

¿Cómo deciden los jueces? A propósito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de propiedad intelectual

Hugo R. Gómez Apac^{1, 2}

¿Cómo deciden los jueces? ¿Qué los motiva a interpretar la norma en un sentido y no en otro? ¿Qué criterios orientan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el TJCA o el Tribunal)?

Voy a descorrer la cortina que cubre el trasfondo de las decisiones judiciales.

Hace catorce años, el juez estadounidense Richard A. Posner escribió el libro *How Judges Think*, «Cómo deciden los jueces», en el que señala que los jueces no son gigantes morales o intelectuales ni profetas u oráculos, como tampoco meros portavoces o máquinas calculadoras; son «trabajadores humanos, demasiado humanos», y reaccionan y razonan como tales³.

Cuando era estudiante en la Facultad de Derecho y aprendía sobre los métodos de interpretación de las normas jurídicas —el literal (o gramatical), el histórico, el sistemático, el teleológico, el de la *ratio legis*, el evolutivo, etc.— pensaba, yo iluso, que el Derecho era una ciencia y que los jueces interpretaban la norma con objetividad. De modo que un buen juez, inteligente e íntegro, interpretaría la norma de la misma forma como lo haría otro buen juez, también lúcido y honesto.

Con más de veintidós años como profesor de Derecho y más de seis como juez, sé que la objetividad al 100% no existe, por más esfuerzos que haga el juez por ser objetivo. El juez, lo mismo que cualquier otro abogado, sea este funcionario público o docente universitario, va a interpretar la norma desde su «ser», desde «lo que es», lo que significa que su interpretación va a estar influenciada, quiéralo o no,

¹ El presente artículo se titula en parte de la misma forma que el libro de Richard Posner «*Cómo deciden los jueces*» (Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011), que es citado en varias oportunidades.

² Este artículo recoge la ponencia dada por el autor en su condición de Magistrado Presidente del TJCA en la ceremonia de inauguración de las XXIII Jornadas de Trabajo y Consejo de Administración de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (Asipi), realizada en la ciudad de Medellín entre el 4 y 7 de diciembre de 2022.

³ Richard A. Posner, *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011, p. 18.

de una u otra forma, por imperceptible que fuese, por aspectos personales: su cosmovisión del mundo, de la vida; su ideología, sea esta política o económica; su religión, si es que profesa una; su psicología, esto es, los traumas de su niñez, su actual temperamento, si es feliz o infeliz.

En su libro, el juez Posner menciona estudios que señalan que es posible predecir los votos de los jueces en función de su afinidad política, del prestigio que tuvo en la universidad, de su experiencia como abogado, de si proviene del norte o del sur, de si fue fiscal antes de ser juez, de si creció en una zona urbana o rural, del trabajo de su padre, y de otros datos como su raza, religión, género y personalidad.⁴

Combinando algunas investigaciones que Posner menciona pareciera desprenderse la idea de que si el juez tuvo padres sobreprotectores y extremadamente controladores, luego tendrá una tendencia a rechazar interpretar el Derecho de forma flexible⁵; es decir, que preferirá interpretar la norma literalmente. No sé si tal cosa sea cierta, pero grafica lo que vengo sosteniendo.

Por los votos y sus fundamentos podemos saber si un juez tiene una tendencia progresista o conservadora, a favor del libre mercado o a favor del intervencionismo estatal. La jurisprudencia no es creada por el derecho positivo, sino por seres humanos que ven el derecho positivo en función de sus convicciones políticas e ideológicas, sus frustraciones y esperanzas, sus intuiciones y miedos, sus pasiones y odios, su historia personal. Ello explica, por ejemplo, cómo unos jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos consideraron en 1973 en el caso *Roe v. Wade* que el aborto es un derecho constitucional de la mujer, mientras que otros jueces, de la misma corte y ante la misma Constitución, establecieron en junio de este año, en el caso *Dobbs*, que no existe un derecho constitucional al aborto.

