

POR UN TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA UNASUR: LA NECESIDAD DE UNA CORTE DE JUSTICIA PARA AMÉRICA DEL SUR SOBRE LOS PARADIGMAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA
POR UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A UNASUL: A NECESSIDADE DE UMA CORTE DE JUSTIÇA PARA A AMÉRICA DO SUL SOB OS PARADIGMAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E DA CORTE CENTRO-AMERICANA DE JUSTIÇA

Valerio de Oliveira Mazzuoli *

Resumen: Este ensayo tiene por finalidad investigar la posibilidad de creación de un Tribunal de Justicia para la Unión de las Naciones Suramericanas – Unasur, basado en los ejemplos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo) y de la Corte Centroamericana de Justicia (Managua). El estudio propone la posibilidad de diseñar institucionalmente un Tribunal de Justicia para la Unasur, teniendo como paradigmas las experiencias europea y centroamericana. El ensayo hace una proposición sobre la competencia *ratione materiae* de ese (futuro) Tribunal de Justicia de la Unasur, defendiendo también su jurisdicción contenciosa automática como regla.

Palabras clave: Tribunal de Justicia – Unión de las Naciones Sudamericanas – Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Corte Centroamericana de Justicia – competencia *ratione materiae*.

Resumo: Este ensaio tem por finalidade investigar a possibilidade de criação de um Tribunal de Justiça para a União das Nações Sul-Americanas – Unasul, aos moldes do Tribunal de Justiça da União Europeia (Luxemburgo) e da Corte Centro-Americana de Justiça (Manágua). O estudo propõe a possibilidade de se desenhar institucionalmente um Tribunal de Justiça para a Unasul, tendo como paradigmas as experiências europeia e centro-americana. O ensaio faz uma proposição sobre a competência *ratione materiae* desse (futuro) Tribunal de Justiça da Unasul, defendendo também a sua jurisdição contenciosa automática como regra.

Palavras-chave: Tribunal de Justiça – União das Nações Sul-Americanas – Tribunal de Justiça da União Europeia – Corte Centro-Americana de Justiça – competência *ratione materiae*.

Introducción

*Pos Doctor en Ciencias Jurídico-Políticas por la Universidad Clásica de Lisboa (Portugal). Doctor *summa cum laude* en Derecho Internacional por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul –UFRGS (Brasil). Máster en Derecho Internacional por la Universidad Estadual Paulista – UNESP (Brasil). Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato Grosso – UFMT (Brasil). Miembro efectivo de la *Sociedad Brasileña de Derecho Internacional* (SBDI) y de la *Asociación Brasileña de Constitucionalistas Democratas* (ABCD).

El proceso de integración¹ de América del Sur es incipiente,² aún más, en algunos aspectos, que en lo concerniente a la Organización de los Estados Centroamericanos – ODECA.³ De hecho, esta última organización – a diferencia de lo que ocurre actualmente con la Unasur⁴ – ya cuenta en su estructura organizacional con una Corte de Justicia, al ejemplo de la Corte que la Unión Europea tiene desde 1952.⁵ Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la Corte Centroamericana de Justicia guardan el importante papel de impulsar la integración jurídica de sus respectivos bloques, dando a los sistemas jurídicos de los Estados sujetos a su jurisdicción más certeza en lo que se refiere a la aplicación del Derecho Comunitario. En ese aspecto, sin duda, la integración regional suramericana se encuentra defasada, ya que aún no existe, en el contexto de la actual Unasur, una institución judicial supranacional⁶ capaz de dar la última palabra en materia

1. Se puede decir que por “integración” se entiende el proceso por el cual entes autónomos abdican de parte de su autonomía en pól de la creación de una unidad mayor representativa de intereses comunes (económicos, políticos, sociales, culturales etc.).

2. Sobre la integración en América Latina, v. ALMEIDA, Paulo Roberto de, *Integração regional: uma introdução*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61-63.

3. De la Carta de la ODECA son parte Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Sobre el proceso de integración centroamericano, v. ALEIXO, José Carlos Brandi, Mercado comum centro-americano, *Revista de Informação Legislativa*, año 21, nº 8, Brasília, jan./mar./1994, p. 111-130; y PERALTA, Ricardo Acevedo, *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*, Managua: CCJ, 2011, p. 1-5. Para un análisis del derecho supranacional centroamericano, v. NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIOU, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, Antwerpen: Intersentia, 2005, p. 14-21; destáquese que estos últimos autores, desde el inicio, describen el sistema centroamericano como “el proceso de integración más avanzado políticamente de las Américas”, el cual revelaría “características únicas que merecen una atención especial, sobre todo de los investigadores de la integración europea” (Idem, p. 2).

4. La Unasur tiene sede en Quito (Ecuador), donde funciona la Secretaría General; su Parlamento en Cochabamba (Bolivia) y la sede del Banco en Caracas (Venezuela). Unasur no se confunde con el Mercosur (unión aduanera de libre comercio intrazona y política comercial común de cinco países de América del Sur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y, recientemente, Venezuela) y tampoco con lo que se denomina *Cono Sur* (región integrada por las zonas australes de América del Sur, al sur del Trópico de Capricornio, y que forma la gran península del sur del subcontinente, formada principalmente por Argentina, Chile y Uruguay; Paraguay es, a veces, incluido en el bloque, no obstante normalmente se entiende que no podría ser parte, dado el alto nivel de pobreza y los bajos padrones de vida e industrialización del país).

5. El TJUE fue creado en 1952 por el Tratado que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero – CECA, incluyendo el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y tribunales especializados.

6. Para el concepto de supranacionalidad, v. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo, *Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos*, en VENTURA, Deisy de Freitas Lima (coord.), *Direito comunitário do Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 164, en estos términos: “A supranacionalidade determina, portanto, o aparecimento de um poder que se coloca acima dos Estados, resultante da transferência definitiva que estes fazem de parte das suas funções próprias aos domínios abrangidos pela entidade supranacional, que passa a exercê-las tendo em vista o interesse comunitário e não o interesse individual dos Estados”.

comunitaria,⁷ dejando a sus Estados Parte al total abandono de un sistema jurídico sólido de solución de controversias.⁸

De institucionalización reciente,⁹ e inspirada en el proceso de integración de la Unión Europea, la Unasur tiene la perspectiva de avanzar en los próximos años rumbo a la unión cada vez más efectiva de los doce países de América del Sur (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela).¹⁰ En la medida en que los lazos entre estos países se fortalezcan, consecuencia natural de ello será la aparición de cuestiones jurídicas que deberán ser resueltas de alguna forma. El tratado constitutivo de Unasur (del 23.05.2008) preve apenas un medio *diplomático* de solución de controversias, al disponer, en su art. 21, que “las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas” y que en “caso de no alcanzar una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma”. En caso de no alcanzarse tal solución, el mismo art. 21 complementa que “ésta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión”.¹¹ Como se observa, no hay en el convenio constitutivo de Unasur, además de ese limitado (y totalmente frágil) medio diplomático de solución de contiendas, ningún medio capaz de resolver definitivamente los litígios internacionales entre los respectivos países miembros.¹² Así, teniendo en cuenta el hecho de que no hay, hasta

7. Esta supranacionalidad también se verifica, v.g., en el contexto de la Comunidad Andina. De hecho, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone: “El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros” (art. 4º).

8. A propósito, demostrando la fragilidad del sistema de solución de controversias de Unasur, v. KERSFFELD, Daniel, El papel de la Unasur ante los conflictos internacionales: dos estudios de caso, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LVIII, nº 218, mayo-agosto/2013, p. 193-208.

9. Merece ser destacado el protagonismo de Brasil como mentor intelectual de la Unasur, según O’KEEFE, Thomas Andrew, *Latin american and caribbean: trade agreements (keys to a prosperous Community of Americas)*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 448, en éstos términos: “UNASUR’s intellectual author is Brazil, which was also the primary promoter of the IIRSA [Integration of Regional Infrastructure in South America] and has lobbied for a South American Free Trade Area (SAFTA) as far back as the mid-1990s”. V. también, ALMEIDA, Paulo Roberto de, *Integração regional...*, cit., p. 81, para quien: “O novo ‘regionalismo’ sul-americano, que a diplomacia brasileira tanto se esforçou por incentivar, notadamente pelo estabelecimento da Comunidade Sul-Americana de Nações, em dezembro de 2004, oportunamente substituída pela União de Nações Sul-Americanas (Unasul), derivou para uma clara fragmentação, em virtude de iniciativas dispersas desde meados da década”.

10. De los Estados que se sitúan en América del Sur, sólo Guyana Francesa no es parte de Unasur, por tratarse de un departamento ultramarino francés.

