



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 01-AI-2021

Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Germán Alberto Restrepo Fernández contra la República de Colombia, en particular contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, por el presunto incumplimiento del Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Magistrado ponente: Gustavo García Brito

En San Francisco de Quito, a los veinte días del mes de mayo del año 2022, en el marco de la Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Germán Alberto Restrepo Fernández (en adelante, el **señor Restrepo** o el **demandante**) contra la República de Colombia (en adelante, **Colombia** o la **demandada**), por la actuación de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por el presunto incumplimiento del Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tratado de Creación del TJCA**) y del Artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Estatuto del TJCA**), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**), reunido en Sesión Judicial celebrada por medios telemáticos¹, adopta por unanimidad el presente Auto.

VISTOS:

El escrito de demanda en Acción de Incumplimiento de fecha 18 de mayo de 2021, recibido vía *courier* el día 20 de mayo de 2021.

El Auto emitido por el TJCA en fecha 19 de noviembre de 2021.

El escrito de fecha 21 de enero de 2022, por medio del cual Colombia presentó contestación de la demanda y formuló excepciones previas.

¹ De conformidad con lo establecido en el Artículo 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado mediante Acuerdo 01/2020, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4011 del 30 de junio de 2020.



El Auto emitido por el TJCA en fecha 4 de marzo de 2022.

El escrito de fecha 10 de marzo de 2022, suscrito por el abogado Gustavo Adolfo Niño Rojas en calidad de apoderado del demandante, a través del cual, se pronunció sobre las excepciones previas formuladas por Colombia.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1. El 20 de mayo de 2021, el TJCA recibió vía *courier* la demanda en Acción de Incumplimiento interpuesta por el demandante contra Colombia, por la actuación de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por el presunto incumplimiento del Artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y del Artículo 123 del Estatuto del TJCA.
- 1.2. Mediante Auto de fecha 19 de noviembre de 2021, el TJCA decidió, entre otros, admitir a trámite la demanda interpuesta por el señor Restrepo.
- 1.3. El 21 de enero de 2022, Colombia contestó la demanda en Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Restrepo y planteó las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia del TJCA.
- 1.4. Mediante Auto de fecha 4 de marzo de 2022², el Tribunal decidió tener por contestada la demanda por parte de Colombia; y, entre otros, admitir a trámite las excepciones previas formuladas por la parte demandada y correr traslado de estas al demandante.
- 1.5. En fecha 10 de marzo de 2022, el demandante presentó un escrito, a través del cual, se pronunció sobre las excepciones previas planteadas por Colombia.

2. CUESTIONES EN DEBATE

A fin de resolver las excepciones previas de falta de jurisdicción y falta de competencia del TJCA para conocer y resolver las pretensiones del demandante, formuladas por Colombia, corresponde que el Tribunal analice los siguientes temas:

- (i) Las providencias judiciales y otros actos como conductas objeto de censura en la Acción de Incumplimiento.
- (ii) Jurisdicción y competencia del TJCA para conocer y resolver la Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Restrepo.

² Debidamente notificado el mismo día.



3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

3.1. Las providencias judiciales y otros actos como conductas objeto de censura en la Acción de Incumplimiento³

3.1.1. La Acción de Incumplimiento es una acción jurisdiccional esencialmente contenciosa destinada a garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración subregional, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos y las obligaciones que han asumido los Países Miembros, en el marco del ordenamiento jurídico comunitario andino. En este sentido, en jurisprudencia reiterada el TJCA se ha pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de la Acción de Incumplimiento:

«En cuanto hace a la naturaleza de la acción de incumplimiento, ésta es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (...).»⁴

(Subrayado agregado)

3.1.2. En la Sentencia recaída en el Proceso 2-AI-97⁵, el TJCA destacó la importancia de la Acción de Incumplimiento como pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario andino, en los siguientes términos:

«El recurso de incumplimiento es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario y mediante el cual se ejerce el control del comportamiento de los Estados. El sistema andino de integración presupone la existencia de un orden de derecho, un ordenamiento normativo comunitario frente al cual los Países Miembros que forman parte integrante del mismo tienen dos órdenes de obligaciones: las **de hacer** o sea adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y las de **no hacer**, o sea el no adoptar ni emplear medidas contrarias a su aplicación o que de algún modo las obstaculicen.»

(Subrayado agregado)

3.1.3. De conformidad con lo previsto en el Artículo 23 del Tratado de Creación del TJCA y en el Artículo 107 del Estatuto del TJCA, la Acción de Incumplimiento tiene por finalidad que un País Miembro, cuya conducta

³ De modo referencial, ver Sentencia recaída en el Proceso N° 10-AI-2015 del 12 de febrero de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3914 de fecha 2 de marzo de 2020.

⁴ Ver Sentencia recaída en el Proceso N° 1-AI-96 del 30 de octubre de 1996, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 234 de fecha 21 de noviembre de 1996.

