

La interpretación prejudicial andina y el arbitraje

Como es sabido, la Comunidad Andina de Naciones cuenta con un órgano jurisdiccional supranacional denominado Tribunal de Justicia, cuya función principal concierne a la interpretación de las normas que conforman tal ordenamiento jurídico, a fin de asegurar su aplicación uniforme por parte de los países miembros de ese modelo de integración. Con el fin de garantizar dicha aplicación uniforme, se encuentra previsto por el régimen comunitario la figura de la “interpretación prejudicial”.

El fundamento de este instrumento se concreta en el Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia. Ese estatuto atribuye carácter imperativo a dicho mecanismo, imponiendo los deberes de solicitar y acatar la aludida interpretación, mandatos que recaen sobre las autoridades 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.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también ha manifestado que los árbitros (por ejemplo, por medio de la Interpretación Prejudicial 181-IP-1 2013) hacen parte de las autoridades llamadas a cumplir con estos requerimientos. En atención a ello, el Consejo de Estado ha consolidado una tesis jurisprudencial, según la cual, la omisión de los árbitros en solicitar la aludida interpretación prejudicial, o su desacatamiento luego de allegada esta al respectivo trámite arbitral, deriva



HERNANDO HERRERA MERCADO

Arbitro y miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá

“... una vez el Tribunal Andino profiere su interpretación, fija el sentido y alcance de la norma comunitaria, por lo que, luego de expedida, no puede ser desentendida”.

inefectiblemente en la anulación del respectivo laudo.

En línea de lo dicho, esa corporación ha expuesto que al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, se debe añadir una adicional e imperativa consistente en la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial (tesis depositada en la sentencia de la Sección Tercera bajo Radicado 11001032600020120001800 (43195) o en la inadvertencia de su contenido (criterio expuesto en la sentencia de la Sección Tercera bajo Radicado 11001-03-26-000-2016-

00063-00 (56845).

En términos generales, conviene recordar que una vez cumplido el deber de solicitar la interpretación prejudicial por parte de la autoridad respectiva (de conformidad con el artículo 123 del Estatuto del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), y una vez expedida la misma, la instancia que conoce del asunto se encuentra compelida a aplicar la interpretación prejudicial y adoptarla forzosamente en su decisión (artículo 127 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

Al ser entonces la interpretación prejudicial un presupuesto procesal, su ausencia dentro de un proceso donde estén involucradas normas comunitarias da motivo para invocar la nulidad de la decisión, pronunciamiento o fallo dictados. Conclusión que inveteradamente ha esgrimido el Tribunal Andino de Justicia, según el cual, en caso de desacatamiento de la interpretación prejudicial se genera “la nulidad de la decisión que se aparte de la interpretación prejudicial” (ver Proceso 79-IP-2014). En otras palabras, una vez el Tribunal Andino profiere su interpretación, fija el sentido y alcance de la norma comunitaria, por lo que, luego de expedida, no puede ser desentendida.

En el caso del arbitraje se tipifica esta causal especialísima de anulación del laudo referida a la interpretación prejudicial, al concurrir los siguientes presupuestos: (i) que nos encontremos ante una controversia que conlleve la aplicación de una norma andina o comunitaria y (ii) que acreditado el anterior evento, los árbitros dejen de solicitar la interpretación prejudicial correspondiente, o que luego de emitida dicha interpretación, se inadvierta por los árbitros su contenido vinculante.

quejas o aspiraciones mediante manifestaciones públicas, sin temor a represalias o a ser amedrentada, hostigada, agredida o detenida por ello”. Sin embargo, en muchos lugares, la sola identificación ante las autoridades cuando se trata de una manifestación en su contra, puede significar serias represalias. Por esta razón, si bien en ciertos casos es posible exigir notificación previa, este requisito no puede supeditarse a la identificación de quienes convocan la manifestación. De otra parte, el aviso previo solo es razonable, si la manifestación efectivamente puede generar una restricción sustantiva de otros derechos que necesariamente exija medidas de coordinación administrativa. En todo caso, dicha notificación no puede equivaler a la solicitud de un permiso previo. Como lo sostuvo el Relator de la ONU sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, la solicitud de autorización previa resulta completamente desproporcionada.

