



EDITORIAL SAN GREGORIO S.A.

Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 – Junio 2019)

**Propiedad intelectual, libre competencia,
comercio internacional,
derecho tributario, telecomunicaciones,
transporte y minería ilegal**

Hugo R. Gómez Apac

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Derecho

Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 – Junio 2019). Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal*, primera edición, Editorial San Gregorio S.A. – Universidad San Gregorio de Portoviejo, Quito, 2019.

Primera edición: Quito, Setiembre 2019

Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial de este libro, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo, su traducción, incorporación a un sistema informático, su locación, su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por reprografía (fotocopia, facsímil, fotografía, escaneado y otros), por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y escrito de los titulares del copyright.

© Hugo R. Gómez Apac

© Karla Margot Rodríguez Noblejas

Entidad Rectora: Universidad San Gregorio de Portoviejo

Editorial San Gregorio S.A.

ISBN 978-9942-795-13-7

Impreso por Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda.

Cantidad de ejemplares: 500

Avenida Metropolitana N° 2005 y Avenida Olímpica. Portoviejo

Teléfonos: (593 5) 2935002, Extensión: 1049

Código Postal: 130105

E-mail: editorial@sangregorio.edu.ec

PRÓLOGO

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO, EL JUEZ COMO CREADOR DE DERECHO

Hugo R. Gómez Apac

Presidente del

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Fuentes del derecho son todas las causas generadoras de normas jurídicas, aquellas causas que como manantiales hacen brotar normas jurídicas. Aníbal Torres lo explica señalando que las fuentes del derecho son los hechos jurídicos por los cuales, en virtud del ordenamiento jurídico, se crean, modifican o extinguen normas jurídicas válidas¹. Son fuentes del derecho la legislación, los actos administrativos, los principios generales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia y la autonomía privada. Todas estas fuerzas creadoras del derecho.

Las normas jurídicas pueden ser escritas o no escritas, de ámbito general o de alcance particular. La legislación (siendo la ley su expresión más emblemática) está compuesta de normas jurídicas escritas de alcance general, mientras que la costumbre está integrada por normas jurídicas no escritas de alcance general. Ejemplos de norma jurídica escrita de alcance particular son el acto administrativo, la parte resolutive de una sentencia o un contrato escrito. Una norma jurídica de alcance particular no escrita es un contrato verbal. La legislación, la jurisprudencia y los actos administrativos son producidos por una autoridad en ejercicio de una potestad pública. Los principios generales del derecho provienen del

¹ Aníbal Torres Vásquez, *Introducción al Derecho - Teoría General del Derecho* (Prólogo de Francisco Fernández Segado), Palestra Editores, Lima, p. 500.

derecho natural². La costumbre nace a partir del comportamiento colectivo y reiterado. Los negocios jurídicos, como es el caso del contrato, el matrimonio o un testamento, emergen de la voluntad individual de las personas.

La legislación³ (la ley en sentido material, o derecho positivo) comprende la Constitución, los tratados internacionales, las leyes en sentido formal (o en sentido estricto, como son las leyes orgánicas y ordinarias), las normas con rango de ley (v.g. en Perú tienen esta condición los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las resoluciones legislativas y las ordenanzas regionales y municipales) y los reglamentos administrativos (aprobados por decretos supremos o decretos ejecutivos y resoluciones de inferior jerarquía). También son fuente de derecho los actos administrativos que la administración pública emite en cumplimiento de la legislación. Otras fuentes del derecho son la costumbre, los principios generales, la jurisprudencia y la autonomía privada, esta última generadora de contratos, acuerdos societarios o asociativos, matrimonios, testamentos, legados y poderes de representación. Centrémonos en la jurisprudencia.

Según Farith Simon, el término jurisprudencia puede tener alguno de los siguientes sentidos: (i) conjunto de *consideraciones y criterios* realizados por los jueces y tribunales en sus fallos, también conocida como *doctrina judicial*; (ii) “normas jurídicas” emanadas de las sentencias de ciertos tribunales de justicia de alto nivel (cortes constitucionales, cortes supremas), conocida en algunos países como

² Hay una tendencia a positivizar los principios generales del derecho, en el sentido de incluirlos de manera expresa en la legislación. Así, los Códigos (civiles, penales, procesales, etc.) incorporan en sus Títulos Preliminares los principios jurídicos que guían a las normas y disposiciones contenidas en dichos cuerpos legales.