11. Se puede percibir que el art. 21 del tratado no deja claro cual es el verdadero papel del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores en lo que se refiere a la solución de controversias en el bloque, no esclareciendo lo que deberá tal Consejo deliberar “en su próxima reunión” etc.

12. V. SCOTTI, Luciana B. La Unión de Naciones Suramericanas: una joven expresión de integración regional en América del Sur, en NEGRO, Sandra (dir.), *Derecho de la integración: evolución jurídico-institucional* (Parte II América-África), Buenos Aires: B de F, 2012, p. 128, al entender que establece el citado art. 21 “un mecanismo precario de solución de controversias...”. En el mismo sentido, Zlata Dnas de Clément afirma que la Unasur previó “los más débiles y politizados mecanismos de solución de controversias para asegurar .los compromisos asumidos en el marco del sistema” (El sistema de solución

el presente momento, un órgano *judicial* de solución de controversias para el bloque, parece pertinente que salga a la luz una *Corte de Justicia* para la Unasur, capaz de decidir los litigios que eventualmente puedan surgir entre los miembros.¹³

Cabe destacar que el Tratado Constitutivo de la Unasur enuncia una larga lista de objetivos de la organización (art. 3º).¹⁴ Más allá de todos los propósitos allí establecidos,¹⁵ no se previó un mecanismo *jurisdiccional* (sólo *diplomático*) de

de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso, *Anuario del CIJS*, vol. XI [2008], p. 343).

13. Tuvimos la oportunidad de defender la creación de un Tribunal de Justicia para Unasur en audiencia pública realizada en el Senado Federal brasileño, en la Comisión de Medio Ambiente, Defensa del Consumidor y Fiscalización y Control, el 22.10.2013, en sesión presidida por el Senador Blairo Maggi (PR-MT). V. *Jornal do Senado*, ano XIX, n. 3.976, Brasília, 23.10.2013, p. 8, así: “Para o professor da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) Valerio Mazzuoli, a Unasul precisa criar um tribunal como o que existe na União Europeia para compatibilizar as normas domésticas com as dos demais países-membros. Ele sugeriu que o tribunal tenha sede em Mato Grosso, por ser o centro do continente sul-americano”.

14. Son: a) el fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional; b) el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región; c) la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad y el reconocimiento regional de estudios y títulos; d) la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región; e) el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables; f) la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros; g) la protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático; h) el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías, logrando así una integración equitativa; i) la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana; j) el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud; k) la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas; l) la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza; m) la integración industrial y productiva, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva; n) la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción tecnológica, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios; o) la promoción de la diversidad cultural y de las expresiones de la memoria y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades; p) la participación ciudadana a través de mecanismos de interacción y diálogo entre UNASUR y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana; q) la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado; r) la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR; s) el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa; t) la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y u) la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación.

15. Sobre las críticas a tales objetivos, v. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso, cit., p. 348, para

solución de controversias entre los 12 países miembros de la organización, sin el cual, pensamos, la garantía de estabilidad de tales objetivos se torna extremadamente fragilizada.

Este ensayo tiene por finalidad investigar la posibilidad de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Tribunal de Luxemburgo*) y la Corte Centroamericana de Justicia (*Corte de Manágua*) sirvan de paradigmas para la creación de un futuro Tribunal de Justicia en el ámbito de la Unión de las Naciones Suramericanas – Unasur.¹⁶

I – Dos posibles paradigmas para la creación de un Tribunal de Justicia para Unasur

Son innumerables los tribunales internacionales que existen hoy en día, teniendo algunos vocación universal (como la Corte Internacional de Justicia, en adelante CIJ) y otros vocación regional (v.g., las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos etc.). Dentro de ellos, y para los fines que interesan a nuestras reflexiones, sería necesario encontrar los que más se asemejen a la idea de un Tribunal de Justicia para la Unasur (en adelante, TJU). Según pensamos, tales tribunales serían el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y la Corte Centroamericana de Justicia (en adelante, CCJ). En relación al primero, su utilización como paradigma se justifica por el hecho de que Unasur está institucionalmente basada en el proceso de integración de la Unión Europea; en lo que se refiere a la CCJ, se da por tratarse de un tribunal *latino* de justicia (muy próximo de nuestro sistema en razón de innumerables circunstancias). De esta forma, parece posible unir la experiencia europea (en la cual la Unasur está institucionalmente inspirada) con la experiencia centroamericana, para el fin de esbozar la estructura de un (futuro) Tribunal de Justicia para la Unasur.

§ 1º – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

quien (con total razón) tales objetivos son demasiado “dilatados” y “difusos”, no estableciendo “metas concretas a alcanzar en plazo determinado, como suelen hacerlo otros tratados de procesos de integración”.

16.Por cuestión metodológica no se tomó en cuenta, en este estudio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA (creado el 28.05.1979, con inicio de sus actividades el 02.02.1984) como paradigma para la creación del Tribunal de Justicia de la Unasur, porque el TJCA también tiene como paradigma común el TJUE (cf. NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 21-22). Cabe destacar, sin embargo, un aspecto estadístico importante del TJCA: hasta el año 2012 el Tribunal conoció 2.179 interpretaciones prejudiciales solicitadas por los jueces nacionales, 118 acciones de incumplimiento contra los Estados-miembros (que son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), 54 acciones de nulidad, 10 procesos de derecho laboral y 6 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios, llegando a ser “la tercera corte internacional más activa del mundo luego de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (In: <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>>. Acceso en 13.11.2013). Sobre el proceso en el TJCA, v. VIEIRA, Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Buenos Aires: B de F, 2011, p. 51-78.

Tras el establecimiento de la Unión Europea – hoy constituida por 28 Estados-miembros¹⁷ – se entendió que la misma solo podría cumplir los objetivos de los tratados si estos fuesen respetados por los Estados y por los organismos de la propia Unión, de acuerdo con una aplicación e interpretación uniformes del Derecho Comunitario.¹⁸ Ese propósito importó en la jurisdiccionalización de la Unión la creación de un Tribunal de Justicia, cuya finalidad consiste en uniformizar la interpretación y aplicación del derecho de la Unión Europea, garantizando la superioridad del Derecho Comunitario frente a los ordenamientos estatales internos.¹⁹

A fin de diseñar institucionalmente un (futuro) Tribunal de Justicia para la Unasur, corresponde realizar un análisis (brevísimo y específicamente ligado a lo que interesa a este ensayo) de las funciones y competencias del TJUE, además de verificar la estructura del llamado “triángulo judicial europeo” en materia de derechos humanos.

A – Funciones y competencias del TJUE

El TJUE es el órgano judicial máximo de la Unión Europea (UE). Su función es la de interpretar el derecho de la Unión Europea – que va del derecho escrito al consuetudinario en el ámbito de las comunidades –, para que su aplicación sea uniforme en los Estados que componen la Unión.²⁰ El TJUE resuelve tanto conflictos entre Estados, como litigios propuestos por particulares o empresas (por entender que alguno de sus derechos haya sido violado por una institución europea). Gran parte de su actividad jurisdiccional es materialmente constitucional, actuando como controlador final de la convencionalidad²¹ de los tratados comunitarios; también en materia administrativa, especialmente en sobre la responsabilidad civil

17.Son: Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido.

18.V. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 479, para quien la Unión “só pode cumprir os objetivos dos Tratados se estes forem observados pelos órgãos e organismos da UE e pelos Estados-membros, de acordo com uma interpretação e aplicação uniformes”.

19.Cf. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 3-4. Sobre la historia del TJUE, v. NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIOU, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 24-27.

20.V. NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 26; y MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 484, en éstos términos: “O direito da UE compreende todas as normas jurídicas vinculativas, escritas ou não, no âmbito das comunidades”.

21.Para un estudio pionero de este tema en el sistema interamericano, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2013 [la 1.ª edición es 2009]; y MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, en CARDUCCI, Michele & RIBERI, Pablo (orgs.), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*, Torino: Giappichelli, 2014, p. 133-161. Para un estudio comparado del control de convencionalidad en los países de América Latina, v. MARINONI, Luiz Guilherme & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.), *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

extracontractual de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea y de control de la función pública desarrollada por los tribunales de la Unión.²²

El TJUE tiene una jurisprudencia integradora, que no se limita meramente en aplicar las normas comunitarias, sino también desarrollar tesis y doctrinas nuevas, como la de la supremacía del Derecho Comunitario, del efecto directo de algunas de sus normas, de los poderes implícitos y de los principios generales de derecho de la UE.²³ Su jurisprudencia constante ha reafirmado la primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho interno de los Estados Parte de la Unión Europea, con el argumento de que la eficacia del Derecho Comunitario no puede variar de un Estado Miembro a otro en función de legislación interna posterior.²⁴ Es exactamente ese papel de *supremo tribunal* de la Unión lo que se pretende que tenga el TJU, con el alcance de garantizar en el bloque la uniformidad de aplicación de los tratados respectivos.

