

DICTAMEN N° 001-2021

DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Reclamo interpuesto por Germán Alberto Restrepo Fernández contra la República de Colombia – Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como el artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹, al haber omitido la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria y haber expedido la Sentencia Penal de última instancia dentro el proceso 11001600009520060006801.

Lima, 23 de marzo de 2021

I. SUMILLA. -

- [1] El señor Germán Alberto Restrepo Fernández (en adelante, “reclamante”) presenta ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, “SGCAN”) reclamo contra la República de Colombia (en adelante, “reclamada”), por presunto incumplimiento del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, “TCTJCA”) y el artículo 123 de la Decisión 500, al haber omitido la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria y haber expedido la Sentencia Penal de última instancia dentro el proceso 11001600009520060006801.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623.

II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES). -

- [3] Con fecha 27 de noviembre de 2020 se recibió vía correo electrónico, por parte del señor Germán Alberto Restrepo Fernández, el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen, así como sus anexos.
- [4] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1666/2020 de fecha 4 de diciembre de 2020, se requirió a la reclamante que subsanara los requisitos de admisibilidad referidos a: i) la identificación o descripción clara de las medidas o conductas que constituyen el presunto incumplimiento al ordenamiento comunitario y ii) la fundamentación de las razones por las que la reclamante considera que las medidas o conductas reclamadas constituyen un incumplimiento de la normativa comunitaria. Para dichos efectos, la SGCAN concedió a la reclamante un plazo de quince (15) días hábiles.
- [5] Mediante escrito de fecha 12 de diciembre de 2020, recibido por la SGCAN el 14 de diciembre de 2020, la reclamante dio respuesta a la comunicación SG/E/SJ/1666/2020 de fecha 4 de diciembre de 2020, emitida por la SGCAN.

¹ Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

- [6] Mediante Comunicación SG/E/DS/5/2021 de fecha 6 de enero de 2021, la Secretaría General determinó, luego de la evaluación correspondiente, que la documentación presentada por la reclamante se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 623, admitió a trámite el reclamo.
- [7] Mediante Comunicación SG/E/DS/6/2021 de fecha 6 de enero de 2021, la SGCAN corrió traslado a la República del Colombia del reclamo presentado por la reclamante, otorgándole un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para su contestación. Asimismo, mediante Comunicación SG/E/DS/7/2021 de la misma fecha, la SGCAN remitió el referido reclamo a los demás Países Miembros, a fin de que presenten los elementos de información que estimaran pertinentes.
- [8] Mediante Comunicación OALI sin número de fecha 22 de febrero de 2021, recibida en la misma fecha en esta Secretaría General, la República del Colombia solicitó una prórroga de quince (15) días calendario, adicionales al plazo concedido por la SGCAN, para presentar contestación al reclamo.
- [9] Con fecha 22 de febrero de 2021, mediante Comunicación OALI Radicado No. 2-2021-006870, la reclamante solicita a la SGCAN que, con base en el artículo 18 de la Decisión 623, se decrete la celebración de una reunión de información complementaria o facilitadora, con la presencia de las Partes del presente procedimiento.
- [10] Mediante Comunicación SG/E/SJ/263/2021 de fecha 22 de febrero de 2021, la Secretaría General comunicó a la República de Colombia la concesión de la prórroga solicitada. Asimismo, mediante Comunicaciones SG/E/SJ/264/2018 y SG/E/SJ/265/2018, ambas de fecha 22 de febrero de 2021, la SGCAN informó a la reclamada y a los demás Países Miembros respectivamente, sobre la concesión de la prórroga.
- [11] Mediante Comunicación SG/E/SJ/288/2021 de fecha 25 de febrero de 2021, la SGCAN dispuso, de oficio conforme el artículo 18 de la Decisión 623, sostener una reunión informativa el día 4 de marzo de 2021. Asimismo, mediante Comunicaciones SG/E/SJ/289/2021 y SG/E/SJ/290/2021 ambas de fecha 25 de febrero de 2021 se informó a la reclamada y a los demás Países Miembros sobre la referida reunión.
- [12] Con fecha 4 de marzo de 2021 se llevó a cabo la reunión informativa, de manera virtual mediante plataforma de la Secretaría General de la Comunidad Andina, con la participación de los representantes de las Partes en el presente procedimiento.
- [13] Mediante Comunicación OALI sin número de fecha 8 de marzo de 2021, recibido en esta Secretaría General en la misma fecha, la República de Colombia presentó su contestación al Reclamo; la que fue puesta en conocimiento de la reclamante mediante Comunicación SG/E/368/2021 de 9 de marzo de 2021.

III. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO. -

- [14] La reclamante señala que la República de Colombia, específicamente, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia, incumplió con solicitar interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, "TJCA"), respecto de las siguientes normas del ordenamiento jurídico andino:
- (i) El artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²; y,

² Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 4

(ii) El artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³.

- [15] Adicionalmente, la reclamante señala, por un lado, que el Tribunal Superior de Bogotá no elevó la solicitud de interpretación prejudicial, a la cual estaba obligado antes de emitir sentencia por tratarse de un caso directamente ligado al derecho de autor⁴ y por otro lado, que la Corte Suprema de Justicia debió decretar de oficio la nulidad de sentencia y hacer primar el derecho comunitario⁵.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. -

4.1. Argumentos de la Reclamante:

Escrito de reclamo

- [16] La reclamante señala que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado sobre la interpretación prejudicial, sosteniendo que la consulta es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia ordinaria, la misma deberá ser solicitada por el Juez Nacional en todo proceso que debe aplicarse alguna norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y que cuando no cabe recurso ulterior, el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y en consecuencia debería acarrear la nulidad⁶.
- [17] Asimismo, el escrito de la reclamante expresa que, si el juez o la última instancia ordinaria expide sentencia sin solicitar la interpretación prejudicial, se generan varios efectos, que el País Miembro pueda ser denunciado por incumplimiento, indicando que se han emitido los dictámenes de incumplimiento Nos. 38-2000 y 173-2003, que la sentencia dictada adolecería de nulidad y violaría el derecho fundamental al debido proceso.⁷
- [18] La reclamante señala que la Constitución de la República de Colombia en su artículo 9 reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia⁸.
- [19] Asimismo, manifiesta que la misma constitución colombiana también señala en su artículo 93 que, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia⁹.
- [20] Indica que el artículo 94 del mismo cuerpo legal establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos¹⁰.

³ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 4

⁴ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 12

⁵ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 12

⁶ Citas señaladas en el reclamo de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.1, p. 4

⁷ Citas señaladas en el reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.1 p. 7