³ Para una mejor comprensión de lo que significa “legislación” se sugiere consultar, en Perú a: Marcial Rubio Correa, *El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho*, Novena edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 114-147; en Ecuador a: Farith Simon Campaña, *Introducción al Estudio del Derecho*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito – Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2018, pp. 54-79; y en Chile a: Agustín Squella Narducci, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 221-252.

líneas jurisprudenciales [y que tienen carácter vinculante o fuerza obligatoria]; y, (iii) *principios* que surgen de los fallos uniformes de los tribunales de justicia, es decir, de las *consideraciones* concordantes emitidas por esos tribunales en los casos o asuntos similares sometidos a su conocimiento.⁴

En palabras de Marco Monroy, la jurisprudencia constituye una fuente formal del derecho en la medida que constituye un conjunto de normas jurídicas emanadas de los jueces⁵. Bernd Rüterthers precisa que el derecho de los jueces se configura mediante todo el conjunto de normas de decisión (criterios de valoración) que, sin la presencia de un acto valorativo y creador de un mandamiento, por parte del juez, no podrían obtenerse simplemente de la ley⁶. Como bien sostiene Agustín Squella, si bien los jueces están llamados a aplicar el derecho previamente establecido por el legislador (la legislación), también producen un nuevo derecho (normas jurídicas) por medio de las sentencias que dictan; esto es, *aplican* las normas abstractas y generales de la legislación y costumbre y, al mismo tiempo, *producen* las normas concretas y singulares que vienen a resolver los asuntos sometidos a su competencia; y es que cada vez que un juez, en aplicación de las normas legales que regulan un caso, adopta en su sentencia una determinada decisión [o adopta un criterio jurídico interpretativo], está introduciendo una norma jurídica individual que estatuye alguna consecuencia jurídica bien específica para determinados individuos, norma individual que, como tal, no existía antes de la sentencia y que es distinta de las normas generales de la ley que condujeron a su establecimiento⁷.

Con relación a su vinculación con la legislación, Julio Cueto nos explica que las sentencias de los jueces cumplen tres funciones de capital importancia: (i) suministran un contenido más específico a

⁴ Farith Simon Campaña, Op. Cit., p. 81.

⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, Decimosexta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2015, p. 267.

⁶ Bernd Rüterthers, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2018, p. 115.

⁷ Agustín Squella Narducci, Op. Cit., pp. 267-268.

los conceptos generales de la norma legislativa; (ii) definen el ámbito recíproco de aplicación de las diversas normas vigentes; y, (iii) adecúan la norma legislativa general a las peculiaridades de los casos concretos⁸. A estas tres funciones habría que agregar la muy importante tarea de integrar la legislación en caso de vacíos o deficiencias de las normas del derecho positivo. Como se sabe, la autoridad jurisdiccional no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, el juez debe integrar la norma positiva (primero, mediante la analogía, de ser aplicable; en defecto de esta, a través de los principios generales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia de otros jueces y la doctrina jurídica; y, en defecto de estos métodos de integración normativa, utilizando como último recurso su propio leal saber y entender) para que ella aparezca perfecta en la solución de la controversia.

Siguiendo la línea argumentativa de Marco Monroy cabe mencionar que el juez, como órgano de la actividad jurisdiccional del Estado, desempeña su función de administrar justicia aplicando la norma jurídica al caso concreto; interpretando el sentido, alcance y finalidad de la norma que aplica; e integrando el orden jurídico cuando encuentre una laguna o vacío de la ley, para lo cual deberá tener en cuenta los métodos de integración normativa⁹. Pero la tarea consistente en crear derecho no se limita al supuesto de vacío o deficiencia de la norma positiva (o legislación). Cuando hay una laguna o deficiencia en la norma positiva es más clara, evidente y necesaria la creación de una norma (el criterio jurisprudencial) por el juez¹⁰ que permita la solución del caso concreto, pero no es el único supuesto; en cualquier otro escenario, haya o no vacío o deficiencia en la legislación, podemos apreciar con mayor o menor intensidad la construcción jurídica que realiza el órgano

⁸ Julio Cueto Rua, *Fuentes del Derecho* (Prólogo de Juan Francisco Linares), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 151.

⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Op. Cit.*, p. 269.

¹⁰ Bernd Rüthers explica, en lo referido a la competencia judicial para integrar el derecho y con ello para colmar las lagunas, que la tarea de los tribunales es elaborar una regla judicial de alcance general para un grupo de casos; es decir, que los jueces crean, para esos grupos de casos, una norma jurídica nueva y generalmente válida. (Bernd Rüthers, *Op. Cit.*, pp. 420-421).

jurisdiccional a través de la interpretación de la norma positiva. Por tanto, estemos o no frente a un caso difícil por existir un vacío¹¹ o

¹¹ Hart sostiene que los jueces detentan cierta discrecionalidad al momento de resolver los casos difíciles, que son precisamente aquellos en los que el derecho positivo se presenta como parcialmente indeterminado o incompleto. Lo que Hart llama “aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley” es lo que entenderíamos como vacíos o lagunas normativas. En efecto, Hart sostiene que:

“El conflicto directo más radical entre la teoría del Derecho expuesta en este libro y la de Dworkin surge de mi afirmación según la cual, en cualquier sistema jurídico, habrá siempre algunos casos que no están reglamentados por la ley en los que en algún momento la decisión a favor o en contra no está dictada por el Derecho [positivo] y, por consiguiente, éste es parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez ha de llegar a una decisión y no, como lo sostuvo alguna vez Bentham, negar su jurisdicción o referir los aspectos no reglamentados por el Derecho existente a la legislatura para que decida sobre ellos, el juez debe ejercer su ‘discrecionalidad’ y ‘legislar’ para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes y aplica el Derecho establecido que le confiere sus poderes legislativos y a la vez los limita.