La competencia del TJUE es la que establecen los tratados de la Unión Europea. Actualmente es bastante amplia tornando al TJUE en una especie de *Tribunal Constitucional* de la Unión. También se pretende aquí que el TJU tenga una competencia similar, garantizando al Estado perjudicado la provocación del Tribunal, con la consecuente obligación del Estado infractor de tomar las medidas necesarias para la ejecución del fallo (v. *infra*, sección II, § 1º, B).

Algunas materias, sin embargo, son sustraídas del control del TJUE, como la legalidad y proporcionalidad de las operaciones de las autoridades policiales y administrativas de los Estados-miembros (art. 276 del TFUE), como también los actos de política externa y de seguridad común, salvo en lo que se refiere al control orgánico y formal de esos actos y al control de legalidad de los actos directamente restrictivos de derechos (arts. 40 del TUE y 275 del TFUE).²⁵

El proceso ante el TJUE puede tener una “tramitación simplificada” (cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la cual ya se haya pronunciado), una “tramitación acelerada” (en el caso que decida el Presidente del Tribunal que se trata de un caso de resolución urgente) y una “tramitación prejudicial urgente” (cuando involucre cuestiones relativas al espacio de libertad, de seguridad y de justicia, como cooperación policial y judicial en materia civil y penal,

22.V. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*, cit., p. 482.

23.V. MACHADO, Jónatas E. M. *Idem*, p. 484.

24.V. AMARAL, Diogo Freitas do & PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”, *Revista de Direito Público*, nº 1, Lisboa, jan./jun./2009, p. 13-25. Y también: “Sob este prisma, bem pode afirmar-se que é precisamente a aceitação, por parte dos *tribunais nacionais*, do seu mandato para serem também tribunais descentralizados da UE que melhor distingue o primado do direito desta de qualquer ordenamento federal. Tem sido esta, pois, a forma original assumida pela indispensável relação de fidelidade dos juízes nacionais com o sistema jurídico da UE. (...) O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, formulado pelo TJ como elemento caracterizador da autonomia do ordenamento da União Europeia, sob a forma de uma obrigação de *facere*, conducente a uma situação designada por *supranacionalismo normativo*, veio a ser generalizadamente aceite pelos tribunais nacionais, apesar da ausência de base expressa no TCE [Tratado de la Comunidad Europea] ou no TUE [Tratado da la Unión Europeia]” (*Idem*, p. 18 e 23).

25.Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*, cit., p. 485.

así como visas, asilo, inmigración y otras cuestiones relativas a la circulación de personas etc).²⁶

La tramitación de un proceso ante el TJUE comporta una *fase escrita* y una *fase oral*. En la fase escrita, las partes involucradas comienzan por entregar una declaración escrita al juez responsable por el proceso. Inmediatamente, el juez prepara un resumen de estas declaraciones y el contexto jurídico del proceso.²⁷ A su vez, la fase oral es el momento en que ocurre la audiencia (pública) entre las partes, siendo cierto que en función de la complejidad del caso, esta puede transcurrir ante un panel de 3, 5 o 13 jueces o ante todo el Tribunal. Durante la audiencia, los abogados de ambas partes presentan sus alegaciones a los jueces y al abogado general, que pueden hacer las preguntas que consideren pertinentes. El abogado general emite entonces su dictamen. Posteriormente, los jueces debaten el proceso entre sí y pronuncian una sentencia. Los abogados generales sólo tienen que presentar conclusiones cuando el Tribunal considere que el proceso en causa suscita una nueva cuestión de derecho. El Tribunal no está obligado a seguir el dictamen del abogado general. Las sentencias del Tribunal son decisiones mayoritarias y son leídas durante las audiencias públicas. Las imágenes de las audiencias son frecuentemente objeto de transmisión televisiva (*Europe by Satellite* [en](#) [fr](#)). Las audiencias del Tribunal General se tramitan de forma semejante, pero sin la intervención de un abogado general.²⁸

Es importante la constatación de que el TJUE actúa en colaboración con los jueces y tribunales de los Estados, en constante cooperación, motivo por lo cual se dice que un juez de un Estado-miembro de la Unión Europea es también, en cierta medida, un juez de la propia Unión. De ahí que cualquier juez o tribunal de un Estado-miembro pueda someter al TJUE materia que vaya a juzgar y que demande una posición preliminar del TJUE sobre el tema, instituto denominado *reenvío prejudicial*.²⁹

Esa sistemática de reenvío prejudicial hace que el TJUE evite el riesgo de divergencia jurisprudencial entre los Estados-miembros de la Unión Europea, en conformidad con la regla según la cual las peculiaridades de los distintos derechos nacionales, provenientes de las diferentes tradiciones jurídicas, no deban intervenir en la determinación y en el alcance del derecho de la Unión a ser aplicado.³⁰ Como se percibe, hay dos situaciones distintas previstas por el art. 267 del TFUE: la que el juez interno *puede* y la que el juez *debe* someter una cuestión al TJUE. La primera ocurre cuando el juez interno considera que una decisión sobre esa cuestión [relativa a la interpretación de los tratados; o a la validez y a la interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión] es necesaria para juzgar una causa; y la segunda tiene lugar cuando una cuestión de esa naturaleza fuera suscitada en proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas

26.In: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/>. Acceso em 04.11.2013.

27.In: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acceso em 04.11.2013.

28.In: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acceso em 04.11.2013.

29.Sobre la sistemática del reenvío prejudicial en TJUE, v. VIEIRA, Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 3-50; y MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 572-594.

30.V. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 6.

decisiones no sean susceptibles del recurso judicial previsto en el derecho interno (caso en que *debe* el órgano judicial someter la cuestión al TJUE).

A la luz de lo expresado, relativamente al funcionamiento del TJUE, creemos que también un futuro TJU podría ser dotado de mecanismo semejante o hasta idéntico del reenvío prejudicial conocido en el sistema judicial de la Unión Europea, como se verá más adelante (v. *infra*, sección II, § 1º, B, e).

B – El “triángulo judicial europeo” en materia de derechos humanos

En cuanto al sistema de justicia internacional de Europa, un punto importante a ser destacado es el referente a la existencia de un *triángulo judicial* europeo en materia de derechos humanos, integrado por los (1) jueces y tribunales nacionales, por la (2) Corte Europea de Derechos Humanos y por el (3) Tribunal de Justicia de la Unión Europea.³¹ Además, cabe destacar que la Unión Europea *es parte* (ella misma) de la Convención Europea de Derechos Humanos, una diferencia respecto del sistema europeo en relación a otros sistemas de integración regional, nada similar (hasta ahora) existe en el contexto latinoamericano (sea en América Central o en América del Sur) con el europeo.³² Tomando como ejemplo América del Sur, sería como si la Unasur adhiriera (ella misma) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entonces (realmente) pasaría a existir un completo sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales en el bloque.

Actualmente, en el contexto europeo, se puede hablar de un sistema internormativo (multinivel) de derechos humanos, que paralelamente al sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos (cuyo vínculo se da con el Consejo de Europa) ya existe un sistema de protección de derechos de la propia Unión Europea, desde la institución de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, elaborada a partir de una declaración (compuesta por representantes del Parlamento Europeo, de los Parlamentos nacionales, de la Comisión Europea y de los gobiernos de los Estados-miembros) proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000,³³ y con fuerza *vinculante* desde el 1º de diciembre de 2009, fecha de la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*.³⁴ En otras palabras, esos dos *modelos* de protección

31.Sobre el asunto, v. DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e direitos fundamentais (no espaço da internormatividade)*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2006, p. 367-420. Sobre el uso pionero de la expresión “triángulo judicial europeo”, v. DUARTE, Maria Luísa, *O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, en MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 205 e ss.

32.Cf. CARDUCCI, Michele. La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi, en CARDUCCI, Michele & RIBERI, Pablo (orgs.), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 5-58, al hablar sobre la existencia de una relación “tridimensional” (más allá de simplemente “triangular”) ya existente en Europa.

33.Para el respectivo texto, v. *Official Journal of the European Communities*, C 364, de 18.12.2000, p. 1-22.