⁸ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.2 p. 8

⁹ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.2 p. 8

¹⁰ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.2 p. 8

- [21] También la reclamante indica que conforme el artículo 214 de la constitución señalada, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales¹¹.
- [22] La reclamante entiende que las disposiciones mencionadas consagran preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales y que la primacía del ordenamiento jurídico andino implica que las normas de dicho ordenamiento prevalecen sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse a él medidas o actos jurídicos unilaterales de los países¹².
- [23] El reclamo también indica que el Magistrado Hernán Andrade Rincón se refirió a la consulta obligatoria e interpretación prejudicial en su providencia 25000-23-31-000-2009-00636-01(39900)A del 24 de julio de 2013¹³.
- [24] La reclamante se refirió a que la Decisión 351 “Régimen común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos”, es necesaria para realizar la interpretación prejudicial, considerando que están en controversia asuntos relacionados a los derechos de autor en materia de programas de computador, como derechos morales y patrimoniales, alcance de protección de ideas, diferencias entre idea y expresión de la idea, obra por encargo, obra derivada, código fuente entre otros Y en este aspecto, cita algunas partes de la confirmación de la sentencia condenatoria en el Tribunal Superior de Bogotá.¹⁴
- [25] Asimismo, la reclamante señala, por un lado, que el Tribunal Superior de Bogotá nunca elevó la solicitud de interpretación prejudicial, a la cual estaba obligado antes de emitir sentencia por tratarse de un caso directamente ligado al derecho de autor¹⁵ y, por otro lado, que la Corte Suprema de Justicia debió decretar de oficio la nulidad de sentencia y hacer primar el derecho comunitario¹⁶.
- [26] En el escrito la reclamante también se refiere a la violación del debido proceso y el interés legítimo, señalando que, “las normas que obligan a la interpretación prejudicial antes de fallar un proceso en segunda instancia, forman parte de un tratado internacional con efectos erga omnes, el cual está por encima de la Constitución Nacional; estas normas fueron inobservadas y, por ende, inaplicadas por el juez del Tribunal Superior de Bogotá, y luego dicha omisión no fue subsanada de oficio por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quienes tenían el deber de hacer primar el derecho comunitario y debieron declarar la nulidad de la sentencia, razones por las cuales se configura una clara violación al debido proceso”¹⁷.
- [27] Asimismo, la reclamante expuso tres razones fundamentales, a su consideración, para demostrar que la aplicación de la norma contenida en la Decisión Andina 351 se hacía imprescindible en el caso en cuestión:
- Invocación de la norma comunitaria
Se refirió a que el TJCA ha precisado¹⁸ los parámetros que corresponde observar, a fin de conocer si un juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial:

¹¹ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.2 p. 8

¹² Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.2 p. 8

¹³ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.3 p. 9 y 10

¹⁴ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 10

¹⁵ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 12

¹⁶ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 12

¹⁷ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 12

¹⁸ Escrito de subsanación de fecha 12 de diciembre, recibido en la SGCAN el 14 de diciembre de 2020, p. 2, 3, 4 y 9

“De conformidad con lo previsto en los Artículos 33 del Tratado de Creación Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 123 de su Estatuto, como parámetros que deberán observarse a fin de conocer con certeza si un Juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial a este Tribunal, tenemos los siguientes:

- *Que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones.*
 - *Que, ante tal invocación, cualquier otra de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de dicha norma andina, o de otras normas andinas, como sustento de sus alegaciones.*
 - *Que el juez nacional que va a resolver la causa necesariamente tenga que aplicar una norma andina para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.*
- Estos parámetros no son concurrentes, pero el último es necesario para establecer la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial.”*
(Subrayados añadidos).

[28] Señala que la Fiscalía General de la Nación, el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia hicieron referencia a la Decisión 351.

- Interpretación arbitraria de la Decisión Andina 351
“La reclamante considera que otra razón por la que procede la aplicación de la normatividad andina en el caso de la referencia es el deber legal, del juez nacional y de las partes, de que dichas disposiciones sean interpretadas de manera correcta en un proceso judicial, es decir, ajustadas a derecho. Los Artículos 3, 7, 11 (literal b) y 23 de la Decisión Andina 351...”
- Seguridad Jurídica de la norma comunitaria
También señala que *“... no solo se trata de un caso en que la reclamada impone de manera equivocada y absurda su voluntad sobre el ordenamiento andino, sino que sus alegatos se oponen a los preceptos establecidos en la Decisión Andina 351, sin argumentar debidamente y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de la reclamante y en desmedro de la seguridad jurídica de la CAN.”*

4.2. Argumentos de la Reclamada:

- [29] La reclamada manifiesta que el deber de los jueces nacionales de surtir interpretación prejudicial, en los términos de los artículos 33 del TCTJCA y 123 de la Decisión 500, no aplica frente a la política criminal y el derecho penal de los países miembros, ya que ninguna Decisión Andina regula el derecho penal de los Países Miembros¹⁹.
- [30] La reclamada entiende que la afirmación descrita en el párrafo precedente se fundamenta en que los objetivos del Acuerdo Subregional de Integración Andina no abarcan aspectos en materia de armonización, unificación u homologación de las legislaciones o de los procedimientos penales de los Países Miembros²⁰.
- [31] Asimismo, el escrito de contestación indica que resulta de la mayor importancia reiterar que la inexistencia de una norma comunitaria en materia penal excluye objetivamente la posibilidad de valoración, por parte de los órganos comunitarios, de las actuaciones de los jueces penales internos de los Países Miembros, en tanto no gozan de ninguna

¹⁹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 p. 4

²⁰ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 p. 5

competencia para sopesar el ajuste de sus medidas con el ordenamiento jurídico andino, a efectos de determinar si se ha producido un incumplimiento de normas comunitarias²¹.

[32] La reclamada también señala que en el marco del Acuerdo de Cartagena, no existe habilitación, a los órganos de la Sistema Andino de Integración (SAI) para la expedición de normas que abarquen la política penal y criminal de los Países Miembros, ni dicho ámbito corresponde a un aspecto incorporado en los objetivos del Acuerdo Subregional de Integración, motivo por el cual cualquier medida adoptada por un País Miembro de la CAN se encuentra por fuera del ámbito de regulación del CAMRE, la Comisión o la SGCAN, o de valoración por parte del TJCA o de la SGCAN, en el marco de los mecanismos de control o de solución de controversias²².

[33] También la reclamada se refiere a la sentencia en el proceso 01-AI-2001²³, señalando a la letra lo siguiente:

“... el problema de la ordenación jerárquica entre el ordenamiento de la Comunidad Andina y los tratados internacionales suscritos por los Países Miembros ha sido ya examinado y resuelto por el Tribunal.

En efecto, se ha pronunciado, en primer lugar, sobre la cuestión relativa a los efectos que cabe derivar de la constitución de la Comunidad Andina, en los términos siguientes:

Como resultado de la operación de un sistema de integración se producen los siguientes cambios en el ejercicio de la soberanía para los países que se integran:

- La transferencia del poder regulador en determinadas materias de interés común de los estados, a un órgano comunitario para alcanzar las metas de la integración, produciéndose el fenómeno de redistribución de funciones y atribuciones entre los órganos comunitarios y los países miembros.

- La creación de un órgano supranacional encargado de dictar las reglas aplicables al proceso de integración en materias transferidas al mismo como el comercio exterior, las inversiones, el régimen financiero, el transporte, etc.

- La presencia de un órgano jurisdiccional permanente con capacidad exclusiva de declarar el derecho comunitario, solucionar las controversias que surjan del mismo, controlar la legalidad sobre los actos de la organización comunitaria y asegurar el cumplimiento de las obligaciones a que se comprometen los países miembros.

- La existencia de un sistema articulado de mutua cooperación entre el tribunal comunitario supranacional y el juez nacional, quien para estos efectos adquiere el carácter de juez comunitario para el ejercicio de la función de aplicar la ley uniformemente, basado en la interpretación jurisprudencial del tribunal internacional.

En el contexto que antecede, ha dicho además que “es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos - derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional –derecho derivado regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países

²¹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 p. 5

²² Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 p. 9

²³ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 ps. 10 y

miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una ‘competencia de atribución a dichos órganos...’