(...)

Es importante señalar que la facultad de creación de Derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados por el Derecho es diferente de una legislatura: no sólo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que ‘limitan’ sus ‘opciones’ de los que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces ‘intersticiales’ y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas. No obstante, habrá puntos en los cuales el Derecho establecido no determina una decisión como correcta, y para decidir aquellos casos en los que tal cosa sucede, el juez debe ejercer la facultad de crear el Derecho. Sin embargo, no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el Derecho [positivo] y que pueden diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a análogos casos difíciles.”

H.L.A. Hart, *Postscriptum*, en H.L.A Hart y Ronald Dworkin, *La decisión judicial* (Estudio preliminar de César Rodríguez), Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pp. 135-137.

deficiencia de la norma, siempre es posible la creación de Derecho por obra de la interpretación jurídica a cargo del juez.

Como afirma Riccardo Guastini, la actividad de construcción jurídica propia de la jurisprudencia incluye una vasta serie de operaciones cognitivas que pueden consistir en crear lagunas axiológicas, elaborar normas no expresadas (*reglas o principios*) que se asumen implícitas [en la ley o norma de la legislación que se va a aplicar en el proceso judicial], superar la deficiencia legislativa o llenar los vacíos o lagunas, concretar *principios*, crear jerarquías axiológicas (o valorativas) entre normas, ponderar entre principios [o bienes jurídicos] en conflicto, dar solución a las antinomias, entre otras.¹² Es claro que el juez no es un mero aplicador de la ley (no solo es “la boca de la ley”). Es un arquitecto que crea criterios jurisprudenciales motivado por el sentido de lograr paz, justicia y equidad.

¿Pero cómo opera exactamente esa función creadora de derecho? De diversas formas. En unas, de la norma general se extraen normas particulares (método deductivo); en otras, de dos o más normas particulares se construye una norma general (método inductivo). Alf

César Rodríguez explica de la siguiente forma la posición de Hart:

“...Para Hart, cuando existe más de una posibilidad de solución, el juez tiene ‘discrecionalidad’ para escoger una de ellas (...) Este poder discrecional es semejante al que ejercen las autoridades administrativas cuando reglamentan una ley que establece sólo parámetros generales —leyes ‘marco’—. Las normas no sugieren al juez un resultado determinado, porque no existe una única regla o principio relevante para el caso o porque la regla existente es vaga; por tanto, el juez —que no puede negarse a decidir argumentando incertidumbre— no descubre la solución en el derecho [positivo] vigente, sino que la ‘crea’. El juez define ex post facto los derechos y deberes que tienen las partes involucradas en el litigio...”

César Rodríguez, *Teoría del derecho y decisión judicial – En torno al debate entre H.L.A Hart y R. Dworkin*, en H.L.A Hart y Ronald Dworkin, *La decisión judicial* (Estudio preliminar de César Rodríguez), Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 71.

¹² Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Traducción de Silvina Álvarez Medina), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 49.

Ross alude a dos modalidades de manifestación de la creación del derecho por parte de los jueces; la primera, sostenida por la jurisprudencia normativista en clave lógico-deductiva, según la cual el juez (la instancia infraordenada) solo puede ser creador del derecho¹³ *dentro* del marco abstracto establecido por la ley (la instancia supraordenada); y la segunda, que existe la posibilidad de que el juez cree también derecho *fuera* del marco abstracto establecido por la ley, caso en el cual se está ante un derecho inductivo surgido por vía de presuposición y directamente referido al sistema¹⁴.

La riqueza y complejidad del derecho, y el hecho de que este está construido sobre conceptos menos rígidos (o más flexibles) que pueden ser enfocados desde diversas perspectivas, permite que el juez pueda crear derecho combinando diversas metodologías. Para la resolución de un caso complejo el juez podría obtener criterios jurisprudenciales (normas jurídicas) utilizando tanto el método deductivo como el inductivo.

En esta oportunidad nos vamos a centrar en dos formas especiales de creación del derecho a través de la jurisprudencia. Una primera, en la que el juez extrae, arranca o desentraña una o más normas jurisprudenciales (denominadas en este prólogo indistintamente como *criterios, consideraciones, reglas, conceptos, instituciones o principios*) de la norma positiva. Las normas o criterios jurisprudenciales están en el vientre de la norma positiva. No se ven a simple vista, pero están allí, contenidas implícitamente¹⁵ en el texto

¹³ Cuando la sentencia rellena materialmente una delegación en blanco contenida en la ley.

¹⁴ Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho – Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas* (Traducción del alemán, notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 400-401.

