa jurisprudencia que

⁸ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 34.

en muchos casos se repite de manera inmisericorde relegando el valor de este mecanismo a un trámite más que dilata innecesariamente la tramitación de un juicio. Esto demuestra que no se pueden copiar formulas que corresponden a realidades y circunstancias diferentes. Tal vez sea tiempo de revisar la posibilidad de un cambio en la práctica del Tribunal al respecto que, sin derogar la obligación de la formulación de la consulta, por lo menos su absolución debería hacerse de plano haciendo mención únicamente de la jurisprudencia sentada al respecto.

En las consultas prejudiciales el Tribunal no entra a analizar el contenido del derecho interno, sino únicamente se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria y cómo ésta debe ser entendida en el caso concreto. Sin embargo, como bien señala el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Dámaso Ruiz-Jarabo “el juez comunitario debe dar a sus respuestas un carácter general objetivo, de suerte que la interpretación que proporcionen no quede excesivamente constreñida a las circunstancias particulares del caso en que surgió la cuestión, y pueda incorporarse a la norma sobre la que recaiga, otorgándole su autoridad” (Ob. Cit, pág 175) En definitiva, pues, no obstante que la consulta se aplica solo al caso concreto, es innegable que sienta un valor jurisprudencial al declarar el sentido último de la norma comunitaria que será de persuasivo seguimiento en casos similares y de difícil discrepancia.

El mencionado artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia impone los límites a la labor del juez comunitario en la absolución de la consulta prejudicial, los cuales pueden resumirse de la manera siguiente:

- a) **El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no puede interpretar el derecho nacional, ya que esta interpretación queda bajo la exclusiva competencia de los jueces nacionales;**
- b) **El Tribunal no puede aplicar el derecho comunitario, se limita a interpretarlo; la aplicación de su interpretación al caso concreto es de exclusiva responsabilidad de los jueces nacionales;**
- c) **El Tribunal no puede pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación, ya que este ejercicio es privativo de las competencias del juez nacional en el caso concreto.**

Es, en definitiva, un reparto de competencias, que articula el trabajo de los jueces involucrados, nacional y comunitario, para asegurar la uniformidad de los efectos jurídicos en todos los países miembros.

No siempre, sin embargo, es muy nítida la separación entre ambas competencias y, en algunos casos, la propia interpretación prejudicial del Tribunal puede trasponer de manera sutil esa línea divisoria, pero ello constituye la excepción y no la regla, y las

conclusiones del Grupo de Trabajo, al que me he referido en la introducción, señalan de manera inequívoca “que las relaciones entre los organismos jurisdiccionales nacionales y los organismos judiciales comunitarios son complejas, finamente balanceadas y entrañan remisiones mutuas pero, en general, son fundamentalmente de una excelente cooperación, sin que exista una relación de jerarquía entre ellas y son en definitiva consistentes con el orden constitucional de los países miembros”. (Se trata de los casos 106/89 Marleasing S.A. v. La Comercial Internacional de Alimentación S.A., [1990] ECR. 4135 Y EL 323/93 R.vs. H.M. Treasury ex parte British Telecommunications plc [1996] ECR 1-1631.⁹

En la absolución de la Consulta Prejudicial el Tribunal tiene amplia libertad para determinar cuáles normas del ordenamiento jurídico comunitario interpretará, y no se encuentra, por lo tanto, constreñido a las solicitadas por el juez nacional; puede en consecuencia interpretar las normas solicitadas u otras que considere pertinentes para el caso en cuestión. La Jurisprudencia del Tribunal Comunitario así lo confirma: *‘Requerida por un juez nacional al juez comunitario, la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente y todo con el fin de lograr una comprensión global del caso consultado; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente’*¹⁰.

La sentencia que dicte el Tribunal tiene carácter obligatorio. Así lo indica tanto el Tratado como el Estatuto: *“El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*¹¹ Lo que significa que la sentencia que contiene la interpelación, resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada; no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que es vinculante para el juez nacional que hizo el reenvío, en lo que se refiere a la interpretación de la norma comunitaria.

La sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión, ya que la consulta puede haber sido hecha por instancias inferiores en fallos sujetos a revisión. En todos los casos deberán recoger la interpretación de la normativa comunitaria decidida por el Tribunal.

3. Relación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales nacionales

⁹ The Future of the Judicial System of the European Union, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge. Oxford and Portland, Oregon USA. 2002.

¹⁰ Proceso 1-IP-94. G.O.A.C. N^o 164, de 2 de noviembre de 1994. Marca: MAC POLLO su POLLO RICO.