34.Fue, efectivamente, a partir de la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* de 2007 (el 1º de diciembre de 2009) que la *Carta* pasó a tener fuerza vinculante (entiendase, fuerza *de tratado*) para los países-miembros de la Unión Europea. De hecho, el *Tratado de Lisboa* dejó claro (en el art. 6º, nº 1) que la Unión Europea reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 7 de diciembre de 2000, con las adaptaciones que le fueron introducidas el 12 de diciembre de 2007, en Estrasburgo, y que tiene *el mismo valor jurídico* que

de los derechos fundamentales en Europa – o del *Consejo de Europa* y el de la *Unión Europea* – pasan a formar (en adelante) un sistema europeo *internormativo* de protección,³⁵ de carácter bifronte o binario.³⁶

Más allá de que no se pretenda (en este primer momento de reflexión) atribuir al futuro TJU una competencia para resolver cuestiones de derechos humanos *lato sensu*, capaces eventualmente de ultrapasar la competencia que ya tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sobre el tema,³⁷ es importante, además, conocer el sistema internormativo europeo en materia de derechos humanos, por el hecho de que en Europa la discusión también ha comenzado más tímida, avanzando posteriormente para versar sobre cuestiones de derechos humanos a partir de la citada *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. A pesar de que esa discusión – relativa a la formación de una Corte de Justicia para la Unasur- este lejos de tener lugar en este momento, tenemos el conocimiento del sistema triangular europeo para iniciar la formatación (o diseño institucional) de un tribunal suramericano con competencias abiertas a las cuestiones contemporáneas que la integración regional requiere, como las relativas a los derechos del consumidor, al medio ambiente, al crimen organizado transnacional etc.

En suma, por lo que fue posible verificar hasta el momento, y para los fines específicos que interesan en este ensayo, el TJUE es un paradigma posible a ser tenido en consideración en el momento de discutir la creación de un futuro TJU. Veamos también la posibilidad de que la CCJ sirva de paradigma – especialmente por tratarse de un tribunal *latino* de justicia – para el diseño del pretendido TJU.

§ 2º – Corte Centroamericana de Justicia

La CCJ tiene como precedente a la Corte de Justicia Centroamericana, o *Corte de Cartago*,³⁸ creada por el Tratado de Washington de 1907, firmado entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, compuesta por cinco

los Tratados lo que posibilita al TJUE controlar la convencionalidad de la *Carta*. Frise-se que la competencia para decidir del acuerdo con la *Carta* es del TJUE (Tribunal de Luxemburgo), a diferencia de la competencia para decidir de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos, que es de la Corte Europea de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo).

35.Cf. DUARTE, María Luísa. *Estudios sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 91-115 (en capítulo dedicado al sistema europeo de protección de los derechos fundamentales); y CARDUCCI, Michele, La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa..., cit., p. 5.

36.Algunos observadores nominan de *dualista* ese nuevo modelo europeo. Para nosotros – hasta para que no exista confusión con los sistemas *monista* y *dualista* de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno – es preferible nominarlo de sistema *bifronte* (o *binario*) de protección de los derechos fundamentales en Europa.

37.En ese exacto sentido, v. art. 25 del Estatuto de la CCJ: “La competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

38.El nombre se dio por haber tenido inicialmente sede en la ciudad de Cartago, Costa Rica.

jueces (uno de cada país miembro).³⁹ Se trató del primer tribunal internacional del mundo, a pesar de que tuvo una vida demasiado corta, habiendo durado apenas diez años (de 1908 a 1918).⁴⁰ A pesar de eso, la *Corte de Cartago* figura como un hito en la historia del Derecho Internacional, no solamente por haber sido la primera en establecerse en todo el mundo, sino también porque, de acuerdo con su reglamento, los particulares ya podían entablar causas directamente contra sus respectivos gobiernos.⁴¹

Es importante la constatación de que América Central fue detentora del primer tribunal internacional del mundo, lo que demuestra que los países *latinos* del Continente Americano se encontraban al frente de muchos otros países (sobre todo europeos) en lo que se refiere a temas importantes del derecho internacional, como es el tema de la jurisdiccionalización (creación de tribunales internacionales) en el contexto internacional.⁴² En ese sentido, la creación de un Tribunal de Justicia para Unasur retomaría ese espíritu (latino) de vanguardia en la resolución de contiendas internacionales, así como también avanzaría en la resolución de temas que ni en el contexto europeo ni en el centroamericano suscitaron ser solucionados por las respectivas instancias judiciales internacionales (TJUE y CCJ).

Así como se hizo en relación al TJUE, es importante verificar el funcionamiento y competencia de la CCJ, a fin de tomarla también como paradigma para la proposición que se pretende hacer de institucionalización de un futuro Tribunal de Justicia para la Unasur.

A – El Protocolo de Tegucigalpa de 1991

El 12 de octubre de 1994, pasados 76 años del fin de las actividades de la Corte de Justicia Centroamericana, una nueva corte – ahora con el nombre invertido (*Corte Centroamericana de Justicia*) y con un Estado Parte más – renace en Managua (Nicaragua) para algunos países de América Central, con jurisdicción y

39.Sobre este tribunal, v. MAZA, Emilio, *La Corte de Justicia Centroamericana: comentarios*, San Salvador: Organización de Estados Centroamericanos, 1966; GUTIÉRREZ, Carlos José, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José: Juricentro, 1978; FASSBENDER, Bardo & PETERS, Anne (eds.), *The Oxford handbook of the history of international law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 573-575; y GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio, El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia, en CARDUCCI, Michele & RIBERI, Pablo (orgs.), *La dinámica de las integraciones regionales latinoamericanas: casi e materiali*, Torino: Giappichelli, 2014, p. 64-66.

40.El plazo de funcionamiento de la Corte sería prorrogable, en caso de que hubiese el consentimiento unánime de los Estados-partes, pero tal circunstancia no ocurrió. Sobre las razones de la falta de prórroga, v. LOBO LARA, Francisco Darío, La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, en VIDAL, Márcio (org.), *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*, Cuiabá: TJMT, 2012, p. 120-121.

41.V. BUERGENTHAL, Thomas (et al.). *Manual de derecho internacional público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 67.

42.Información traída por Michele Carducci, de que en 1917 la *World Peace Foundation* de Boston definió la Corte de Cartago como el “más sorprendente órgano jurisdiccional del mundo” (La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa..., cit., p. 34).

competencia regional obligatoria para sus Estados-miembros (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá).⁴³

La creación de la Corte Centroamericana de Justicia se dió mediante el art. 12 del *Protocolo de Tegucigalpa* complementaria de la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, de 13.12.1991.⁴⁴ Tal *Protocolo* consiguió crear para los Estados centroamericanos un sistema diferenciado (e híbrido) de integración regional que el resto del Continente Americano aún no conocía, en especial por dar soporte a un modelo (ya adoptado en la Unión Europea) que pretendía solucionar las controversias por un órgano *jurisdiccional* (que tanto América del Norte como América del Sur aún desconocen).

La naturaleza jurídica del Protocolo de Tegucigalpa es de *tratado-fundacional* del sistema de integración centroamericano, especialmente (a) por crear la CCJ, dándole poderes para interpretarlo, así como otros tratados que le sean complementarios, (b) por establecer que todas las controversias a nivel regional deban ser sometidas a la CCJ, y aún (c) por mantenerse en posición de primacía relativamente a los demás tratados, posteriores o anteriores a su vigencia, en los términos del art. 35.⁴⁵

Así, la Corte de Managua tendría competencia para decidir sobre “cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscripto entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana”; tal hecho la coloca en la posición de *tribunal supranacional* relativamente a sus Estados-miembros.⁴⁶ Como destaca Lobo Lara, es importante desde el punto de vista jurídico el hecho de que “el Protocolo de Tegucigalpa creó y le dio poderes jurisdiccionales a la Corte Centroamericana y que está aprobado y ratificado por todos los Estados del istmo centroamericano: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá y por adhesión aceptado por Belice y

43.V. LEÓN GÓMEZ, Adolfo. *La Corte de Managua: defensa de su institucionalidad*. Managua: CCJ, 1997; y NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIU, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 20-21.

44.Sobre la historia de la CCJ, v. NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIU, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 28-34; y GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio, *El Tribunal de la Comunidad Centroamericana...*, cit., p. 66-69.

45.V. LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, cit., p. 121-122. En ese sentido, destaca Ricardo Acevedo Peralta que el Protocolo de Tegucigalpa tiene “características constitucionales para la Región, ya que, entre otras cosas, crea órganos con características verdaderamente supranacionales (por ejemplo, la Corte Centroamericana de Justicia) y órganos mixtos que funcionan de modo intergubernamental (Consejo de Ministros), que son fuente de derecho comunitario, ya que crean normativa obligatoria que se localiza sobre el derecho nacional de cada uno de los Estados partes del Sistema. El Protocolo de Tegucigalpa es un Tratado Comunitario definido en el artículo 35 del mismo, el cual coloca en situación superior este Convenio y sus instrumentos complementarios y derivados sobre cualquier otro Convenio anterior, o posterior al mismo, constituyéndose así el Sistema Comunitario de Integración, basado en legítima delegación de soberanía de los Estados en favor de las instituciones que crea y en su correspondiente medida; las que, por su vez, en el ejercicio de sus atribuciones y competencias, van construyendo el andamio normativo supranacional” (*Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*, cit., p. 4-5).