- [34] La reclamada sostiene que el ámbito objetivo de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario se circunscribe únicamente a los aspectos específica y concretamente deferidos por los Países Miembros para su determinación por los órganos de la SAI, a efectos de consolidar el proceso de integración subregional y cumplir los objetivos del AC, por lo que, a efectos de salvaguardar el principio de soberanía y autodeterminación de los pueblos, aquellas materias, alcances o campos que no se encuentran comprendidos en las normas fundacionales de la CAN, no corresponden a situaciones respecto de las cuales recaigan disposiciones comunitarias, ni las medidas adoptadas en esos espacios pueden ser objeto de evaluación, control o juzgamiento en el marco comunitario²⁴.
- [35] Reitera la reclamada en su escrito, que el Acuerdo de Cartagena es un tratado de integración regional sin la capacidad de interferir en el desarrollo de política criminal en los Países Miembros, pues se trata de una disciplina cuya aplicación no ha sido cedida por los países miembros en el AC, en ejercicio de su soberanía²⁵.
- [36] Aclara la reclamante que no existe normativa andina alguna que les resulte aplicable en el asunto reclamado, en la medida que Colombia, en ejercicio de su soberanía, no ha acordado ni consentido incorporar el control de las sentencias penales al ámbito de aplicación del Acuerdo de Cartagena o de cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que consecuentemente tampoco deviene objeto alguno de valoración o juzgamiento por parte del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²⁶.
- [37] La reclamada desarrolla y se refiere también al Derecho Originario, Derecho Derivado, Derecho Internacional Público, a las fuentes no escritas del Derecho Comunitario en el marco de la Comunidad Andina²⁷.
- [38] Asimismo, la reclamada sostiene que el ordenamiento jurídico de la CAN establece no sólo una serie de disposiciones jerarquizadas, sino que llevan implícita una explícita y privativa especificidad de las materias que habrán de ser reguladas y armonizadas por los órganos comunitarios y, consecuentemente, de su valoración en el marco del sistema de solución de diferencias andino, ya que sólo en los ámbitos puntuales respecto de los cuales versa el derecho primario puede entenderse que los Países Miembros han cedido su soberanía regulatoria a las instituciones creadas en virtud y con el fin de lograr los objetivos del Acuerdo de Integración Subregional. Y continúa señalado que dichas materias están contempladas en el artículo 1° del Acuerdo de Cartagena, por lo que únicamente sobre estas los órganos administrativos de la CAN (eg: la SGCAN), o sus órganos judiciales (eg: el TJCA) pueden pronunciarse, teniendo en cuenta que solo respecto de los asuntos regulados por aquellas los Países Miembros han decidido otorgar competencia a tales estamentos²⁸.
- [39] La reclamada expresa que, de la lectura del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, el cual constituye el sustrato esencial del proceso de integración andino, no se identifica expresión alguna que indique la voluntad de los países de sujetar a sus respectivas jurisdicciones penales a la ejecución de un control de legalidad por parte de organismos andinos, como tampoco de entregar la regulación de los aspectos concernientes al diseño de la política criminal o de la configuración de conductas punibles, mucho menos de su valoración

²⁴ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 p. 11

²⁵ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.1 p. 12

²⁶ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.1 p. 12

²⁷ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.1 ps. 16 y 17

²⁸ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.1 p. 19

probatoria o, de sus sanciones para los habitantes de los Países Miembros a las instituciones del Sistema Andino de Integración²⁹.

- [40] Asimismo, señala la reclamada, que lo que se expresa es la voluntad de crear un sistema de control comunitario frente a las medidas de carácter económico y social, con el objetivo de lograr un mercado común latinoamericano, sin consideraciones en torno de la política criminal y las normas penales de los Países Miembros, menos sugiriendo la posibilidad de que un organismo, como la SGCAN, ejecute un control de legalidad o una valoración de su conformidad (en desarrollo de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento) con el ordenamiento jurídico comunitario de las sentencias penales ejecutoriadas emitidas por las jurisdicciones de los Estados parte en el proceso de integración, habida cuenta la ausencia absoluta de un parámetro de comparación para dichas medidas, generado en virtud a que las normas andinas no poseen un ámbito de aplicación que abarque dichos aspectos relativos a la configuración de una conducta como contraria a los intereses que ampara una Nación, sus consecuencias y la aplicación de tales supuestos frente al comportamiento desplegado por un habitante del territorio de alguna de estas repúblicas³⁰.
- [41] La reclamada reitera que el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no incluyen en su ámbito de aplicación asuntos penales, por lo que ninguna expresión de derecho derivado andino es de obligatoria observancia por parte de un juez penal, teniendo en cuenta la jerarquía que rige al ordenamiento jurídico andino³¹.
- [42] Sostiene además la reclamada que, el reclamante considera que debió haberse solicitado una interpretación prejudicial, pues se trata de una cuestión judicial contenida en la Decisión 351 y omite el hecho de que ni el Acuerdo de Cartagena ni el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ocupan de cuestiones penales, lo que implica que ningún juez que se encargue de la revisión de asuntos penales esté en la obligación de acudir al derecho derivado andino, dentro del que se encuentra la mencionada Decisión 351³².
- [43] La reclamada cita al Magistrado del Tribunal de Justicia de la CAN, Dr. Hernán Rodrigo Moreno Zambrano, que en torno de la competencia de dicho órgano comunitario señaló:
- “El Tribunal conoce y resuelve de asuntos y materias que han sido armonizadas, acordadas y consensuadas en el marco del desarrollo del proceso de integración”. El Tribunal no es una corte que conoce de Asuntos y materias relacionadas con derechos humanos, materia penal internacional, o de delitos de lesa humanidad, de genocidio, ni de trata de personas, ni asuntos sobre conflictos armados, etc.”³³*
- [44] La reclamada señala que conforme a los artículos 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 107 de la Decisión 500, la acción de incumplimiento no tiene por objeto la declaratoria de la existencia ni de la vulneración de derechos particulares, como tampoco está contemplada para irrumpir en el derecho interno de los Países Miembros, a efectos de generar una nueva oportunidad procesal respecto de las instancias jurisdiccionales agotadas por la reclamante³⁴.
- [45] Al respecto, la reclamada se refirió a los procesos 01-AI-2016 y 02-AI-2016 señalando lo siguiente:

²⁹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.1 p. 19

³⁰ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.1 ps. 19 y 20

³¹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.2 p. 22

³² Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.2 p. 24

³³ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2.2 p. 25

³⁴ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3 p. 27

“3.2.12. No debe confundirse la acción de incumplimiento con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Siendo bastante enfáticos, corresponde precisar que la acción de incumplimiento a cargo del TJCA no constituye un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Por lo tanto, en vía de Acción de Incumplimiento, el TJCA no puede anular o revocar actos administrativos, como tampoco puede otorgar derechos o declararlos, ni restablecer situaciones jurídicas de particulares vulneradas.

(...) 3.2.14. Por lo tanto, la Acción de Incumplimiento no es un mecanismo que faculte al TJCA declarar la existencia de derechos particulares, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros, esto es, garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.

3.2.15. En ese sentido, se determina que este Tribunal no puede pronunciarse en relación al establecimiento o declaratoria de los derechos solicitados por las demandantes en su pretensión segunda, careciendo de competencia para tal fin.”

[46] Asimismo, señalo que el proceso 01-AI-2017 se entiende que en:

“la Acción de Incumplimiento el TJCA solo analiza si los criterios o fundamentos jurídicos contenidos en los actos administrativos o jurisdiccionales contravienen o no el ordenamiento jurídico comunitario andino y no entra a valorar medios probatorios. En este sentido, y dado que el TJCA no entra a valorar medios probatorios, es que la Acción de Incumplimiento no puede ser considerada como un proceso contencioso administrativo, como tampoco un recurso de revisión.