¹⁵ Como menciona Ronald Dworkin, se trata de que los jueces interpreten las normas para hallar normas implícitas entre y debajo de las explícitas (Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia – De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Editorial Gedisa Editorial S.A., Barcelona, 1988, p. 159).

de la norma positiva, y como una partera que saca al niño del útero el juez utiliza la interpretación jurídica para extraer de la matriz de la norma positiva el criterio o criterios jurídicos (o jurisprudenciales). El proceso no termina allí, el mismo juez u otro (en un siguiente proceso judicial) puede a su vez arrancar nuevos *criterios, consideraciones, reglas, conceptos, instituciones o principios* de las normas jurisprudenciales previamente extraídas. Es una ramificación de criterios jurídicos, unos contenidos en otros y todos ellos desentrañados a partir de la matriz que es el texto de la norma positiva. En estos casos más que una creación hay un descubrimiento. El juez descubre algo que, si bien no se veía de modo expreso en el texto de la norma positiva, estaba allí. Veamos el siguiente ejemplo hipotético (y polémico). La norma constitucional establece: *“El derecho de propiedad es inviolable. La expropiación solo procede si la ley lo autoriza y previo pago de la indemnización justipreciada”*. Por vía interpretativa extensiva el juez puede considerar que “derecho de propiedad” no solo significa el derecho real de propiedad, sino también otros derechos reales, el derecho de crédito y cualquier tipo de titularidad. Por tanto, y este sería el criterio jurídico, estarían protegidos constitucionalmente los ahorros, las pensiones, las concesiones, las licencias, las autorizaciones, etc. Un segundo criterio jurídico podría ser el considerar que la expropiación puede ser total o parcial, de modo que la protección constitucional abarcaría también los supuestos en los que, si bien no se pierde todo el derecho de propiedad, sí se pierden algunos de sus atributos. Así, sería expropiación la disposición legal que cambia los parámetros de zonificación que impide que en tu terreno puedas construir más de tres pisos, o aquella que declara que el inmueble de tu propiedad no puede ser alterado debido a que constituye patrimonio cultural de la nación. Y como el criterio sobre lo que significa propiedad se extiende a las licencias y autorizaciones, también sería expropiación la disposición legal que revoca de manera injustificada la autorización de funcionamiento de una empresa que presta el servicio de transporte terrestre de pasajeros. En lo referido a los ahorros, sería expropiación que el gobierno congele los depósitos de los ciudadanos, limite los retiros que pueden hacer o que provoque una devaluación que haga disminuir su valor adquisitivo. Como puede apreciarse, se han extraído una serie de reglas o consideraciones del texto de la norma

positiva. Por vía de interpretación, el juez reconoce —en el ejemplo que se viene dando— que la figura de la “expropiación regulatoria” —para mayor beneficio de todas las personas naturales y jurídicas— se encuentra contenida de manera implícita en la acotada disposición constitucional.

La segunda forma de creación de derecho a través de la jurisprudencia constituye un proceso que crea una norma jurídica donde antes no la había. El juez analiza una o más normas jurídicas del derecho positivo y a partir de ellas crea una nueva norma (un criterio jurídico o jurisprudencial). En este caso, los *criterios, consideraciones, reglas, conceptos, instituciones o principios* no son extraídos de una norma positiva en particular, sino que, a la luz de varias normas positivas, de diferente o igual jerarquía, el juez construye una norma nueva que tiene una regla jurídica diferente a las anteriores. La norma construida tiene un contenido distinto o relativamente distinto al que tienen las normas que le dieron origen. La norma obtenida coge de ellas algunas de sus particularidades y la suma de tales particularidades crea una criatura diferente. Veamos el siguiente ejemplo hipotético (y mucho más polémico). El código civil de un país establece que: “*El matrimonio es la unión voluntaria entre un varón y una mujer con la finalidad de hacer vida en común.*” La constitución política de ese país preceptúa lo siguiente: “*Nadie puede ser discriminado por motivo de sexo*”. Un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por dicho país estipula que: “*Nadie puede ser discriminado por razón de su sexo u orientación sexual.*” En este ejemplo hipotético¹⁶ hay tres normas del derecho positivo. La de menor jerarquía define al matrimonio como la unión entre varón y mujer. La norma constitucional preceptúa que nadie puede ser discriminado por motivo de su sexo; y el tratado internacional, que vincula al país y a sus autoridades legislativas, administrativas y jurisdiccionales, garantiza a toda persona el derecho a no ser discriminada por su orientación sexual,

¹⁶ Es un ejemplo hipotético elaborado para facilitar la comprensión de la forma de creación de Derecho a través de la jurisprudencia en el que el juez, por vía interpretativa, crea una norma jurídica donde antes no la había. Si quisiéramos aterrizar en la realidad jurídica de cualquiera de los países miembros de la Comunidad Andina, tendríamos que tener presente la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17 de fecha 24 de noviembre de 2017.