46.V. GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio. *El Tribunal de la Comunidad Centroamericana...*, cit., p. 73, que la coloca en la condición de “auténtico Tribunal Constitucional”.

por lo tanto todas las Resoluciones, Sentencias y Opiniones Consultivas vinculantes para ellos *son de obligatorio e ineludible cumplimiento*”.⁴⁷

Luego de la entrada en vigor del Protocolo de Tegucigalpa, se adoptó también el Estatuto de la CCJ (Panamá, 10.12.1992), completando el cuadro jurídico-institucional del Sistema de Integración Centroamericano (SICA). El Estatuto de la CCJ fue ratificado, de inicio, por tres Estados-miembros, autorizando el funcionamiento de la Corte a partir del 12 de octubre de 1994, en la ciudad de Managua (Nicaragua).⁴⁸

Es importante destacar que a partir de la institucionalización de la CCJ se puede hablar, en el plano del derecho centroamericano, tal como de lo que ya existe en la experiencia europea, en un *triángulo judicial* (un “triángulo judicial centroamericano”) integrado (1) por los jueces y tribunales nacionales, (2) por la CIDH y (3) por la CCJ, aún que esta última no tenga competencia en materia de derechos humanos, tal como establece el art. 25 de su Estatuto.⁴⁹ Es exactamente un tribunal con las características de la CCJ y del TJUE (que sería el futuro TJU, que este estudio propone) lo que falta en América del Sur para que el sistema suramericano se triangularize, completando, así, el cuadro jurídico-institucional de integración – de los Estados e, inclusive, hacia futuro, de las personas de derecho privado (físicas o jurídicas) – en el ámbito de las Naciones Suramericanas. En cuanto eso no acontezca, el sistema jurídico suramericano estará incompleto, manco, faltante de un de los soportes imprescindibles para una integración jurídica de completitud.

A fin de formatear la estructura inicial de una Corte de Justicia para Unasur, se hace necesario conocer las reglas de competencia de la CCJ, una vez ya estudiada la competencia del TJUE (v. sección I, § 1º, A, *supra*).

B – Competencia de la Corte Centroamericana de Justicia

Consta en el art. 22 del Estatuto de la CCJ la competencia del tribunal, a saber: “a) Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos. Se aceptan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. Previamente las respectivas Cancillerías deberán procurar un avenimiento, sin perjuicio de poder intentarlo posteriormente en cualquier estado del juicio; b) Conocer de las acciones de nulidad y de incumplimiento de los acuerdos de los organismos del Sistema de la Integración Centroamericana; c) Conocer, a solicitud de cualquier interesado, acerca de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o de cualquier otra clase dictadas por un Estado, cuando afecten los Convenios, Tratados y de cualquier otra normativa del Derecho de la Integración Centroamericana, o de los Acuerdos o resoluciones de sus órganos u organismos;

47. LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, cit., p. 122.

48. Cf. NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 20.

49. *In litteris*: “La competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

ch) Conocer y fallar, si así lo decide, como árbitro, de los asuntos en que las partes la hubieren solicitado como Tribunal competente. También podrá decidir, conocer y resolver un litigio ex aequo et bono, si los interesados, lo convienen; d) Actuar como Tribunal de Consulta Permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados, con carácter ilustrativo; e) Actuar como órgano de Consulta de los órganos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, en la interpretación y aplicación del “Protocolo de Tegucigalpa de reformas a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)” y de los instrumentos complementarios y actos derivados de los mismos; f) Conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Órganos fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales; g) Conocer de los asuntos que someta directa e individualmente cualquier afectado por los acuerdos del Órgano u Organismo del Sistema de la Integración Centroamericana; h) Conocer de las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado Centroamericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidos; i) Hacer estudios comparativos de las Legislaciones de Centroamérica para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes para realizar la integración jurídica de Centroamérica. Esta labor la realizará en forma directa o por medio de institutos u organismos especializados como el Consejo Judicial Centroamericano o el Instituto Centroamericano de Derecho de Integración; j) Conocer en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas, dictadas por los Órganos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, que afecten directamente a un miembro del personal del mismo y cuya reposición haya sido denegada; 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”.

Nótese que surge del art. 22 del Estatuto de la CCJ que el tribunal – a ejemplo de los demás tribunales internacionales, como, v.g., la CIJ y la CIDH – tienen doble competencia, contenciosa y consultiva. Así, puede actuar contenciosamente, condenando a los Estados que violaren las normas comunes centroamericanas, como así consultivamente, indicando a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados como deben aplicar determinada norma centroamericana en un caso concreto. De esa forma, la CCJ controla la convencionalidad de las normas internacionales centroamericanas (competencia contenciosa) y evalúa si los tribunales máximos de los Estados están aplicando bien tales normas en casos *sub judice* (competencia consultiva).

En lo que se refiere a la solicitud de opiniones consultivas de los órganos u organismos del Sistema da Integración Centroamericana, relativas a la interpretación y aplicación del Protocolo de Tegucigalpa y de los demás instrumentos complementarios o de los derivados, se destaca que las resoluciones emitidas (*Opiniones Consultivas*) por la Corte Centroamericana tienen carácter *vinculante*.⁵⁰

50.V. LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, cit., p. 125-126.

Tratándose de un verdadero sistema *comunitario* centroamericano, parece cierto que la normativa del sistema de integración de los Estados Partes de la Organización de los Estados Centroamericanos debe ser aplicada atendiendo al (a) principio de jerarquía (por el cual la norma comunitaria tiene primacía sobre todas las demás), al (b) principio de aplicación inmediata (por el cual la aplicación de la norma comunitaria no depende de medidas estatales de ejecutoriedad), al (c) principio de efecto directo (por el cual las normas comunitarias tienen preferencia de aplicación interna, especialmente en lo que abarca a sus destinatarios, que están obligados a cumplirlas con todas las obligaciones conexas), y al (d) principio de responsabilidad (por el cual los órganos internos de los Estados deben cumplir las resoluciones y sentencias legítimamente proferidas por el órgano judicial comunitario, bajo pena de responsabilidad internacional).⁵¹

Como se percibe, esa estructura comunitaria centroamericana – así como la arquitectura de justicia comunitaria en la Unión Europea – también sirve de paradigma al diseño institucional del pretendido TJU. Es relevante el hecho de que en el plano de la Unasur está en vigor un sistema totalmente precario (y nada claro) de solución de controversias, de carácter estrictamente diplomático (art. 21 del tratado constitutivo).⁵² Así, no hay dudas que ese atraso que América del Sur tiene en relación al avance que América Central ya viene demostrando desde 1991 (a partir del Protocolo de Tegucigalpa) debe ser corregido por la efectiva jurisdiccionalización del bloque suramericano.

II – Por un Tribunal de Justicia de Unasur

Uno de los propósitos inmediatos de Unasur es fortalecerse como organización comunitaria capaz de atender las necesidades y objetivos comunes de sus miembros. La organización, sin embargo, solamente alcanzará los propósitos para los cuales fue instituida cuando exista uniformidad jurídica en la aplicación, entre sus Estados-miembros, de ese derecho *común* (comunitario) pretendido para el bloque. En ese sentido, importa que tenga existencia (y que funcione coherentemente, con jueces imparciales e independientes) un órgano *jurisdiccional* de solución de controversias entre sus Estados Partes, capaz de controlar la convencionalidad de las normas internas (de los Estados) y de sus propios órganos (de la propia Unasur) relativamente al Derecho Comunitario vigente. Importa, además, crear mecanismos que garanticen la aplicación uniforme (en los Estados) de ese derecho uniforme (comunitario).

Por lo tanto, para que Unasur sea efectivamente una *unión* de naciones suramericanas, con propósitos y finalidades comunes, tal como la Unión Europea en el contexto europeo, es acuciante que sea dotada de instituciones comunitarias *stricto sensu*, como de un *Tribunal de Justicia* con competencia para controlar la convencionalidad de su convenio constitutivo y de los demás tratados respectivos aceptados por los Estados-miembros.

51.V. PERALTA, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*, cit., p. 7-10.

52.V. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso, cit., p. 343.