La relación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales —todos ellos- es una relación de cooperación y no de jerarquía. Es una relación *inter pares*, no obstante que las sentencias prejudiciales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y, que éstos tienen la obligación, cuando sus decisiones no son susceptibles de un recurso ulterior, de someter la consulta al Tribunal Comunitario.

El juez nacional, cuando tiene que aplicar una norma comunitaria, actúa como juez comunitario y es el procedimiento de interpretación prejudicial donde se produce la conexión entre ambas jurisdicciones. Según las palabras del Dr. Patricio Bueno, ex Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: *“La importancia de la colaboración del juez nacional en esta acción no sólo se refiere a la iniciativa de la consulta sino que a él le corresponde analizar y decidir o apreciar por su propio criterio si para la emisión de su fallo se requiere que el Tribunal se pronuncie sobre determinado punto de Derecho Comunitario, decisión en la que no pueden inmiscuirse ni las partes del litigio principal ni el propio Tribunal Andino”*¹¹.

Al respecto, Luis Carlos SÁCHICA dice: *“Es necesario, además, en un ordenamiento comunitario, como el andino, que los jueces nacionales den aplicación directa y preferente sobre los de su País a las normas del proceso de integración, y que esa aplicación sea uniforme en los cinco Países Miembros. Esto es, que el derecho andino sea realmente común, unívoco, general. De esta manera se produce, paralelamente a la integración económica, la necesaria integración jurídica”* y dice posteriormente *“la interpretación prejudicial es una articulación entre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y los jueces nacionales para fijar el sentido en que debe ser aplicado el derecho andino”*¹².

Es evidente que entre algunos de los países de la Comunidad Andina ha existido una cierta reticencia para recurrir ante el Tribunal Andino para solicitar la interpretación prejudicial por parte de los jueces nacionales. Una resistencia por un lado, por considerar que es una muestra de subordinación o de sometimiento a una jerarquía superior que pone en riesgo el principio de autonomía e independencia del Poder Judicial, y de otro, porque se considera un exceso cualquier intromisión externa en la función jurisdiccional más aún cuando, aparentemente, pareciera que es el juez comunitario quien indica al juez nacional cómo debe interpretar el derecho comunitario.

Esto debe ser descartado de plano. No hay duda que el juez nacional está tan bien o incluso, probablemente, mejor capacitado que el juez comunitario para interpretar la

¹¹ Exposición del Dr. Patricio Bueno en el Seminario Internacional, Integración, Derecho y Tribunales comunitarios. Editorial Judicial. Sucre, agosto 1996, Pág. 106.

¹² SÁCHICA, Luis Carlos. Introducción al Derecho Comunitario Andino. Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito 1985, Pág. 150.

norma comunitaria. Pero no es ese el asunto. Tampoco es la intromisión de un agente extraño ni que exista una relación de jerarquía entre uno y otro. La finalidad no es otra que asegurar que la norma comunitaria tenga los mismos efectos en todo el territorio de la Comunidad Andina y esto se concilia con este ingenioso mecanismo que por un lado respeta la legítima autoridad del juez nacional y la conjuga con la necesidad fundamental, en el proceso de integración, de lograr la correcta y uniforme aplicación del Derecho comunitario.

Al respecto el Dr. Iván Gabaldón Marqués, ex Magistrado del Tribunal Andino, citado por Uribe Restrepo, al referirse a los Jueces Nacionales 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 uniforme del derecho comunitario afectará precisamente los intereses que se pretenden defender”*¹³.

4. La Consulta Facultativa y la Obligatoria.

Tanto el Tratado de Creación del Tribunal, en su artículo 33, como el Estatuto prevé en dos casos para pedir la interpretación prejudicial, estas son: la consulta facultativa y la consulta obligatoria.

La consulta facultativa está recogida en el artículo 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 dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal el juez deberá decidir el proceso”*¹⁴, y norma similar la encontramos en el Tratado¹⁵.

En este caso la norma es muy elocuente y clara, en este sentido si existe ulterior recurso en el ordenamiento interno el juez puede o no consultar al Tribunal y está facultado para dictar la sentencia correspondiente con o sin una interpretación del Tribunal Andino aún cuando la haya solicitado y no la haya recibido.

La consulta obligatoria, según el artículo 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 fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que*

¹³ Uribe Restrepo Fernando. “La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Ed. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1993. Pág. 42.

¹⁴ Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 121.

¹⁵ Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 33.

conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”¹⁶, norma que en el Tratado se encuentra en el artículo 33”¹⁷.