⁵ De fecha del 24 de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 391 de fecha 11 de diciembre de 1998.



se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, de cumplimiento a las obligaciones y compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Integración Subregional Andino (en adelante, el **Acuerdo de Cartagena**).

3.1.4. El segundo párrafo del Artículo 107 del Estatuto del TJCA establece lo siguiente:

«Artículo 107.- Objeto y finalidad

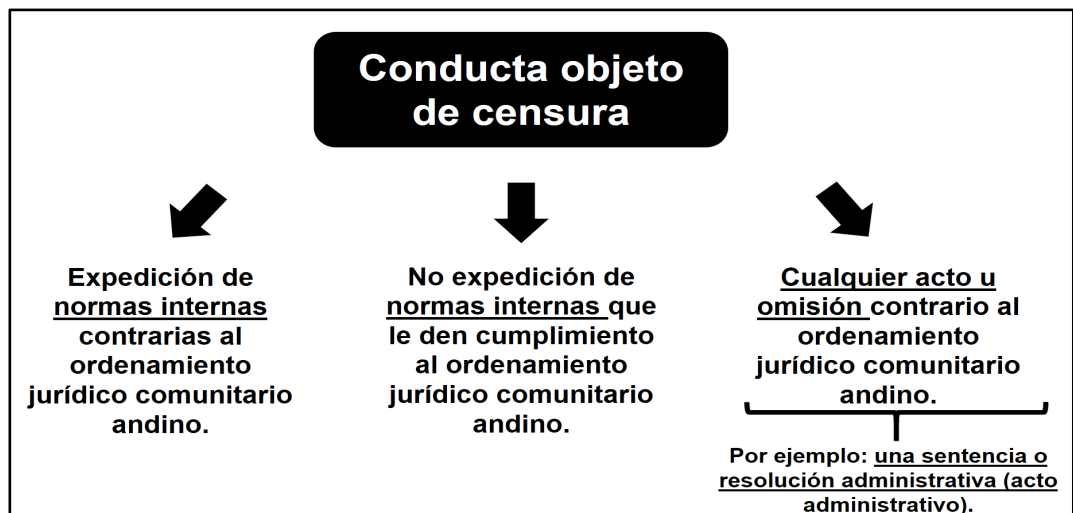
(...)

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.»

(Subrayado agregado)

3.1.5. Como puede advertirse, la conducta objeto de censura; es decir, materia de la Acción de Incumplimiento, puede consistir en la realización, por parte de una autoridad jurisdiccional o administrativa nacional, de cualquier acto u omisión contrario al ordenamiento jurídico comunitario andino. Así, por ejemplo, el acto podría consistir en una providencia judicial (Sentencia, Auto, u otro acto judicial), una resolución administrativa (acto administrativo), un laudo arbitral, o una norma legal o reglamentaria contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, tal como se aprecia en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 1



Fuente: Elaboración propia.

3.1.6. En atención a lo anterior, una de las conductas objeto de censura vía Acción de Incumplimiento es la realización de un acto que bien podría concretarse en la emisión de una providencia judicial contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino.

- 3.1.7. De manera específica, también es procedente la Acción de Incumplimiento cuando una autoridad jurisdiccional nacional obligada a realizar una solicitud de Interpretación Prejudicial se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta, sea facultativa (Artículo 122 del Estatuto del TJCA) o sea obligatoria (Artículo 123 del Estatuto del TJCA), aplique una interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.
- 3.1.8. En efecto, el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del TJCA establece lo siguiente:

«Artículo 128. – Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial.

(...)

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal (...).»

- 3.1.9. En el presente Auto se analizarán ambos supuestos, con el fin de otorgar un marco general de la Acción de Incumplimiento por la emisión de providencias judiciales.

En las Acciones de Incumplimiento por la emisión de providencias judiciales solo se analiza si los criterios jurídicos contenidos en estas contravienen o no lo establecido en la norma andina