un concepto que va más allá del sexo biológico. Sobre el análisis conjunto (interpretación sistemática) de estas tres normas, un juez constitucional podría efectuar el siguiente razonamiento. Ninguna persona puede ser discriminada (lo dice la Constitución), lo que incluye la discriminación por motivo de sexo (texto expreso de la Constitución) y orientación sexual (en aplicación del tratado internacional). ¿La homosexualidad es una orientación sexual? Sí. ¿Es discriminatorio que solo puedan contraer matrimonio los heterosexuales? Sí, pues discrimina a dos personas homosexuales que desean contraer matrimonio. El juez podría concluir su análisis estableciendo como criterio jurídico la siguiente norma: “*El matrimonio es la unión voluntaria entre dos personas con la finalidad de hacer vida en común.*” Esta norma creada por el juez tiene un contenido diferente a las tres normas que le sirvieron de sustento. Utiliza la norma del tratado internacional para ampliar el contenido de la norma constitucional y este mayor alcance lo introduce en la disposición del código civil, estableciendo una nueva definición del matrimonio.

Aparte de los métodos de interpretación reconocidos por la teoría general del derecho (el literal, el histórico, el sistemático, el teleológico, el de la *ratio legis*, el sociológico, etc.), ¿qué otros factores influyen en la decisión del juez? Marco Monroy nos brinda la siguiente respuesta:

“...Al juez le corresponderá determinar qué sentido, qué alcance y qué efectos concretos va a producir esa norma abstracta para el caso que se le ha planteado a su decisión, para lo cual deberá tener en cuenta la vida, los factores de su realidad social, la funcionalidad de los derechos y, en fin, todo aquello que pueda hacer que su pronunciamiento sea no solo jurídico sino también justo. Esta nueva tendencia es lo que se ha denominado la lógica de lo humano, la lógica de lo razonable, para diferenciarla de la lógica de lo racional. El moderno derecho no acepta el fetichismo legalista ni la jurisprudencia conceptualista para, en su lugar, sustituirla por la razón vital, la razón histórica, el logos humano, sin que esto signifique que no se deba obedecer el orden jurídico, sino, por el contrario, una actuación no mecánica sino dinámica para interpretarlo, buscando la verdad real y la justicia en cada caso. Es la función creadora del juez. Las normas individualizadas en la

sentencia o en el acto administrativo, tienen componentes que no se encuentran en las normas abstractas y generales. Estos ingredientes son aportados y creados por el juez. El juez no es una máquina para dictar sentencias aplicando rigurosamente silogismos jurídicos, sino que debe crear normas y buscar soluciones justas. Es lógico que la función creadora se entienda mejor en los casos difíciles, sea porque no existe norma o porque hay dos o más normas y la elección depende del criterio del juez, o porque la ley es oscura, etc...”¹⁷

Jurisprudencia en sentido amplio son las sentencias y demás providencias judiciales (v.g. autos que rechazan demandas, que resuelven excepciones o incidentes o que anulan actos procesales); en sentido restringido, los criterios jurídicos interpretativos —de la legislación— con carácter vinculante. La jurisprudencia es fuente de normas jurídicas de alcance general y de alcance particular. De alcance general cuando el juez o tribunal establece criterios jurídicos interpretativos de la legislación con carácter vinculante, lo que ocurre con los precedentes de observancia obligatoria establecidos por las cortes o tribunales constitucionales y por las cortes supremas o nacionales, así como las sentencias casatorias. De alcance particular es la parte resolutive de la sentencia que vincula a las partes demandante y demandada. Los criterios jurídicos interpretativos de la legislación que no tienen carácter vinculante pero que pueden ser utilizados en futuros casos por otros jueces constituyen un método de integración normativa.

La jurisprudencia así descrita debe brindar seguridad jurídica, concreción y racionalidad. Parfraseando a Ricardo Gil, la jurisprudencia debe proveer seguridad jurídica en el sentido de que casos similares deben resolverse de manera análoga y así concretar el principio de igualdad y, además, permitir que las personas conozcan con antelación cómo incardinar sus comportamientos en sociedad; también debe brindar concreción, pues a través de la creación de sub-reglas se concretan principios jurídicos contenidos en la “ley”¹⁸, en la medida que se fijan los márgenes y condiciones de aplicación; y, finalmente, debe sustentar la racionalidad del sistema judicial y administrativo, por cuanto con estas decisiones se

¹⁷ Marco Gerardo Monroy Cabra, Op. Cit., p. 271.

¹⁸ El autor citado se refiere al “texto constitucional”.

evita reiterar debates jurídicos que ya se efectuaron y resolvieron en anteriores oportunidades. Agrega el autor mencionado que las decisiones judiciales deben garantizar que la aplicación e interpretación de las normas se realice de manera estable, uniforme y consistente¹⁹.