*En efecto, cuando se trata de Acciones de Incumplimiento, el TJCA solo es competente para verificar si el criterio o fundamento jurídico contenido en una resolución administrativa o resolución judicial viola o no el ordenamiento jurídico comunitario andino, pero no es competente para verificar la valoración de los medios probatorios merituados por la autoridad administrativa o jurisdiccional, porque si lo hiciera distorsionaría la naturaleza de la Acción de Incumplimiento, convirtiéndola en un recurso de alzada (o de apelación), en un recurso de revisión o en un proceso contencioso administrativo”.*³⁵

[47] Expresó también que el Dictamen 005-2015 de la SGCAN se tiene presente lo siguiente:

*“La Secretaría General ha señalado que el sistema jurídico andino se basa en principios que aseguran la independencia de las autoridades judiciales nacionales y la estrecha colaboración entre éstas y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como garantes de la aplicación del derecho comunitario.”*³⁶

[48] Asimismo, la Reclamada considera que la Reclamante se encuentra instrumentalizando la acción de incumplimiento para obtener una tutela de sus derechos subjetivos, desnaturalizándola.³⁷

[49] De igual forma señala que el proceso 02-AI-97 expresa que, *“... en el ámbito Andino la sentencia, además, impone a los Estados adoptar las medidas necesarias; en consecuencia, el Tribunal no tiene poder para anular las medidas estatales contrarias al derecho comunitario.”*³⁸

³⁵ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3 ps. 27 y 28

³⁶ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3 p. 29

³⁷ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3 p. 29

³⁸ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3 p. 30

- [50] La Reclamada señala que la naturaleza de la acción de incumplimiento no es de carácter retributivo ni sancionatorio, sino que busca el ajuste de una medida de un país miembro al ordenamiento jurídico andino, aspecto que no es pretendido por el Reclamante.³⁹
- [51] La Reclamada expresa que el reclamo se interpone casi cinco años después del rechazo del último acto acusado, cuando ya no existe ningún recurso disponible para el Reclamante y que parece un intento por revivir una controversia respecto de la que ya existe una sentencia condenatoria en firme con fuerza de cosa juzgada, así como otros actos jurídicos ejecutoriados con los cuales el Reclamante agotó todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles para la defensa de sus derechos subjetivos.⁴⁰
- [52] La Reclamada solicita a la SGCAN declarar improcedente la totalidad del Reclamo, debido a que (i) El deber de los jueces nacionales de surtir interpretación prejudicial, en los términos de los artículos 33 del TCTJCA y 123 del ETJCA, no aplica frente a la política criminal y el derecho penal de los países miembros y (ii) la naturaleza de la acción de incumplimiento, cuya fase prejudicial se adelanta a través de dicha actuación, no tiene naturaleza resarcitoria ni tutela derechos subjetivos.⁴¹
- [53] La Reclamada entiende que la finalidad del proceso penal y del procedimiento desplegado no se centran en la absolución de aspectos relacionados con los elementos normativos regulados en torno del Derecho de Autor por la Comunidad Andina o la normativa interna, sino en la determinación de la responsabilidad de una persona por la comisión de una conducta que afecta injustificadamente unos intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, como responsable a título de dolo, con independencia de los efectos o repercusiones en otros ámbitos regulatorios.⁴²
- [54] Continúa señalando que, sobre la presunta violación al debido proceso y al interés legítimo, escapan del ámbito de competencia de los órganos andinos y se apartan de los presupuestos para la procedencia de la evaluación de la solicitud.⁴³
- [55] Explica que, de la lectura de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 123 de la Decisión 500, queda claro que una condición para que estos resulten aplicables es la existencia de una (i) controversia sobre una norma que conforme el ordenamiento jurídico andino y/o un (ii) proceso donde deba aplicarse una norma que haga parte del ordenamiento jurídico andino.⁴⁴
- [56] En este sentido, la Reclamada señala que el fallo se concretó conforme al material probatorio disponible en el proceso sin consideraciones adicionales y que del mismo modo la demanda de casación se concretó bajo parámetros interpretativos propios del derecho penal.⁴⁵
- [57] Señala que en la sentencia del proceso 01-AI-2015, el TJCA observa que la interpretación prejudicial no corresponde a ninguno de estos supuestos: (i) no es ni puede asimilarse a un medio de prueba; (ii) no se reduce a la absolución de un cuestionario; (iii) no se trata de un informe de expertos, ni a una opinión jurídica doctrinal.⁴⁶

³⁹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3.1 p. 31

⁴⁰ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3.1 p. 32

⁴¹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.3.1 p. 33

⁴² Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 38

⁴³ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 39

⁴⁴ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 40

⁴⁵ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 41

⁴⁶ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 43

[58] En esa línea la Reclamada señala que dentro el proceso 01-AI-2015 expresan lo siguiente:

“Debe entonces estar claro que la simple invocación de una norma andina por una de las partes ante un Juez nacional, como la cita de tal norma en fundamentación de sus argumentos, no puede ser un presupuesto que vincule al Juez para que active la figura de la interpretación prejudicial ante este Tribunal Comunitario. Lo esencial para que se requiera dicha interpretación –se reitera- es que las normas andinas, habiendo sido o no invocadas por la o las partes procesales, sean controvertidas en el caso concreto, entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida, con opiniones contrapuestas, sobre tales normas; o que el Juez nacional deba necesariamente aplicar dichas normas comunitarias para resolver el caso.”⁴⁷

[59] Continúa señalando que dentro el proceso 2-IP-91 el Tribunal de Justicia de la CAN expresó lo siguiente:

“... es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando, como hemos dicho, “Los jueces nacionales (...) conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...”. No basta por tanto que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de Interpretación Prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica. De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos. Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la Interpretación Prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según se desprende del citado Artículo 29 del Tratado del Tribunal, sería improcedente la solicitud de Interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la Litis.”⁴⁸

[60] También señala que no basta con “invocar” la norma andina en el proceso para que se active la obligación por parte del juez de solicitar una interpretación prejudicial, incluso si este reconoce la existencia de normativa andina en la materia relacionada con el delito. Como indican los artículos 33 TCTJCA y 123 del ETJCA, debe darse una “aplicación” de la norma, o debe existir una controversia que verse sobre la norma andina, situación que no se dio en el proceso penal surtido contra el Reclamante respecto de la Decisión 351.⁴⁹

V. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

5.1. Respecto a las cuestiones de procedimiento. -

5.1.1. Competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto:

⁴⁷ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 43

⁴⁸ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 44

⁴⁹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral ii. p. 45

- [61] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 13 de la Decisión 623, la SGCAN es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro y para resolver cuestiones reguladas en el ordenamiento jurídico andino.
- [62] Está reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario y la jurisprudencia andina que en la acción de incumplimiento se verifica cualquier medida, *“sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense (...) sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino”*⁵⁰.
- [63] En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha señalado lo siguiente:

“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.

*Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.”*⁵¹

- [64] En este marco, si bien un País Miembro tiene soberanía legislativa y regulatoria, las medidas que adopte tienen que estar en armonía con los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina, no pudiendo contraponerse a éstos⁵².
- [65] Asimismo, el TJCA ha señalado lo siguiente:

“Por otro lado, este Tribunal considera pertinente señalar que, el hecho que el juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido

⁵⁰ Sentencia de fecha 8 de diciembre de 1998 del Proceso 03-AI-97.

⁵¹ Interpretación Prejudicial del 25 de febrero de 1994 en el Proceso 06-IP-1993, citada en el Dictamen 003-2019

⁵² Dictamen 003-2019

mediante la denominada “acción de incumplimiento”, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal. (...)”⁵³

- [66] En fecha 27 de noviembre de 2020 se recibió de parte del señor Germán Alberto Restrepo Fernández un reclamo contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 123 de la Decisión 500, al haber omitido la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria y haber expedido la Sentencia Penal de última instancia dentro el proceso 11001600009520060006801.
- [67] En ese sentido, de conformidad con lo expuesto, se advierte que la Secretaría General es competente para conocer el reclamo planteado.