En el contexto europeo, como se vio, hay un *triángulo judicial* integrado por los (1) jueces y tribunales nacionales, por la (2) Corte Europea de Derechos Humanos y por el (3) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aún también en materia de derechos humanos. En nuestro sistema (Unasur) aún no existe esa triangulación, falta un Tribunal de Justicia de la Unión (existiendo apenas los jueces y tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Se trata de un motivo más para que nuestro sistema – que es inspirado en el modelo europeo – se torne más completo. De hecho, a pesar de que las cuestiones relativas a los derechos humanos puedan ser resueltas por la CIDH, especialmente en el caso en que las víctimas de las violaciones estatales inicien ante el sistema (Comisión Interamericana) las respectivas quejas, solicitando la reparación (v.g., indemnización pecuniaria, obligación de hacer etc.) que entienden debida, lo cierto es que en lo que se refiere a cuestiones que involucren dos o más Estados y que no se refieran a la violación de derechos humanos, no hay en nuestro entorno geográfico un órgano jurisdiccional con capacidad y poder decisorios, dejando los Estados interesados al margen de un sistema coherente de justicia.

En ese sentido, parece posible (intentar) definir un rol inicial de temas que serían afectados a la competencia del TJU (§ 1º, *infra*) y proponer su jurisdicción contenciosa obligatoria como regla (§ 2º, *infra*).

§ 1º – Proposición sobre la competencia del Tribunal

Este – como ya se dijo – es un estudio preliminar sobre la (posibilidad de) creación y un Tribunal de Justicia para Unasur. En ese sentido, todas las proposiciones aquí realizadas son también preliminares y no definitivas, pudiendo ser alteradas en cualquier momento en la medida que el asunto madure y las discusiones sobre el tema se intensifiquen. De hecho, en las líneas que siguen se pretendió atribuir al tema una visión inicial y genérica sobre lo que *podrá venir a ser* la competencia del TJU, el que no excluye futuras mudanzas de entendimiento y futuros ajustes en lo referido a los temas ahora debatidos.

Parece, sin embargo, ser *conditio sine qua non* para la comprensión de como debe ser la competencia de un tribunal de esa naturaleza, que se justifique, primeramente, el papel de la futura corte como órgano “constitucional” de la Unión. Hecho eso, posteriormente, ya se puede pasar a la propuesta de competencia *ratione materiae* del tribunal.

A – Por una corte constitucional de la Unión

En vista de la pretendida *unión* de las naciones suramericanas, se entiende que un TJU deba tener el poder de controlar (en grado máximo) la convencionalidad de las normas vigentes de la Unión para todos los Estados Partes, como una *Corte Constitucional* suramericana.⁵³ Así sería cuando (a) aplicase el derecho originario de

⁵³. Acerca del papel “constitucional” del TJUE, v. MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 480-481, que enseña: “Uma boa parte da atividade jurisdiccional desenvolvida pelo TJUE assume

la Unasur (tratados internacionales) y controlase la convencionalidad del derecho derivado, procedendo a un control por acción y por omisión, bien así (b) cuando resolviese litigios entre instituciones y órganos de la propia Unión, o entre tales instituciones y órganos y el derecho de un Estado miembro.

El papel de corte suprema de la Unión sería desempeñado por el TJU con vistas a la formación de un *jus commune* suramericano, de carácter convencional y multinivel, capaz de establecer un *standard* jurídico único para el Derecho Comunitario suramericano, sin excluir, evidentemente, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se trate de tema relacionado a los “derechos humanos”. Sería hasta posible, en este último caso, que el TJU ejerciese un tipo de “reenvío prejudicial supranacional”, por el cual sometería a la apreciación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una cuestión de derechos humanos a ella presentada, la cual estaría, *a priori*, fuera de su competencia jurisdiccional (v. *infra*).⁵⁴

Los tratados internacionales en base de los cuales el TJU controlaría la convencionalidad de las normas estatales serían, en principio, los *de la propia* Unasur, o sea, aquellos expresamente vinculados a la Unión (y creados posteriormente a la institución de la organización). Nada impediría, sin embargo, que otros tratados fuesen expresamente autorizados para tanto, a ejemplo de los tratados celebrados en el plano del Mercosur etc. Sea como fuera, lo cierto es que el TJU actuaría como verdadera *Corte Constitucional* para los países de América del Sur, em el sentido de decir en última análisis cual es la interpretación viable y correcta de un tratado de Unasur (u otro tratado expresamente autorizado) eventualmente incumplido por alguno de los Estados Partes o por los propios órganos (o agentes) de la organización.

Sería importante que el *Protocolo* por medio del cual fuese creado el TJU ya estableciese la competencia del Tribunal y definiese su Estatuto, no dejando que este último – como ocurrió con el Estatuto de la CCJ – sea sometido a una segunda ratificación estatal, lo que generaría el problema (tal como ocurrió, v.g., con Costa Rica, que por tal motivo no aceptó la jurisdicción de la CCJ⁵⁵) de que haya ciertos

uma natureza materialmente constitucional. O TJUE atua frequentemente como uma espécie de tribunal constitucional da UE, sendo um dos principais responsáveis pela constitucionalização do direito da UE. Isso é especialmente perceptível quando o TJUE interpreta, integra e aplica o direito originário da UE, com especial relevo para os Tratados e a CDFUE [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia], examinando a conformidade do direito derivado com ele procedendo a um controle por ação e omissão. O mesmo sucede quando o TJUE é chamado, direta ou indiretamente, a resolver litígios entre instituições e órgãos da UE, entre estes e os Estados-membros ou só entre os Estados-membros. Nesta sua atividade o TJUE é frequentemente chamado a resolver problemas de separação horizontal e vertical de poderes. No primeiro caso, ele delimita interpretativamente as atribuições e competências das instituições e órgãos da UE, salvaguardando o princípio da paridade institucional. No segundo caso, ele opera quase como um tribunal constitucional federal, fazendo respeitar a delimitação das competências da EU e dos Estados-membros, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.

⁵⁴ Autorización del art. 44 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos, según la cual: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

⁵⁵ Cf. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Max. La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (análisis de la demanda contra el Estado de Costa Rica), *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, nº 1, San José (Costa Rica), Julio-Diciembre 2010, p. 309-310.

Estados que ratificaron el *Protocolo* instituidor del Tribunal, pero no aceptaron el Estatuto (instrumento en separado) de la Corte.

B – Propuesta de competencia *ratione materiae*

En ese primer momento de reflexión, y teniendo en consideración la experiencia de los modelos de justicia internacional de Europa y de América Central, parece posible establecer algunas características del TJU relativamente a la competencia *ratione materiae*. Según pensamos, podría tener el TJU competencia para:

a) *Controlar conflictos entre Estados relativos a la interpretación de un tratado vigente en la Unión del cual los dos (o más) Estados son parte.* Se trata de la competencia clásica de todo tribunal internacional, relativa a la decisión sobre la interpretación de un tratado vigente entre dos (o más) Estados Parte. En ese caso, apenas Estados podrían demandar (ingresar con acción internacional) ante la Corte. El Estatuto de la CCJ (1992) se refiere a esa competencia diciendo corresponder a aquel tribunal “Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos”. Exceptuándose “las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas.” (art. 22, a).

b) *Conocer de las acciones de nulidad por incumplimiento de los acuerdos de los organismos de Unasur.* Es el caso de un Estado incumplir una decisión acordada por cualquier órgano u organismo de Unasur, cabría a cualquier de los Estados interesados interponer una *acción de nulidad* ante el TJU, para que este tribunal reparase la violación ocurrida.⁵⁶ El Estado faltoso sería entonces compelido por el Tribunal a recomponer la situación anterior, o, en la imposibilidad de retorno al *status quo*, tomar otra medida determinada por el TJU, como proceder a una indemnización o reparación, etc.⁵⁷

c) *Controlar conflictos entre el Estado y su propio derecho interno.* Cuando el derecho interno del Estado estuviese en desacuerdo con el Derecho Comunitario, cabría al TJU controlar la convencionalidad de ese derecho interno.⁵⁸ En ese caso, tanto Estados como también individuos podrían desencadenar la acción ante la corte. Un Estado podría entender, v.g., que el derecho interno de otro lo perjudica y que estaría en desacuerdo con el derecho de la Unión (a ejemplo de una cuestión tributaria etc.). En el caso de los individuos, estos podrían entender que el derecho

⁵⁶ V. art. 22, b, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

⁵⁷ Notese que el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina diferencia la “acción de nulidad” (art. 101) de la “acción de incumplimiento” (art. 107). Vease: “Art. 101. La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que éste declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.” “Art. 107. La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.”