El libro que se prologa recopila los criterios jurídicos (*conceptos, reglas jurídicas, consideraciones, instituciones, principios*) desarrollados por la jurisprudencia²⁰ del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) a través de la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino durante el periodo comprendido entre junio de 2016 y junio de 2019. Tales criterios pueden consistir en la definición de conceptos, instituciones o reglas jurídicas, así como en la explicación de la naturaleza, particularidades y alcances de tales conceptos, instituciones o reglas jurídicas. Dichos criterios constituyen normas jurisprudenciales que se desprenden de la norma andina (derecho positivo) y en su calidad de criterios jurisprudenciales se convierten en una extensión de la referida norma, por lo que tanto el texto de la norma andina como el criterio jurídico extraído de ella a través del proceso interpretativo forman parte del derecho andino a efectos de su aplicación concreta por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los países miembros de la Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

La jurisprudencia a que se refiere el párrafo anterior puede consistir en Interpretaciones Prejudiciales, que es el instrumento procesal idóneo para extraer criterios jurídicos de alcance general de la norma andina a través de los métodos de interpretación conocidos por la Teoría General del Derecho; o Sentencias y Autos emitidos en procesos judiciales como la Acción de Nulidad, la Acción de Incumplimiento y el Recurso por Omisión²¹. Y es que puede ocurrir,

¹⁹ Ricardo A. Gil Barrera, *El ordenamiento jurídico*, en AA.VV (Francisco Valderrama Bedoya, Coordinador académico), *Teoría del Derecho*, Sello Editorial de la Universidad de Medellín, Medellín, 2015, p. 251.

²⁰ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

²¹ Otros procesos judiciales de conocimiento del TJCA son las demandas laborales y arbitrales.

a modo de ejemplo en lo que concierne a los Autos, que mediante un Auto por el que se admite a trámite una demanda, se rechaza una demanda por improcedente, se resuelve una excepción o se anula un acto procesal, el TJCA establezca criterios jurídicos sobre su competencia o sobre la naturaleza y alcances de las acciones judiciales materia de su competencia. En el caso de las Sentencias la generación de criterios jurídicos resulta consustancial, pues para resolver las controversias el Tribunal necesita aplicar la norma andina y para aplicarla primero debe comprenderla, entenderla, encontrar su *ratio legis*, su finalidad, lo que implica inevitablemente una labor interpretativa. Por tanto, los criterios jurídicos (o criterios jurisprudenciales) se encuentran no solo en las Interpretaciones Prejudiciales, sino también en las Sentencias y los Autos emitidos en los procesos de acción de nulidad, acción de incumplimiento y recursos por omisión.

Este libro recoge los criterios jurídicos que fueron propuestos por el Despacho de la Magistratura del Perú como ponente de una providencia judicial y también aquellos que fueron propuestos por otras magistraturas y que se encuentran relacionados con los anteriores. Es por ello que a nota a pie de página de cada sección se identifica al magistrado ponente de la providencia judicial correspondiente. Tanto en los casos en los que se ha consignado un criterio jurídico propuesto por la Magistratura del Perú como en los que se ha seleccionado un criterio propuesto por otra magistratura, el resultado final lleva las correcciones y mejoras sugeridas por todos los magistrados durante el proceso de elaboración de la ponencia, así como los aportes fruto del debate en la sesión judicial respectiva. Por ello es acertado afirmar que al final el autor de la providencia judicial, y por tanto el autor del criterio jurídico, es el TJCA como ente colegiado. Magistrados que provienen de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina aportan en la discusión sus propias perspectivas y entendimiento de las instituciones jurídicas involucradas, lo que nutre el coloquio sostenido y enriquece el contenido de la providencia judicial, independientemente de la existencia, que puede haber, de votos salvados (también llamados disidentes) o recurrentes (también denominados singulares o aclaratorios).

El libro está estructurado sobre la base de los ámbitos temáticos en los que se ha tenido la oportunidad de crear uno o más criterios jurisprudenciales. Estos criterios jurídicos interpretan las disposiciones contenidas en los regímenes jurídicos comunes que se aplican en los cuatro países miembros de la Comunidad Andina. El capítulo I, el más extenso, trata sobre propiedad intelectual, materia que comprende más del 90% de la labor jurisprudencial del TJCA. Dicho capítulo está compuesto a su vez de tres subcapítulos: el primero dedicado al derecho de autor y derechos conexos, el segundo referido a la propiedad industrial y el tercero relacionado con los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales. El capítulo II versa sobre la temática de libre competencia, respecto de la cual en el último año el Tribunal ha tenido la oportunidad de emitir importantes criterios jurisprudenciales. El capítulo III se centra en el comercio internacional y está conformado por cuatro subcapítulos que exponen los criterios jurídicos en materia del programa de liberación, salvaguardias, normas de origen y temas aduaneros. El capítulo IV se refiere al derecho tributario, en específico a los criterios vinculados a la norma andina que busca evitar la doble tributación. El capítulo V contiene los criterios jurisprudenciales relacionados con las normas andinas sobre transporte aéreo, terrestre y acuático. El capítulo VI se enfoca en los criterios sobre la determinación de la autoridad competente para resolver las controversias derivadas de los contratos de interconexión entre operadores de redes de telecomunicaciones. El capítulo VII trata sobre la minería ilegal, un flagelo que azota a los cuatro países miembros de la Comunidad Andina. Al final del libro, en la sección anexos, se consignan dos normas reglamentarias cuya expedición fueron propuestas a iniciativa del Despacho de la Magistratura del Perú: primero, la Nota Informativa que promueve la transparencia y acceso al contenido de las deliberaciones, decisiones jurisdiccionales e información pública del TJCA; y segundo, el Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales.