5.1.2. Sobre si el reclamo cumple los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623:

- [68] La reclamada no ha objetado el cumplimiento de los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623, analizados mediante Comunicaciones SG/E/DS/5/2021 y SG/E/DS/6/2021, ambas de fecha 6 de enero de 2021.
- [69] Asimismo, mediante Comunicación SG/E/DS/5/2021 de fecha 6 de enero de 2021, la Secretaría General se reservó el derecho de analizar el carácter flagrante del incumplimiento mediante el presente Dictamen. Ello, en atención a que se requería de un análisis pormenorizado del fondo para que esta Secretaría emita pronunciamiento al respecto.

5.2. Respecto a las cuestiones de Fondo. -

5.2.1. El alegado incumplimiento de los artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 123 de la Decisión 500:

- [70] El asunto principal del reclamo versa sobre el presunto incumplimiento de los artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA⁵⁴ y el artículo 123 de la Decisión 500⁵⁵; los cuales contienen disposiciones referidas a la interpretación prejudicial por parte del TJCA, de normas del ordenamiento jurídico comunitario que los jueces nacionales de los Países Miembros conozcan.
- [71] En consideración a ello, corresponde traer a colación las condiciones y parámetros referidas a la obligatoriedad de la interpretación prejudicial, conforme a las normas del

⁵³ Interpretación Prejudicial de fecha 21 de abril de 2010 del Proceso106-IP-2009.

⁵⁴ El artículo 33 del TCTJCA establece:

“Artículo 33. - Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

⁵⁵ El artículo 123 de la Decisión 500 establece:

*“Artículo 123.- Consulta obligatoria
De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.*

ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y a los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJCA.

[72] Sobre el particular, el artículo 33 del TCTJCA establece que los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas. En esa misma línea, el artículo 123 de la Decisión 500 señala que, de oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna norma andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal.

[73] En reiterada jurisprudencia⁵⁶, el TJCA ha dejado establecido lo siguiente, respecto de la interpretación prejudicial:

*“- Es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, (...) **interpreta en forma objetiva** la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno.³ **Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario** (...).*

*- En efecto, la función del Tribunal comunitario en estos casos es la de **interpretar** la norma comunitaria **desde el punto de vista jurídico**, es decir buscar el significado para **precisar su alcance**; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia.⁴ (...)*

(...)

*- Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno –o si solo fuera procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria⁵–, están obligados, en todos los procesos en los que **deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial**, (...).*

*- En los casos en los que la consulta de interpretación prejudicial sea obligatoria – jueces nacionales de única o de última instancia ordinaria–, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la **suspensión del proceso interno hasta que el Tribunal comunitario se pronuncie**, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia⁸ y en una solemnidad inexcusable e indispensable⁹ que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, **cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales de consecuencias impredecibles**.¹⁰*

*- la interpretación prejudicial **no es ni puede asimilarse a una prueba**, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal.¹¹ (...)*

(...)

⁵⁶ Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015, que cita a: Interpretación Prejudicial de fecha 17 de febrero de 1994 del Proceso 6-IP-93, Interpretación Prejudicial de fecha 3 de setiembre de 1999 del Proceso 30-IP-99, Interpretación Prejudicial de fecha 3 de diciembre de 1987 del Proceso 01-IP-87, Interpretación Prejudicial de fecha 25 de setiembre de 1990 del Proceso 3-IP-90, Interpretación Prejudicial de fecha 29 de agosto de 1997 del Proceso 11-IP-96, e Interpretación Prejudicial de fecha 10 de abril de 2002 del Proceso 01-IP-2002.

- Requerida la interpretación prejudicial, pasa a ser de **la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar**, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, (...).¹⁴⁹ (Énfasis agregado y notas al pie omitidas)

[74] Adicionalmente, el TJCA ha dispuesto cuáles son los parámetros que corresponde observar, a fin de conocer si un juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial:

*“De conformidad con lo previsto en los Artículos 33 del Tratado de Creación Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 123 de su Estatuto, como **parámetros** que deberán observarse a fin de **conocer con certeza si un Juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial** a este Tribunal, tenemos los siguientes:*

- Que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones.
- Que, ante tal invocación, cualquier otra de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de dicha norma andina, o de otras normas andinas, como sustento de sus alegaciones.
- Que el juez nacional que va a resolver la causa **necesariamente** tenga que **aplicar una norma andina para fallar el asunto**, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.

Estos parámetros no son concurrentes, pero el último es necesario para establecer la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial.¹⁵⁷
(Énfasis agregado)

[75] A la luz de las consideraciones expuestas y los parámetros previamente señalados, corresponde que esta Secretaría General verifique si la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá de la República de Colombia se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial. Para dichos efectos, resulta pertinente hacer alusión, de manera sucinta, a los hechos y a las actuaciones procesales relevantes, y a las cuestiones controvertidas en sede nacional.

a. Síntesis de los hechos, de las actuaciones procesales relevantes y de las cuestiones controvertidas en sede nacional:

[76] A partir de la información que obra en el expediente, esta SGCAN entiende que los hechos, las actuaciones procesales y las cuestiones controvertidas en sede nacional fueron las siguientes:

(i) Hechos y actuaciones procesales relevantes:

[77] La reclamante señala en su escrito de reclamo⁵⁸, que el 22 de agosto de 2014 el juez 43 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, Colombia, dio a conocer fallo condenatorio en primera instancia y sentenció a 5 años de prisión por los delitos de Violación a los Derechos Morales de Autor y Violación a los Derechos Patrimoniales de Autor.

[78] El 19 de diciembre de 2014 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Colombia confirmó la sentencia condenatoria antes señalada.

⁵⁷ Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015.

⁵⁸ Párrafos extraídos del reclamo de fecha 27 de noviembre de 2020, numeral 3.1, p. 2 y siguientes

- [79] El 19 de febrero de 2015 la reclamante presenta demanda de casación ante la Corte Suprema de Justicia, alegando entre otros cargos, la ausencia de la interpretación prejudicial obligatoria.
- [80] El 26 de febrero de 2015 la reclamante presentó acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia por violación al debido proceso, entendiendo que existía obligación del juez de alzada solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por ser un tema relacionado con la Decisión 351 sobre Derechos de Autor.
- [81] El 5 de marzo de 2015 la Corte Suprema de Justicia de Colombia declara improcedente la tutela debido a que aún está en curso la demanda de casación pendiente de decisión.
- [82] El 25 de abril de 2015 la Corte Suprema de Justicia confirma el fallo tutelado impugnado negando el amparo.
- [83] El 9 de septiembre de 2015 la Corte Suprema de Justicia inadmitió la demanda de casación, porque la argumentación respecto a la interpretación prejudicial fue lacónica y parca.
- [84] El 21 de septiembre de 2016 la reclamante presenta una nueva acción de tutela alegando violación al debido proceso por audiencia de la interpretación prejudicial obligatoria antes del fallo en segunda instancia.
- [85] El 23 de noviembre de 2016 la Corte Suprema de Justicia rechaza el recurso de amparo por supuesta temeridad, agotando todos los recursos legales, ordinarios y extraordinarios en la justicia penal colombiana.

(ii) Cuestión controvertida en sede nacional:

- [86] Obra en el expediente, el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 4 de diciembre de 2014⁵⁹, que tuvo por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 22 de agosto de 2014 por el Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento, mediante el cual condenó al señor Germán Alberto Restrepo Fernández como autor del delito de violación a los derechos morales y patrimoniales de autor.
- [87] El citado fallo judicial señala que el 7 de abril de 2011 la Fiscalía formuló imputación contra Germán Alberto Restrepo Fernández, en calidad de autor del delito de violación a los derechos morales de autor en concurso con violación a los derechos patrimoniales de

⁵⁹ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, p. 15 del escrito del reclamo de 27 de noviembre de 2020

autor, contenidos en los artículos 270⁶⁰ y 271⁶¹ del Código Penal colombiano, que fue radicado en el Juzgado Penal 43 del Circuito de Conocimiento de Bogotá emitiéndose la sentencia al efecto.