⁵⁸ V. art. 22, c, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

interno estatal los perjudica y que tal derecho estaría en desacuerdo con el derecho de la Unión, que los beneficia (en éste caso, la acción individual sería llamada de “acción directa”).

d) *Controlar la convencionalidad de los actos administrativos estatales y de los organismos de la Unasur frente al Derecho Comunitario.* Cabría también al TJU verificar la compatibilidad (1) de los actos administrativos estatales y (2) de los actos administrativos de los organismos de la Unasur frente al Derecho Comunitario vigente, en especial aquellos que perjudican derechos y garantías fundamentales de los individuos.⁵⁹

e) *Manifestarse en el ámbito del “reenvío prejudicial”.* El instituto del *reenvío prejudicial* es conocido del sistema comunitario europeo (también centroamericano y andino) y tiene lugar cuando un juez o tribunal nacional (de los Estados Parte de la Unión Europea) somete al TJUE dudas sobre la legalidad o sobre la interpretación de determinada norma interna a la luz de un tratado internacional comunitario.⁶⁰ Así, de la misma forma, caso un juez o tribunal nacional (brasileño, v.g.) entienda que para la resolución de causa *sub judice* sería necesario tener conocimiento de la legalidad o sentido de determinada norma comunitaria, cabría entonces someter – por la sistematica del *reenvío prejudicial* – a cuestión al TJU para que este se manifieste sobre la interpretación de un dado tratado o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.⁶¹ Podrían, evidentemente, ser establecidas excepciones al reenvío prejudicial, tal como se da en el ámbito del TJUE en las situaciones de (a) falta de pertinencia de la cuestión suscitada en el proceso, de (b) existencia de interpretación anterior, originada en el propio TJUE, o de (c) total claridad de la norma en discusión.⁶²

f) *Conocer las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado suramericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidas.* Podrá ocurrir de un litigio en cuestión de involucrar un Estado suramericano y otro Estado que no lo sea (v.g., un Estado de América Central o de América del Norte). En ese caso, habiendo acuerdo expreso entre ambos Estados, el conflicto respectivo podría ser sometido al TJU para decisión,⁶³ cuando entonces la jurisdicción de otra instancia internacional quedaría excluída (litispendencia internacional).

g) *Conocer y decidir un litigio ex aequo et bono si con esto las partes concordaren.* Tal como existe en la sistemática del Estatuto de la CIJ (art. 38, § 2º),

⁵⁹ V. art. 22, j, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

⁶⁰ Cf. DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz. *Mercosur, integración y derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 173; y VIEIRA, Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 3-7.

⁶¹ La misma sistemática está también prevista en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia (art. 22, k) y del Tribunal de Justicia de la Comundiad Andina (art. 122). En el contexto de la Unasur, podría quedar establecido que la competencia del TJU para analizar el reenvío prejudicial fuese definido de forma semejantes a la que prevé el TJUE; podría haber reenvío prejudicial *facultativo y/o obligatorio*, tal como existe en el TJUE (art. 267 del TFUE). Conviene también registrar que ni los particulares ni los Estados pueden utilizar ese mecanismo en el ámbito del TJUE, sólo los jueces y tribunales internos, ya que el mecanismo prejudicial es un sistema de cooperación entre el juez nacional y el TJUE (cf. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 15).

⁶² V. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 19.

⁶³ V. art. 22, h, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

también el TJU podría decidir por equidad (*ex aequo et bono*) en caso que las partes involucradas en el litigio expresamente lo autorizen.⁶⁴ El juzgamiento por equidad es un recurso jurídico interesante, especialmente por permitir la resolución de un conflicto con base en un sentido de *justicia* que muchas veces no es evidenciado del tratado que rige en relación entre los Estados en la causa.

h) *Manifestarse consultivamente tanto para los Estados como para organismos de Unasur.* À guisa de vários tribunais internacionais (v.g., CIJ, TJUE, CIDH etc.) teria o TJU uma competência em matéria consultiva, a fim de responder a las indagaciones jurídicas de los Estados y de los organismos de la Unasur sobre la interpretación o aplicación de un determinado tratado comunitario (cuando entonces emitiría una *Opinión Consultiva* de carácter no vinculante). Los particulares no podrían provocar el tribunal para que se manifieste consultivamente.

En suma, los temas citados son aquellos que parecen (dentro de una óptica inicial y preliminar) que pueden ser parte de la competencia *ratione materiae* del TJU. Se trata, sin embargo, de un rol mínimo de competencias que podría tener el TJU, sin impedir que otras materias integren dicha competencia. Una de ellas sería relacionada al tema de los derechos humanos, con doble hipótesis: (1) se puede mantener la propuesta (hecha preliminarmente en este estudio) de no caber al TJU – por lo menos hasta el tribunal se consolide como órgano sólido de solución de controversias en el bloque – juzgar materia relativa a derechos humanos, a ejemplo del que también prevé el Estatuto de la CCJ,⁶⁵ o (2) se puede entender que las cuestiones sobre violación de derechos humanos ocurridas en cualquiera de los Estados Partes de Unasur – desde que, es claro, haya un *Protocolo* específico al tratado de la Unasur en materia de derechos humanos en el bloque – integraría la competencia del TJU, *sin perjuicio*, no obstante, de la competencia última de la CIDH en la materia, en el caso que la misma cuestión también encuentre amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa segunda hipótesis, pensamos, talvez no sea de las mejores, al menos por el momento, porque podría debilitar la actividad de la Corte Interamericana, sirviendo como un “filtro” más (además del ya realizado por la Comisión Interamericana) para que cuestiones relativas a la violación de derechos humanos en los Estados Parte sean efectivamente admitidas ante la jurisdicción de la CIDH. Ese, sin embargo, es aún un tema en abierto, que se podrá retomar en estudio específico que analise las ventajas y desventajas del (futuro) TJU sea competente también para juzgar cuestiones relativas a derechos humanos *stricto sensu*.

§ 2º – Por una jurisdicción contenciosa (en regla) obligatoria

A la luz del derecho internacional tradicional la competencia contenciosa de los tribunales internacionales es, en regla, *facultativa*; aquí se propone sea la jurisdicción contenciosa del TJU, en regla, *obligatoria (automática)*. De hecho, los

⁶⁴ Así también en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia (art. 22, *ch*).

⁶⁵ V. art. 25 del Estatuto de la CCJ. En éste caso, pensamos que una vez recibida por el TJU una acción relativa a derechos humanos, debería el tribunal, *ex officio*, enviar la petición o comunicación a la Comisión Americana de Derechos Humanos (Washington) para las debidas providencias, notificando a las partes del expediente.

tribunales internacionales en general sólo están autorizados a juzgar demandas contra aquellos Estados que *aceptan* su jurisdicción contenciosa. A propósito, tómesese como paradigma la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia (La Haya). Este tribunal debe declararse incompetente para el juzgamiento de litigios que involucren Estados que no acepten expresamente su jurisdicción; o sea, los Estados que estén en una controversia internacional deben (ambos) *reconocer* como obligatoria la jurisdicción de la CIJ en relación a sí, aceptando expresamente su competencia para juzgar, sin o que no puede el tribunal manifestarse sobre el caso. Esa cláusula optativa, también llamada *cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria* o “cláusula Raul Fernandes” (porque fue propuesta por ese internacionalista brasileño), se encuentra en el art. 36, § 2º, del Estatuto de la CIJ, así redactado: “Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.”

Observese que, según la referida cláusula, el consentimiento de un Estado en ser demandado ante la CIJ solamente será tenido como válido si el otro Estado *también* acepta la misma obligación (en razón del principio de reciprocidad). Para nosotros, y contrariamente, debe el TJU tener jurisdicción contenciosa, en regla, *obligatoria*; apenas en casos excepcionales es que podría ser *facultativa* la jurisdicción contenciosa de la corte, a diferencia de lo que ocurre en la sistemática usual del derecho internacional relativamente a varios tribunales internacionales existentes.

La jurisdicción contenciosa obligatoria del Tribunal, como regla, es la facultativa, como excepción, tendría el mérito de uniformizar en el bloque, ab initio, la aplicación del Derecho Comunitario vigente. Esto fomentaría aún la formación de “precedentes obligatorios” a los Estados a la luz de ese mismo Derecho Comunitario, relativamente para la interpretación que le daría el tribunal.

Verifiquemos, por consiguiente, como sería la jurisdicción contenciosa obligatoria del TJU y cuales las (eventuales) excepciones posibles de reconocimiento.

A – Reconocimiento *ipso facto* de la jurisdicción contenciosa del Tribunal

En el caso de Unasur, se propone que la jurisdicción del TJU sea reconocida *ipso facto* por los Estados a partir de la ratificación del Protocolo creador del Tribunal. Así, la jurisdicción contenciosa del Tribunal sería la *regla*, no la excepción. Una vez ratificado el Protocolo fundador del TJU, el Estado en causa ya aceptaría *ex nunc* la competencia contenciosa de la corte para todos los casos en que sea parte. El Protocolo tratado-fundação da Unasul, por medio del cual será constituido el TJU, deberá prever esa sistemática, excepcionando la regla general de

la “cláusula Raul Fernandes” existente en los estatutos de varios tribunales internacionales conocidos, inclusive de los tribunales regionales de derechos humanos.