En cada capítulo los criterios jurídicos han sido colocados con el objeto de mostrar una secuencia que facilite su entendimiento, por lo que no necesariamente siguen un orden cronológico. En un principio se pensó en copiar literalmente el criterio jurídico contenido en la

providencia judicial, para efecto de lo cual hubiera bastado con poner entre comillas y en cursiva el texto citado. Sin embargo, desde el inicio se advirtió la necesidad de efectuar ligeros cambios —meramente formales— sin alterar la esencia del criterio jurídico. Para empezar se han corregido los errores ortográficos detectados. Tratándose de citas de doctrina o jurisprudencia se ha acudido a las fuentes originales y en algunos casos ha sido necesario corregir los textos citados pues se identificaron errores minúsculos. En otros casos los textos han sido editados con el objeto de adaptarlos a la secuencia escogida y para enlazar un criterio con otro. A nota a pie de página de la sumilla de cada sección se individualiza las páginas de la providencia judicial (sentencia, auto o interpretación prejudicial) en las que consta el texto del criterio jurídico, las páginas de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena en las que consta dicho texto y los párrafos de la providencia judicial que han sido corregidos o editados. En consecuencia, lo que tiene el lector en manos es una versión mejorada —sin alterar el criterio jurídico en sí— que permite una lectura secuencial de los criterios jurisprudenciales, en los que se han limado las asperezas del tenor original con el objeto de mostrar un texto pulido: editado y sin errores.

Espero que este libro, en su afán por recopilar determinados criterios jurisprudenciales desarrollados por el TJCA en los últimos tres años respecto de los regímenes jurídicos comunes en materia de propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, transportes, telecomunicaciones y minería ilegal, ofrezca a la colectividad andina un mayor acercamiento a la labor resolutoria del órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, permita apreciar la variedad de temas que son abordados por esta corte internacional y corrija la creencia equivocada de que los textos jurisprudenciales son pétreos o inamovibles. La labor jurisdiccional de los jueces andinos crea Derecho a través de la interpretación de la norma andina y la extracción de nuevos criterios jurídicos o la sustitución de unos por otros.

El derecho andino es como un ser vivo que respira a través de la jurisprudencia del TJCA. La labor interpretativa actualiza el texto del derecho positivo, la adapta a las circunstancias siempre

cambiantes, la concretiza a las nuevas realidades. Y esto ocurre tanto si estamos ante una solicitud de interpretación prejudicial como en la resolución de un conflicto en el que se discute la legalidad de un acto comunitario o el incumplimiento del derecho andino.

En el primer caso, tratándose de la interpretación prejudicial, el Tribunal aprecia los hechos que dan forma a la controversia en el proceso interno y a partir de lo que entiende como tema o temas controvertidos desarrolla los criterios jurisprudenciales de alcance general que orientarán a la autoridad administrativa o jurisdiccional consultante que va a resolver la controversia. El TJCA no se pronuncia sobre los hechos ni resuelve la controversia del proceso interno, lo que le es competente a la autoridad consultante del país miembro, pero conocer los hechos es importante para escoger el criterio jurídico y el alcance de este. En las interpretaciones prejudiciales ocurre una cosa particular. A partir de los hechos se construye una situación hipotética y abstracta, y es respecto de esta situación hipotética y abstracta que el Tribunal despliega su interpretación jurídica. No solo los hechos del proceso interno permiten crear dicha situación hipotética y abstracta, sino también las preguntas de las autoridades consultantes. Si bien estas autoridades no pueden solicitar que la corte andina resuelva la controversia, sí pueden preguntar sobre situaciones hipotéticas y abstractas y cómo la norma andina se aplica a dichas situaciones. Los hechos y las situaciones hipotéticas y abstractas no siempre son los mismos, y hechos y situaciones distintos generan respuestas diferentes, lo que da pie para que la corte andina amplíe o module sus criterios jurisprudenciales con la finalidad de abarcar en su interpretación esos nuevos hechos y situaciones que deben ser resueltos por la norma andina y, claro está, es la interpretación jurídica la herramienta que permite convertir el texto inerte de la norma en ese ser vivo y flexible que resuelve todo tipo de controversias, incluso aquellas que versan sobre hechos o situaciones que nunca fueron imaginadas por el legislador andino.