- [88] El citado fallo señala que en la apelación la reclamante citó el artículo 23 de la Decisión 351⁶² y arguyó que para establecer si existe copia de un programa de ordenador, ello solo puede determinarse mediante la comparación del código fuente de la obra original, prueba que para el caso concreto no obra en la actuación⁶³.
- [89] Asimismo, se indica que la Fiscalía señaló que el señor Germán Alberto Restrepo Fernández no solo reprodujo la obra denominada CAT, UNOLIGHT y SIG sino que también la comercializó⁶⁴.
- [90] Dentro las consideraciones, la Sala Penal⁶⁵ analizó las figuras penales establecidas en los artículos 270 y 271 del Código Penal, sobre violación de derechos a derechos morales de autor y violación de derechos patrimoniales de autor derechos conexos respectivamente, indicando jurisprudencia sobre las conductas punibles en el ámbito del derecho penal.

⁶⁰ Código Penal, Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor
Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

PARAGRAFO. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.

⁶¹ Código Penal, Artículo 271. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.
2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.
3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.
4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.
5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.
6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.
7. Recopile, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.

PARÁGRAFO. La reproducción por medios informáticos de las obras contenidas en el presente artículo será punible cuando el autor lo realice con el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, o lo haga a escala comercial.

⁶² Decisión 351, Artículo 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.

⁶³ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, p. 17 del escrito del reclamo de 27 de noviembre de 2020

⁶⁴ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, p. 31 del escrito del reclamo de 27 de noviembre de 2020

⁶⁵ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, numeral 10 p. 32, 33 y 34 del escrito del reclamo de 27 de noviembre de 2020

[91] Asimismo, la Sala⁶⁶ señala que “... *tampoco la Decisión 351 define la palabra programar y mucho menos la “creación de nuevo software” tal y como lo afirma el apelante, de ahí que el argumento no pueda prosperar pues carece de fundamento*”.

[92] Asimismo, en la parte de conclusión dentro el fallo de segunda instancia, la Sala Penal estableció que el señor German Alberto Restrepo Fernández modificó y copió en algunos apartes sin autorización del titular de los derechos morales de autor de la obra original – CAT– conocida como UNOLIGHT, para luego inscribirla en la Dirección Nacional de Derechos de Autor como inédita e individual y posteriormente comercializarla a través de una sociedad, por lo que resuelve confirmar la sentencia⁶⁷.

b. Respecto a si la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial:

[93] En el caso bajo análisis el acto supuestamente infractor (la ausencia de solicitud prejudicial) habría sido incurrido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con motivo de la expedición del fallo en segunda instancia, sin que previamente dicha Sala haya solicitado interpretación prejudicial obligatoria.

Argumentos de la Reclamante

[94] La reclamante se refirió a que la Decisión 351 “Régimen común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos”, es necesaria para realizar la interpretación prejudicial, considerando que están en controversia asuntos relacionados a los derechos de autor en materia de programas de computador, como derechos morales y patrimoniales, alcance de protección de ideas, diferencias entre idea y expresión de la idea, obra por encargo, obra derivada, código fuente entre otros Y en este aspecto, cita algunas partes de la confirmación de la sentencia condenatoria en el Tribunal Superior de Bogotá.⁶⁸

[95] Asimismo, la reclamante señala, por un lado, que el Tribunal Superior de Bogotá nunca elevó la solicitud de interpretación prejudicial, a la cual estaba obligado antes de emitir sentencia por tratarse de un caso directamente ligado al derecho de autor⁶⁹ y por otro lado, que la Corte Suprema de Justicia debió decretar de oficio la nulidad de sentencia y hacer primar el derecho comunitario⁷⁰.

Argumentos de la Reclamada

[96] La reclamada manifiesta que el deber de los jueces nacionales de surtir interpretación prejudicial, en los términos de los artículos 33 del TCTJCA y 123 de la Decisión 500, no aplica frente a la política criminal y el derecho penal de los Países Miembros, ya que ninguna Decisión Andina regula el derecho penal de los Países Miembros⁷¹.

[97] La reclamada entiende que la afirmación descrita en el párrafo precedente se fundamenta en que los objetivos del Acuerdo Subregional de Integración Andina no abarcan aspectos en materia de armonización, unificación u homologación de las legislaciones o de los procedimientos penales de los Países Miembros⁷².

Análisis de la SGCAN

⁶⁶ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, numeral 10 p. 40 del escrito del reclamo de 27 de noviembre de 2020

⁶⁷ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, numeral 10 p. 55 del escrito del reclamo de 27 de noviembre de 2020

⁶⁸ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 10

⁶⁹ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 12

⁷⁰ Reclamo presentado por la reclamante de fecha 27 de noviembre de 2021, numeral 5.4 p. 12

⁷¹ Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 p. 4

⁷² Contestación del Reclamo presentado por la reclamada de fecha 8 de marzo de 2021, numeral i.2 p. 5

- [98] En reiterada jurisprudencia, el TJCA⁷³ ha señalado sobre la interpretación prejudicial lo siguiente:

“Es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que éste último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario andino por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros.

Cualquier juez de un País Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar del Tribunal Andino de Justicia la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (...), en todos aquellos casos en que éstas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno.”

- [99] En vista a lo señalado por el TJCA, el juez extraordinario, en su calidad de juez nacional, tiene el deber de hacer primar el orden comunitario andino por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, por tanto, dicho juez debe solicitar interpretación prejudicial al TJCA **cuando corresponda**.

- [100] Sobre el particular, no obra en el Expediente prueba alguna que permita verificar que la reclamante haya fundamentado sus escritos durante la etapa judicial en una posible indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

- [101] Asimismo, por su parte la Fiscalía, conforme el fallo de segunda instancia⁷⁴, *“alegó que no es cierto que la única prueba para determinar si hay reproducción de una obra sea el código fuente, pues también se encuentra el dictamen rendido por la perito ANA MERCEDES GAZRÓN LAVERDE y la declaración de JOSÉ MIGUEL SOQUE GUTIERREZ, quien expuso que no se debe confundir el código fuente con el diseño de programa (...)”* y señaló que no solo se reprodujo la obra, sino que también la comercializó.

- [102] En este entendido, conforme las normas penales colombianas y jurisprudencia señalada en su fallo, la Sala Penal⁷⁵ concluye de la siguiente manera:

“... claro emerge que GERMÁN ALBERTO RESTREPO FERNÁNDEZ, modificó y copió en alguno apartes sin autorización del titular de los derechos morales de autor de la obra original (...) para inscribirla en la Dirección Nacional de Derechos de Autor como inédita e individual y posteriormente comercializarla...”

- [103] Asimismo, esta Secretaría General entiende que la norma andina, **si bien fue invocada (Decisión 351) por la parte reclamante en el proceso nacional, no se controvertió (entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida, con opiniones contrapuestas, sobre normas andinas⁷⁶)** la interpretación o aplicación de una norma del ordenamiento jurídico andino, como sustento de las alegaciones de las partes del proceso nacional.

⁷³ Interpretación Prejudicial de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015, que cita la Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales e Interpretación Prejudicial del 17 de febrero de 1994 en el proceso 6-IP-93

⁷⁴ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, numeral 6. No Recurrentes

⁷⁵ Prueba N° 1 Fallo de segunda instancia penal. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, numeral 25. Conclusión

⁷⁶ Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015.