En este caso el juez nacional debe necesariamente consultar al Tribunal y detener el proceso interno hasta que el Tribunal se manifieste respecto a la interpretación prejudicial solicitada¹⁸. Esto implica que incluso un juez de primera instancia, cuyas decisiones no tengan recurso, de acuerdo con la legislación nacional, estará obligado a detener el proceso y formular la solicitud, si tiene que aplicar una norma comunitaria. Se trata entonces, más que de la jerarquía del organismo jurisdiccional, de los efectos de su sentencia en el ordenamiento jurídico interno. Anteriormente hemos indicado que ha sido, precisamente, en judicaturas distritales y por reclamos de poco monto donde se han logrado las sentencias memorables del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que han definido el carácter y la naturaleza del Derecho comunitario tal y como se aplica en Europa y en la Comunidad Andina.

Como reza el artículo 128 del Estatuto del Tribunal: *‘Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.*

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

“En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de la interpretación prejudicial”¹⁹.

En el caso de la consulta obligatoria, cuando no cabe un recurso ulterior, el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso, y en consecuencia debería acarrear la nulidad del proceso, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación. (Así, por ejemplo en la Sentencia de Casación de la Corte Suprema del Ecuador Expediente 256-2001 del 31 de Agosto de 2001, declararon la nulidad de la sentencia y repusieron la causa al estado en que se debió dar cumplimiento a la solicitud de interpretación al Tribunal Andino por cuanto el asunto versaba sobre la aplicación de las normas contenidas en los artículos 81, 83 lit a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En otro caso, en la Sentencia de la Corte Suprema del Ecuador, Tercera

¹⁶ Estatuto del Tribunal de la comunidad Andina. Artículo 122.

¹⁷ Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 33.

¹⁸ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 33. Estatuto del Tribunal. Artículo 124.

¹⁹ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 128.

Sala de lo Civil y Mercantil del 5 de Octubre de 1999, claramente estableció en sus considerandos que era obligación de la Corte Superior de Guayaquil, por ser la última instancia de grado, de solicitar la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y que dicha obligación no se extendía a los Recursos de casación por ser estos extraordinarios a diferencia de los ordinarios y, en tal situación son las Cortes que absuelven el grado en última instancia los obligados a formular la consulta.

En el caso de España, un reciente fallo del Tribunal Constitucional, STC 58/2004 ha declarado fundado un Recurso de Amparo por incumplimiento de la obligación. El Tribunal al anular la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña ha actuado, lo mismo que los jueces del Tribunal Supremo de Ecuador, como verdaderos jueces comunitarios al restablecer las reglas del debido proceso y aplicar el Derecho comunitario en los casos en que la consulta a los Tribunales de Justicia de las respectivas Comunidades es obligatoria.)

Queda, sin embargo, abierta la situación cuando el juez nacional no realice una consulta prejudicial obligatoria y expida su sentencia. En este caso la sentencia será válida a no ser que un Tribunal de casación la declare nula o un Tribunal Constitucional acoja un Recurso de de Amparo al respecto. Pero ¿Cómo sería el caso de que dichos Tribunales de Casación o el Constitucional o aquellos como la Cámara de los Lores en el Reino Unido que no admite una instancia ulterior ni casación ni de amparo? En estos casos la sentencia sería válida pero, luego de la famosa sentencia de Francovich/Brasserie du Pecheur Caso c-6 y 9/90 [1991] ECR I-5357 habría tal vez lugar a una acción de daños contra una Corte de Justicia que emitió dicho fallo en flagrante incumplimiento del ordenamiento comunitario. Sin embargo esta es una situación que no se ha presentado en la Unión Europea. (Ver: Alan Dashwood y Angus Johnston Ob.Cit., pag 59)

En el ordenamiento andino, si el Juez omite de efectuar la consulta prejudicial cuando esta obligado o si recibiendo dicha consulta no sigue la interpretación que ha remitido el Tribunal Andino, tanto los Países Miembros, la Secretaría General o cualquier particular afectado en n derecho subjetivo por dicho fallo pueden acudir al Tribunal en una acción de incumplimiento contra el País Miembro al que pertenece dicha judicatura. La sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondietre.

Por ello es sumamente importante la última parte del artículo analizado, que insta a los jueces nacionales que han solicitado y posteriormente aplicado una interpretación prejudicial emitida por el Tribunal, a comunicar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la sentencia dentro del proceso interno y de esta forma garantizar la correcta y uniforme aplicación del Derecho Comunitario Andino.