En el segundo caso, tratándose de las acciones de nulidad e incumplimiento y el recurso por omisión, el abordaje es más directo, pues el Tribunal está autorizado para pronunciarse sobre los hechos planteados por las partes procesales. En estos casos, no hay que

suponer una situación hipotética y abstracta intermedia entre los hechos y la interpretación de la norma, sino que el TJCA analiza la naturaleza, contenido y alcance de una determinada norma andina así como los conceptos, figuras e instituciones jurídicas contenidos en dicha norma para pronunciarse de manera directa sobre los hechos planteados por el demandante y el demandado. El Tribunal Andino aplica el principio *iura novit curia*, el juez conoce el derecho, de modo que no se encuentra limitado ni constreñido por los fundamentos de derecho esgrimidos por las partes demandante y demandada. Más allá de lo sostenido por las partes procesales, corresponde al TJCA determinar cuál es la norma andina aplicable a la controversia y cuál la interpretación correcta de dicha norma.

Hay una retroalimentación entre el hecho controvertido y la labor resolutive de los jueces que crea Derecho a través de la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Funciona más o menos de la siguiente forma. El legislador redacta la norma a partir de uno o más determinados supuestos de hecho (o supuestos fácticos) que están en su cabeza²². Con el tiempo la compleja y cambiante realidad hace brotar “hechos nuevos” que no fueron pensados por el legislador. El abogado litigante hará el esfuerzo de explicar en su alegato de defensa que el hecho nuevo está, o no está—dependiendo del interés de la parte a la que defiende— subsumido en el supuesto fáctico de la norma. Dicho abogado, un profesor universitario u otro jurista especializado en la materia, si está convencido de que el hecho nuevo sí está subsumido en el supuesto fáctico de la norma, escribirá artículos, columnas, opiniones o libros con el fin de sustentar su posición, desarrollando doctrina jurídica nueva. El juez, por su parte, luego de analizar las pruebas y escuchar a ambas partes en el proceso judicial tiene que decidir, ya sea aceptando o rechazando que el hecho nuevo está subsumido en la norma. Para decidirse, no solo tomará en cuenta la doctrina jurídica que ya existía antes de la aparición del hecho nuevo, sino también la doctrina nueva que postula que ese hecho nuevo sí está subsumido en la norma. Asumamos que el juez se decide por reconocer que el hecho nuevo

²² El legislador suele ser un cuerpo colegiado (parlamento, congreso, asamblea) por lo que buscar lo que está en la “cabeza” de este cuerpo colegiado nos lleva a indagar en las actas de las sesiones de debate, en los informes utilizados de insumo, en los textos contenidos en las exposiciones de motivos, etc.

sí está subsumido en la norma. El resultado es un nuevo criterio jurisprudencial y la expresión clara de que la norma está viva, que crece y que ahora tiene un entendimiento mayor. No fue necesario que el legislador modificara el texto de la norma para incorporar dentro de ella el nuevo supuesto fáctico; bastó que el juez —alimentado cognitivamente por el hecho nuevo, la posición de los litigantes y la doctrina jurídica que abordó el impacto del hecho nuevo— estableciera a través de la interpretación jurídica un criterio jurisprudencial que reconoce que el hecho nuevo sí está subsumido en la norma. La norma ha crecido en cuanto a los supuestos de hecho contenidos en ella, no por obra del legislador, sino por virtud de la labor interpretativa del juez.

Espero que esta obra compiladora de criterios jurisprudenciales anime un mayor debate académico sobre las distintas normas y materias de los regímenes jurídicos comunes que conforman el ordenamiento comunitario andino; sea de utilidad para los funcionarios y profesionales que laboran en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en los órganos administrativos —las oficinas nacionales de patentes y marcas, las oficinas de derecho de autor, las autoridades tributarias y aduaneras, etc.— y jurisdiccionales de los cuatro países miembros y en las demás instancias involucradas en el proceso de integración andino (las Cancillerías y los Ministerios de Comercio Exterior); y se convierta en texto de consulta para los abogados y estudiantes de derecho de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Que este libro sirva, además, de homenaje a la Comunidad Andina, que este año ha cumplido medio siglo desde la firma del Acuerdo de Cartagena (el 26 de mayo de 1969), su tratado fundacional, y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que ha cumplido cuarenta años desde la dación de su tratado de creación (el 28 de mayo de 1979). Los cincuenta años del proceso de integración andino debería llevarnos a una mayor reflexión sobre la ventaja de contar con legislación armonizada que dota a los cuatro países miembros de regímenes jurídicos comunes. Reglas y criterios comunes acercan más a los pueblos. Sus autoridades y ciudadanos se encuentran más identificados con problemas, soluciones y metas comunes. Bolivianos, colombianos, ecuatorianos y peruanos

SOBRE ESTE LIBRO

El presente libro recopila los más importantes criterios jurisprudenciales desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el periodo comprendido entre junio de 2016 y junio de 2019 en materia de propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal.



ISBN: 978-9942-795-13-7



EDITORIAL SAN GREGORIO S.A.