O también podría mencionar el caso del matrimonio igualitario, tema respecto del cual fallaron en sentido contrario las cortes constitucionales del Ecuador y del Perú. La Corte Constitucional del Ecuador falló a favor del matrimonio igualitario, en el que cinco jueces de tendencia progresista vencieron a cuatro magistrados de tendencia conservadora⁶. El Tribunal Constitucional del Perú, en cambio, rechazó

⁴ *Ibidem*, p. 114.

⁵ *Ibidem*, p. 117.

⁶ Sentencia 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019.

el matrimonio igualitario, pues cuatro magistrados de tendencia conservadora vencieron a tres jueces de tendencia progresista⁷.

El caso del matrimonio igualitario revela de manera particular la forma cómo deciden los jueces, pues en ambas sentencias, tanto los votos en mayoría como en minoría utilizaron, entre otros, el método sistemático. A pesar de haber utilizado el mismo método de interpretación del Derecho, los jueces llegaron a conclusiones diferentes. Así es la interpretación jurídica, con porciones de subjetividad y su dosis de incertidumbre, y es lo que hace al Derecho un arte, y no una ciencia.

¿Qué orienta los criterios jurisprudenciales del TJCA? Si uno revisa sus interpretaciones prejudiciales de los últimos años apreciará una tendencia hacia una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual, tanto los de propiedad industrial como los derechos de autor y los derechos conexos, y esto se debe a que la ideología, la cosmovisión que subyace en la interpretación jurídica de los jueces andinos es la de «sentirse ciudadanos andinos», la de «percibirse inmersos en un proceso de integración».

El Tribunal ha sido y es transparente al señalar que el método de interpretación jurídica que privilegia es el teleológico, de modo que el entendimiento de la norma andina gira en torno a promover los elementos que refuerzan el proceso de integración económica y social, como es el libre comercio, la libre competencia, la competitividad económica, el bienestar de los consumidores.

Ejemplos de este entendimiento es que la jurisprudencia del TJCA ha diferenciado la marca notoria de la renombrada con el objeto de otorgar a esta última una mayor protección jurídica; ha establecido criterios para resolver un conflicto entre un nombre comercial no registrado y una marca registrada con el propósito de generar mayor seguridad jurídica; ha afianzado la noción de importación paralela para promover una mayor competencia intra-marca; ha establecido criterios respecto del registro de marcas tridimensionales, marcas de color, diseños industriales y obras de arte aplicado con la finalidad de evitar que los derechos de propiedad intelectual sean utilizados para restringir la competencia; ha señalado que el otorgamiento de una licencia obligatoria debe cumplir el test de proporcionalidad, es decir, el examen propio de toda medida estatal que pretende limitar un derecho o una libertad; ha precisado lo que comprende la comunicación pública de obras para proteger adecuadamente a los autores.

⁷ Sentencia 676/2020 (Expediente 01739-2018-PA/TC) del 3 de noviembre de 2020.

Publicado el 30 de diciembre de 2022 en:

<https://asociaciontida.com/columnas/jiron-independencia/articulos/como-deciden-los-jueces-a-proposito-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina-en-materia-de-propiedad-intelectual>

La jurisprudencia, la decisión de los jueces, tiene un poder inmenso. Crea Derecho, crea normas jurídicas de naturaleza jurisprudencial: los denominados «criterios jurídicos interpretativos». La labor jurisprudencial no puede ser legalista (llamada también formalismo jurídico o textualismo), que privilegia la interpretación literal de las normas, pues esto mantendría el *status quo*, restringiría la evolución, el cambio, la modernidad. Tampoco se debe caer en el otro extremo, el del activismo judicial, que convierte a los jueces en políticos y legisladores. La interpretación jurídica exige una adecuada ponderación de los intereses involucrados, un adecuado balance de los bienes jurídicos enfrentados.

Creación de Derecho, sí, pero a través de una interpretación jurídica debidamente motivada, que persuada, no que imponga; que enseñe, no que justifique; que resuelva los problemas, no que los adicione.

Quito, diciembre de 2022.