Pero la situación empeora cuando la norma establece que la manifestación puede no ser autorizada, si no tiene un “fin legítimo”. ¿Qué es un fin legítimo? Un alcalde democrata podría considerar que toda manifestación que no busque incitar a la violencia tiene un fin legítimo, pues

La responsabilidad del mando

En la actualidad, se debate si el concepto de responsabilidad del mando, previsto por el artículo 21 del Proyecto de Acto Legislativo sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, es inconstitucional, por diferenciarse del concepto de “Responsabilidad de los jefes y otros superiores”, contenido en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

El artículo 21 del proyecto sería inconstitucional solo si no reflejar lo dispuesto por el artículo 28 del Estatuto implica *per se* una sustitución de la Constitución, o si esta se presenta en razón de alguna diferencia entre las dos regulaciones.

Sobre lo primero, podría pensarse que no incorporar el artículo 28 del Estatuto remplace un elemento esencial de la Constitución ligado al bloque de constitucionalidad: la obligación estatal de proteger los derechos humanos. Cabe dudar de que esto sea así. El Acto Legislativo 2 del 2001 y la Corte Constitucional (en la Sentencia C-578/02) reconocieron que podrían existir discrepancias entre el derecho interno y el Estatuto de Roma y que estas discrepancias están constitucionalmente permitidas. Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencias como la C-290 del 2012, ha estimado que no todo el texto del Estatuto de Roma forma parte del bloque de constitucionalidad. En cuanto al artículo 28, la Corte lo mencionó en la Sentencia C-181 del 2002, pero no lo aplicó como parte del bloque de constitucionalidad. Incluso, si formara parte del mismo, se incurriría en un formalismo excesivo si se pretendiera derivar una inconstitucionalidad solo por su no incorporación al proyecto.



CARLOS BERNAL PULIDO

Profesor del Departamento de Derecho Constitucional Universidad Externado de Colombia

“El proyecto de acto legislativo sustituiría la Constitución, si no incluye un régimen de responsabilidad del mando aplicable a los jefes guerrilleros”.

Sobre lo segundo, las diferencias entre el artículo 21 del proyecto y el artículo 28 del Estatuto versan sobre el ámbito personal de aplicación de dichas normas, las fuentes del derecho aplicables, la responsabilidad por la autoridad, los criterios para imputar responsabilidad, el grado de conocimiento de los hechos de los subordinados, la posibilidad de adopción de medidas y el ámbito territorial de la jurisdicción del superior.

El primero es el único aspecto en el que podría haber una sustitución de la Constitución. Mientras los sujetos del régimen previsto en el artículo 21 del proyecto de acto legislativo son “los miembros de la Fuerza Pública”, los sujetos del artículo 28 del Estatuto de Roma son los “jefes y otros superiores” o el “jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar”. El proyecto de acto legislativo sustituiría la Constitución, si no incluye un régimen de responsabilidad del mando aplicable a los jefes guerrilleros. Estos jefes están comprendidos por el artículo 28 del Estatuto. Igualmente, existiría una discriminación en contra de los jefes y superiores de la fuerza pública, si solo a ellos se les aplicara el régimen de responsabilidad del mando.

El derecho a manifestarse y el nuevo Código de Policía

Hace tiempo necesitábamos un nuevo Código de Policía. El hoy derogado, no solo no tenía la capacidad de afrontar fenómenos sociales actuales, sino que no se identificaba con los valores, principios y derechos de la Constitución de 1991. Sin embargo, como lo han puesto de presente colegas como César Rodríguez, Sebastián Lalinde o Mauricio Albarracín, este Código tiene problemas serios que deben ser revisados. Por razones de espacio, me detengo en dos de ellos: la obligación de las personas que quieran realizar una manifestación de solicitar autorización escrita, 48 horas antes, mediante documento en el cual tres de ellas deban identificarse. Y la posibilidad de que dicha autorización sea negada, si la manifestación no persigue un “fin legítimo”.

El derecho a la protesta está consagrado en la Constitución, así como en los artículos 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de un derecho



CATALINA BOTERO MARINO

Abogada especialista en Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los DD HH @cboteromarin

“... no puede perderse de vista que manifestarse públicamente es un derecho fundamental y no un privilegio”.

esencial para la protección de otros derechos fundamentales y un valioso mecanismo de participación y de fortalecimiento de las democracias.

En palabras del Consejo de Derechos Humanos, “toda persona debe poder expresar sus