El que aquí defendemos (en esta reflexión preliminar sobre el tema) es que la jurisdicción obligatoria del TJU sea la regla, no la excepción. Habiendo dudas sobre la competencia de la Corte para el juzgamiento de determinada cuestión, debe la *propia Corte* decidir acerca de su competencia, tal como existe en la sistemática de otros tribunales internacionales (v.g. la CIJ, CCJ etc.).⁶⁶ Sin embargo, no se descarta que haya excepciones a esa jurisdicción contenciosa automática, tal como se verá enseguida.

B – Excepciones a la jurisdicción contenciosa automática

EL art. 22, *a*, del Estatuto de la CCJ (1992) excepciona de la jurisdicción contenciosa automática de aquel tribunal “las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas”. Tales materias podrían también, en el ámbito del TJU, ser exceptuadas por el Protocolo fundador. Así, apenas con la aceptación de *ambas* partes involucradas en la controversia es que podría el TJU juzgar una cuestión fronteriza, territorial o marítima entre Estados suramericanos.

También, cuestiones militares y de seguridad nacional deberían ser exceptuadas de la jurisdicción del TJU, aún que haya acuerdo de cooperación militar entre los Estados en causa, al que deberían ese tipo de contiendas ser reueltas por vía diplomática, a menos que las partes manifestasen expresa e inequívocamente su intención de ver la cuestión resuelta por el tribunal.

En suma, como excepción a la jurisdicción contenciosa obligatoria (automática) del TJU habría casos excepcionales – tanto los aquí citados, como los que se entiendan necesarios futuramente – en que la jurisdicción contenciosa del tribunal sería condicionada a la aceptación de los Estados Parte. Esa jurisdicción no automática, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los tribunales internacionales existentes, sería *excepción* en el sistema de justicia suramericano, no la regla.

Conclusión

⁶⁶ De ahí se dice que los órganos judiciales en general (jueces y tribunales internos, tribunales internacionales etc.) tienen *competencia de la competencia* (*kompetenz-kompetenz*), por el hecho de poder juzgar su propia competencia; o sea, por más incompetente que pueda ser el tribunal, tiene él la competencia para decidir se es o no competente para el juzgamiento de la causa. El principio de la *competencia de la competencia* goza de legitimidad internacional, habiendo sido consagrado por la CIJ. Sobre el tema en la CIJ, v. *Caso Nottebohm* (Liechtenstein Vs. Guatemala), *ICJ Reports* (1953), p. 119.

El estudio que se acaba de realizar es inicial y, evidentemente, incompleto en lo que se refiere a la propuesta de creación de un (futuro) *Tribunal de Justicia* para la Unión de las Naciones Suramericanas. Como no podía dejar de ser, muchas otras cuestiones (se espera) surgirán en adelante en lo que respecta principalmente a la *forma, estructura y competencia* de esa Corte de Justicia que se pretende para Unasur. Así, sería Bueno que quedara claro que este estudio preliminar debe ser comprendido como una pequeña semilla que, lanzada a la tierra, podrá generar buenos frutos en caso de ser bien germinada. La cosecha esperada es que los Estados suramericanos puedan sensibilizarse de la necesidad de creación de un Tribunal de Justicia para Unasur, y que se sienten en la mesa de negociaciones para celebrar un *Protocolo* adicional al tratado fundador de la Organización para esa específica finalidad.

Se cree que la institucionalización de un Tribunal de Justicia para la Unasur – en los moldes del TJUE y de la CCJ – es la opción más sensata enfocada en la resolución de las cuestiones jurídicas ya existentes entre los vecinos de América del Sur, especialmente para las hipótesis en que los Estados del bloque no tiene cualquier opción de recursos a una instancia internacional decisoria. Contudo, no se está proponiendo aquí que el TJU sea una “copia” o “imitación” pura y simple de aquellos dos tribunales internacionales referidos, pero apenas que, en base de una estructura semejante de aquellos tribunales se construya una nueva corte con características propias y dotada de una competencia que atienda a los anhelos de la región suramericana, el que podrá modificarse en el futuro (como es normal que ocurra con instituciones recién creadas). En otras palabras, no se pretende “importar” un modelo europeo (o centroamericano) y aplicarlo sin cualquier reflexión en nuestro entorno geográfico, sino apenas *tener como base* instituciones ya creadas y que ya funcionan, inclusive sus problemas, que, conociendolos, se podrá avanzar en la creación de un modelo de justicia más conformado y mejor diseñado institucionalmente para América del Sur.

Con voluntad política y engajamento de sus actores, es posible que no este lejos el inicio de las negociaciones de un *Protocolo* adicional al Tratado Constitutivo de la Unasur, con vistas a la creación de un Tribunal de Justicia con jurisdicción supranacional sobre los doce Estados-miembros. Resta saber, atendidas las particularidades y las costumbres de los países de América del Sur, como se dará la composición del Tribunal, como serán sus reglas de funcionamiento, que órganos o entidades tendrán legitimidad procesal activa ante la corte, cuales reglas de cumplimiento de las decisiones, entre tantas cuestiones relevantes. Por el momento, como diría Kipling, eso es otra historia.

Referencias

ALEIXO, José Carlos Brandi. Mercado comum centro-americano. *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, nº 8, Brasília, jan./mar./1994, p. 111-130.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMQVIST, Jessica & ESPOSITO, Carlos (eds.). *The role of courts in transitional justice: voices from Latin American and Spain*. New York, Routledge, 2012.

AMARAL, Diogo Freitas do & PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista de Direito Público*, nº 1, Lisboa, jan./jun./2009, p. 9-56.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: CEDIN, 2005.

BUERGENTHAL, Thomas (et all.). *Manual de derecho internacional público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (coord.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 162-176.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARDUCCI, Michele. La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi. In: CARDUCCI, Michele & RIBERI, Pablo (orgs.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 5-58.

DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz. *Mercosur, integración y derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. A adesão da Venezuela ao Mercosul e a suspensão do Paraguai: considerações sobre um “pragmatismo” político burlesco. *Pontes: informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável em língua portuguesa*, vol. 8, nº 5, ago./2012, p. 4-6.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso. *Anuario del CIJS*, vol. XI (2008), p. 337-350.

DUARTE, Maria Luísa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 735-760.

_____. *União Europeia e direitos fundamentais (no espaço da internormatividade)*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2006.

_____. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.

FAGUNDES CUNHA, J. S. & GUERRA, Gustavo Rabay. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, nº 12, Lisboa (2013), p. 13.613-13.630.

FASSBENDER, Bardo & PETERS, Anne (eds.). *The Oxford handbook of the history of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Max. La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (análisis de la demanda contra el Estado de Costa Rica). *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, nº 1, San José (Costa Rica), Julio-Diciembre 2010, p. 308-337.

GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio. El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia. In: CARDUCCI, Michele & RIBERI, Pablo (orgs.). *La dinamica dele integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 64-78.

GUTIÉRREZ, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. San José: Juricentro, 1978.

KERSFFELD, Daniel. El papel de la Unasur ante los conflictos internacionales: dos estudios de caso. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LVIII, nº 218, mayo-agosto/2013, p. 193-208.

LAFER, Celso. A ilegalidade da incorporação da Venezuela. *Jornal Folha de S.Paulo*, de 04.07.2012, Caderno Opinião, p. A3.

LEÓN GÓMEZ, Adolfo. *La Corte de Managua: defensa de su institucionalidad*. Managua: CCJ, 1997.

_____. *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia: resoluciones, precedentes, votos disidentes*, vol. 1. Managua: Universidad Centroamericana, 2002.

LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012, p. 119-128.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *O Tratado de Lisboa*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZA, Emilio. *La Corte de Justicia Centroamericana: comentarios*. San Salvador: Organización de Estados Centroamericanos, 1966.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: CARDUCCI, Michele & RIBERI, Pablo (orgs.). *La dinamica dele integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 133-161.

MIRANDA, Haideer, El reconocimiento del derecho comunitario en la jurisprudencia de la Sala Constitucional: límites a su supremacía. *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, nº 1, San José (Costa Rica), jul./dez./2010, p. 338-361.

MONTOYA, Ariel. *Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia: conflicto entre poderes del Estado de Nicaragua*. Managua: Esquipulas Zona Editorial, 2005.

NYMAN-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005.

O'KEEFE, Thomas Andrew. *Latin american and caribbean: trade agreements (keys to a prosperous Community of Americas)*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

PERALTA, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*. Managua: CCJ, 2011.

SCOTTI, Luciana B. La Unión de Naciones Suramericanas: una joven expresión de integración regional en América del Sur. In: NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la integración: evolución jurídico-institucional* (Parte II América-África). Buenos Aires: B de F, 2012, p. 105-134.

VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011.

Recebido em 09 de julho de 2014

Aceito em 17 de julho de 2014