[104] En este sentido, El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁷⁷ se ha pronunciado señalando que, “... de conformidad con el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, **para que proceda la interpretación prejudicial de alguna disposición del ordenamiento jurídico comunitario andino, no es necesario que las partes invoquen la norma o soliciten su interpretación, sino que el consultante detecte que se ha controvertido alguna norma andina y, sobre todo, que para resolver la causa se deba aplicar y aplique dicha norma.**” (Énfasis agregado)

[105] No obstante, es menester precisar que, conforme ha dispuesto el TJCA, aun cuando la norma andina no haya sido invocada o controvertida por las partes en el proceso nacional, **el juez nacional debe solicitar, de oficio o a petición de parte, interpretación prejudicial cuando advierta que para resolver la causa es necesario aplicar dicha norma andina.**

[106] Ahora bien, se reitera que de acuerdo con lo expuesto por el TJCA en el Proceso 01-AI-2015⁷⁸, a fin de conocer con certeza si un juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial, deben observarse los siguientes parámetros:

- Que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones.
- Que tal invocación, cualquier de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de dicha norma andina, o de otras normas andinas, como sustento de sus alegaciones.
- **Que el juez nacional que va a resolver la causa necesariamente tenga que aplicar una norma andina para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.**

Cabe mencionar que dichos parámetros no son concurrentes, pero el último será necesario para establecer la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial.” (Énfasis agregado)

[107] En este sentido, si bien no corresponde a esta SGCAN pronunciarse sobre las normas internas procesales de los Países Miembros, resulta pertinente traer a colación lo señalado por el TJCA⁷⁹ respecto a la calificación de última instancia ordinaria:

“Tal y como se expresó en el numeral 2 de este acápite, la interpretación obligatoria se debe solicitar en procesos de última instancia ordinaria. Teniendo en cuenta que, la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la norma comunitaria andina, es muy importante que el conjunto de operadores jurídicos aplique la normativa subregional en un mismo sentido. En consecuencia, sería incoherente para el sistema que existiera un vacío operativo en cuanto a dicha interpretación uniforme. El esquema comunitario andino ha escogido a los jueces nacionales como sujetos esenciales para lograr la validez y la eficacia del ordenamiento subregional. Como quiera que los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien demarcadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no actúan como instancia porque no pretende revisar en todos sus extremos la actuación del juez ordinario y, por lo tanto, no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio, no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial ya que, si así fuera, se quedarían un gran cúmulo de casos, de asuntos

⁷⁷ Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015.

⁷⁸ Interpretación Prejudicial de fecha 7 de julio de 2017, en el proceso 01-AI-2015

⁷⁹ Dictamen 04-2019

y de cuestiones, sin soporte en una uniforme interpretación de la norma comunitaria andina.

Por seguridad jurídica, los procesos judiciales no pueden extenderse al infinito; se debe garantizar el postulado de la “cosa juzgada”. Por lo general, se garantiza el principio de la doble instancia, haciendo que el superior jerárquico revise la actuación del juez de menor jerarquía mediante un instrumento procesal que casi siempre se llama recurso de apelación. En esto radica lo ordinario de la actuación y de los recursos: unos jueces de instancia organizados por grados jerárquicos (primera y segunda), y un recurso de apelación que posibilita el sistema de revisión por parte del juez de mayor jerarquía. Para revisar un fallo judicial después de que se agota el trámite ordinario, la mayoría de los sistemas jurídicos consagran sistemas extraordinarios como el recurso de casación o de revisión, con las características básicas anteriormente anotadas.

A esta vía extraordinaria acceden pocos asuntos debido a su naturaleza restrictiva y de una gran carga técnico- jurídica; cuando la figura extraordinaria está bien empleada, tiene como efecto inmediato la limitación de su campo de acción. Por esta razón y salvaguardando la validez y eficacia del orden jurídico andino, el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque éste concreta definitivamente la litis en la gran mayoría de asuntos. Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales.

Como el Tribunal en sus interpretaciones prejudiciales no puede fijar el sentido, aplicar o analizar el derecho interno, le corresponde al juez consultante precisar el alcance del mismo y, por ende, de sus figuras procesales. En el presente caso, es la corte peruana la que debe establecer la naturaleza de los recursos e instrumentos procesales que consagra la norma interna; debe determinar si el recurso de casación nacional es ordinario o extraordinario, si es una tercera instancia o no, así como todo lo relacionado con su operatividad. Esto, se reitera, no es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Si en el ámbito interno se llegare a la conclusión que la figura de casación peruana es una tercera instancia, de conformidad con todo lo planteado, sería el juez que conoce este recurso el obligado a realizar la consulta prejudicial.” (Énfasis agregado)

[108] Asimismo, en el marco del Proceso N° 121-IP-2014⁸⁰, el TJCA precisó lo siguiente:

“El concepto de “juez nacional”, en el sentido de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal y de los artículos 122, 123, 125, 127 y 128 de su Estatuto, constituye un concepto autónomo, propio del Derecho Comunitario Andino que debe ser definido por el Tribunal de acuerdo con criterios propios y tomando en cuenta el objeto del instituto de la interpretación prejudicial. De esta manera, no resulta permisible la simple referencia a los derechos nacionales, debido a que cada legislación puede conferir una dimensión diferente al término “juez nacional”; aspecto que por lo demás puede generar una restricción indebida al acceso a la justicia comunitaria que imparte este Tribunal. En efecto, pone en riesgo la aplicación uniforme de las normas comunitarias y promueve su fragmentación.

El Tribunal, en cumplimiento de su misión de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario en todos los Países Miembros de la Comunidad Andina, no se ha limitado a realizar

⁸⁰ Proceso 121-IP-2014 de 20 de noviembre de 2014

una interpretación restrictiva y mucho menos literal del artículo 33 de su Tratado de Creación y de los artículos 122 y 123 de su Estatuto, sino que a través de los años ha ido ampliando el alcance del concepto de “juez nacional” a los fines de la interpretación prejudicial; considerando que se trata de un término genérico y comprensivo de todas las autoridades que administran justicia por mandato legal.”

[109] Asimismo, el proceso señalado⁸¹ continua y concluye en los siguientes términos:

“Como conclusión, el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, **cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino.** Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el “juez nacional” y el “juez comunitario” en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración”. (Énfasis agregado)

[110] En relación a ello, es preciso indicar que no le corresponde a este órgano comunitario calificar o valorar las apreciaciones del juez nacional, quien es el único competente para evaluar si es procedente, previsible y necesaria la aplicación de una norma andina para resolver la controversia⁸².

[111] Al respecto, el TJCA ha indicado lo siguiente:

“En otras palabras, **es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso,** antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando, como hemos dicho, “Los jueces nacionales ... conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...”. **No basta por tanto que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica.** De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos.

Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe

⁸¹ Proceso 121-IP-2014 de 20 de noviembre de 2014

⁸² Ello se ve reforzado con lo dispuesto en el Dictamen 02-2010 de fecha 24 de marzo de 2010, en donde esta SGCA señaló que: “(...), tanto en la fase prejudicial como judicial, los órganos comunitarios: i) no tienen a su disposición todos los actuados del proceso judicial en sede nacional en el que se ha emitido una decisión o sentencia, por lo que una revisión de ésta en cuanto a la solución que ha proporcionado a determinada controversia podría afectar la observancia del principio de verdad procesal que exige que la verdad en un proceso surja de los medios probatorios y de lo actuado íntegramente en el mismo; ii) no se encuentran habilitados para confrontar a las partes del proceso judicial en sede nacional, por lo que una revisión de la decisión o sentencia del juez nacional en cuanto a la solución que éste ha proporcionado a determinada controversia podría afectar la observancia del principio de contradicción o audiencia bilateral que exige que todos los actos de un proceso deban realizarse con conocimiento de las partes; y, iii) no disponen de competencia para calificar los hechos materia del proceso judicial en sede nacional, calificación que tampoco corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la tramitación de una solicitud de Interpretación Prejudicial aun cuando en este caso sí se dispone de un informe de los hechos que el juez nacional considera relevantes para la interpretación, lo que no ocurre en el contexto de una Acción de Incumplimiento.”

*hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal, **sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la litis.** De otra parte, no parece evidente, ni mucho menos, que tal condición se cumpla en el presente caso. (...).”⁸³ (Énfasis agregado)*

- [112] En ese sentido, es el juez nacional a quien le corresponde determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial del TJCA; ello, con la finalidad esencial de garantizar la aplicación correcta y uniforme del Derecho comunitario.
- [113] En este punto hay que señalar que por vía de la interpretación prejudicial, el TJCA no interpreta el contenido y alcance del derecho nacional ni califica los hechos materia de proceso, ya que se limita a precisar el contenido y alcance de las normas andinas, desde un punto de vista jurídico.⁸⁴ En tal sentido, a modo general esta Secretaría General tiene a bien indicar que la interpretación prejudicial no se puede utilizar para reevaluar los actos jurisdiccionales nacionales o servir como un recurso de revisión o alzada de tales actos y menos en el ámbito del derecho penal.
- [114] La Secretaría General también considera necesario aclarar que “... *la fase prejudicial de la acción de incumplimiento no es una tercera instancia de las sentencias dictadas por los tribunales nacionales; ya que su único fin es emitir un dictamen (opinión calificada), respecto del cumplimiento o no del ordenamiento jurídico comunitario y no propiamente sobre la materia de la litis de la sentencia nacional.*”⁸⁵
- [115] De lo expuesto y que obra en el expediente, esta Secretaría General entiende que la conducta del señor Germán Alberto Restrepo Fernández se suscitó exclusivamente a la luz de normas nacionales en el ámbito estrictamente penal.
- [116] En este sentido, es necesario expresar que a partir del tenor literal del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena no se aprecia disposiciones relacionadas al procedimiento penal.

“Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.”

- [117] Por otro lado, el artículo 4 del TCTJCA dispone que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Asimismo, se

⁸³ Interpretación Prejudicial de fecha 26 de febrero de 1991 del Proceso 02-IP-91.

⁸⁴ Interpretación Prejudicial de fecha 7 de agosto de 1995 del Proceso 4-IP-94 e Interpretación Prejudicial de fecha 3 de diciembre de 1987 del Proceso 1-IP-87.

⁸⁵ Dictamen 003-2017 de fecha 21 de diciembre de 2017

comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

[118] En relación a lo dispuesto en el citado artículo 4, el TJCA ha precisado lo siguiente:

*“Debe precisarse, así mismo, que **las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado.** De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos (sic) y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros.”⁸⁶ (Énfasis agregado)*

[119] Consecuentemente, esta Secretaría General considera que se debe tener presente que los objetivos del Acuerdo Subregional de Integración Andina no llegan o no comprenden aspectos en materia de armonización, unificación u homologación de las legislaciones o de los procedimientos en el ámbito del derecho penal de los Países Miembros.

[120] Asimismo, en el marco del Acuerdo de Cartagena, norma fundacional y parte del Derecho Originario del proceso de integración andino, no se abarca la materia de política penal y criminal de los Países Miembros, que se encuentra bajo la soberanía de los propios Estados.

[121] Ahora bien, en relación a lo alegado por la reclamante respecto a que de acuerdo con varios antecedentes jurisprudenciales descritos, era necesario que se solicite al TJCA y éste emitiera interpretación prejudicial respecto a determinadas normas comunitarias; es preciso señalar que la interpretación que realiza el TJCA es la siguiente:⁸⁷.

“La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la “teoría del acto claro” no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino. Las sentencias han de recoger las peticiones formuladas por el juez nacional a fin de que éste pueda aplicar la norma comunitaria según las circunstancias o los hechos y los fundamentos de derecho que rodean al proceso, considerado como una individualidad jurídica.”

[122] Por lo expuesto, esta Secretaría General concluye que no se verifica que la causa fuera una en la que debía aplicarse el derecho comunitario andino, considerando que no se tiene alcance al derecho penal de los Países Miembros y, tampoco se verifica la obligación del juez nacional de solicitar la interpretación prejudicial en el reclamo presentado; por lo que no se configura el incumplimiento de los artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA ni del artículo 123 de la Decisión 500.

[123] De las consideraciones que se desprenden de los documentos que obran en el expediente, esta Secretaría General no evidencia irregularidad manifiesta y arbitraria en el proceder de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, teniendo presente que conforme su fallo judicial, se tiene que el análisis realizado fue en el marco de criterios jurídicos y técnicos del Código Penal colombiano constituyendo figuras estrictamente penales.

[124] Por lo expuesto, al no existir sustento para proseguir con el análisis del supuesto incumplimiento demandado, no corresponde que se analicen los puntos relativos a si el

⁸⁶ Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2000 del Proceso 16-AI-2000. Citada en la Sentencia de fecha 27 de agosto de 2003 del Proceso 52-AI-2002.

⁸⁷ Interpretación Prejudicial de fecha 7 de agosto de 1995 del Proceso 04-IP-94.

presente proceso se podría constituir en instancia adicional de revisión de una sentencia nacional.

5.2.2. Sobre la flagrancia alegada

[125] La reclamante ha señalado en el numeral 3 del escrito de reclamo señala que, “... las autoridades judiciales de Colombia incumplieron este trámite y con ello se constituyó una flagrante violación al debido proceso”

[126] Al respecto, la reclamada señala que “El Reclamante no incluye dentro de su texto de reclamación referencia alguna a sus pretensiones en el marco de la acción de incumplimiento que adelanta. De forma vaga y abstracta hace referencia a que “las autoridades judiciales de Colombia incumplieron este trámite (la solicitud de interpretación prejudicial) y con ello se constituyó una flagrante violación al debido proceso” (Página 2, paréntesis fuera de texto original), y que se emita un “Dictamen motivado puesto que la lesión jurídica, moral y psicológica, así como los perjuicios ocasionados continúan vigentes hasta la fecha de hoy” (Página 12).”⁸⁸

[127] Asimismo, continúa señalando que, “... vale la pena mencionar que el Reclamo se interpone casi cinco años después del rechazo del último acto acusado, cuando ya no existe ningún recurso disponible para el Reclamante. De este modo, el Reclamo parece un intento por revivir una controversia respecto de la que ya existe una sentencia condenatoria en firme con fuerza de cosa juzgada, así como otros actos jurídicos ejecutoriados con los cuales el Reclamante agotó todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles para la defensa de sus derechos subjetivos.”⁸⁹

[128] En relación a ello, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 24 de la Decisión 623, el cual establece lo siguiente respecto a la flagrancia:

“Artículo 24. - Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad.”

[129] Como se puede observar, de acuerdo con el tenor del artículo citado, se considera flagrante cuando el incumplimiento sea evidente, en casos “tales como” cuando el incumplimiento recae sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el TJCA se hubiese pronunciado con anterioridad. Así, resulta necesario que para calificar un supuesto incumplimiento como flagrante, tal incumplimiento deba ser evidente.

[130] En el presente caso y conforme a lo expresado precedentemente y lo señalado en este punto, no se aprecia que exista incumplimiento, por tanto, no corresponde calificar la flagrancia alegada.

⁸⁸ Contestación del Reclamo de fecha 8 de marzo de 2021, p. 31

⁸⁹ Contestación del Reclamo de fecha 8 de marzo de 2021, p. 32

VI. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

[131] Por todo lo anterior, la Secretaría General de la Comunidad Andina, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los motivos expuestos en el presente Dictamen considera que no ha quedado demostrado que la República de Colombia, actuando a través de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá de la República de Colombia, haya incumplido obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Jorge Hernando Pedraza
Secretaria General