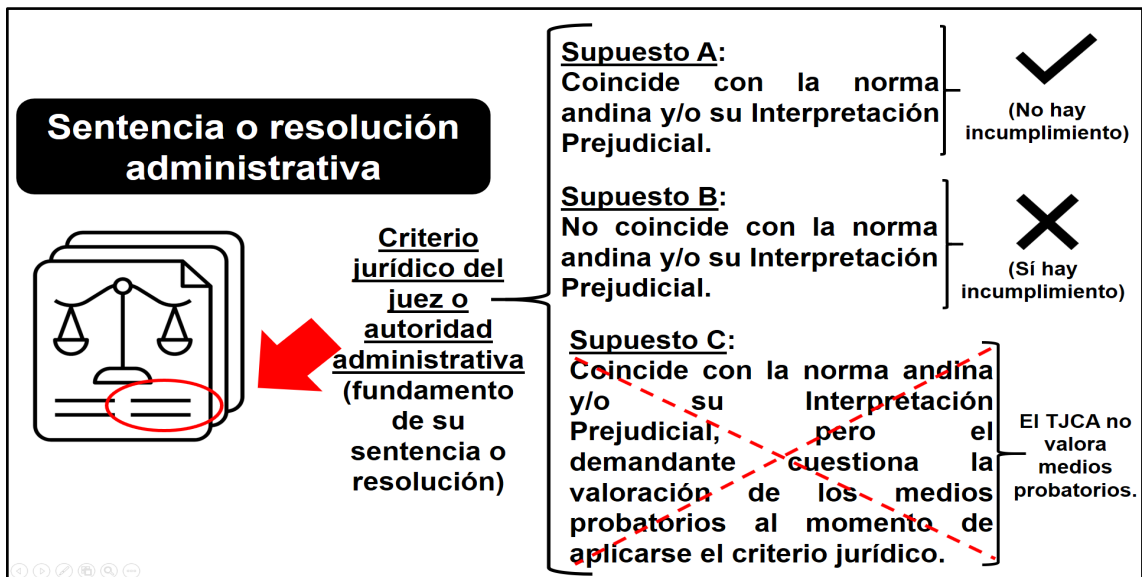
- 3.1.10. Como se mencionó anteriormente, el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del TJCA establece expresamente que los Países Miembros y los particulares tienen derecho a acudir ante el TJCA en ejercicio de la Acción de Incumplimiento, cuando la autoridad jurisdiccional nacional obligada a realizar una consulta prejudicial se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta, aplique una interpretación diferente a la dictada por el TJCA.
- 3.1.11. Si procede interponer la Acción de Incumplimiento cuando una autoridad jurisdiccional nacional obligada a realizar la consulta se abstiene de hacerlo o cuando una providencia judicial se aparta o contradice lo establecido en una Interpretación Prejudicial del TJCA, con mayor razón resulta procedente interponer dicha acción si la providencia judicial se aparta o contradice lo establecido en una norma del derecho comunitario andino. Sería absurdo pensar que solo procede interponer la Acción de Incumplimiento cuando la providencia judicial efectúa una interpretación jurídica distinta a la dictada por el Tribunal, y no cuando la providencia judicial contiene un criterio jurídico (fundamento jurídico) que contraviene lo establecido en el ordenamiento jurídico comunitario andino.
- 3.1.12. Ahora bien, en las Acciones de Incumplimiento por la emisión de providencias judiciales (o laudos arbitrales o resoluciones administrativas), el TJCA solo analiza si los criterios jurídicos contenidos en estas contravienen o no lo establecido en la norma andina o en la



interpretación auténtica de dicha norma realizada por este Tribunal a través de sus Interpretaciones Prejudiciales.

- 3.1.13. Es necesario reiterar que, el TJCA no valora los medios probatorios merituados por la autoridad jurisdiccional nacional. Lo que hace es verificar si el criterio jurídico —adoptado por el juez nacional, árbitro o tribunal arbitral, o autoridad administrativa— contraviene o no el ordenamiento jurídico comunitario andino (norma andina y/o Interpretación Prejudicial).
- 3.1.14. 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 judicial (o administrativa) viola o no el ordenamiento jurídico comunitario andino, pero no es competente para verificar la valoración de los medios probatorios merituados por la autoridad jurisdiccional (o autoridad administrativa), 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.
- 3.1.15. Debe quedar claro que, a través de la Acción de Incumplimiento, el TJCA sí puede verificar o analizar si el fundamento o criterio jurídico utilizado por la autoridad jurisdiccional (o administrativa) viola o no el ordenamiento jurídico comunitario andino. Lo que no puede hacer es analizar la valoración de los medios probatorios efectuada por la autoridad jurisdiccional (o autoridad administrativa). Lo señalado hasta el momento puede apreciarse en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 2



Fuente: Elaboración propia.

3.1.16. En ese mismo orden de ideas, corresponde recordar también que en la Sentencia recaída en el Proceso N° 01-AI-2017⁶, este Tribunal se refirió a la finalidad de la Acción de Incumplimiento promovida a petición de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos, en los siguientes términos:

«106. La acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen, la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.

107. No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.

108. La acción de incumplimiento bajo ningún concepto se convierte en una segunda ni tercera instancia ante la cual el País Miembro o un particular que se sienta afectado pueda solicitar a este Tribunal modificar el pronunciamiento de la autoridad nacional interna, lo que este Organismo realiza es velar por el cumplimiento de la norma comunitaria más no resolver un proceso interno.»

3.1.17. Conforme a lo desarrollado hasta el momento, se pueden arribar a las siguientes conclusiones:

- (i) Procede interponer la Acción de Incumplimiento cuando una autoridad jurisdiccional obligada a realizar la consulta prejudicial se abstenga de hacerlo o cuando una providencia judicial (Sentencia, Auto u otro acto judicial) se aparta o contradice lo establecido en una Interpretación Prejudicial del TJCA.
- (ii) En la Acción de Incumplimiento por la emisión de providencias judiciales, el TJCA solo puede verificar o analizar si el fundamento o criterio jurídico utilizado por la autoridad administrativa o jurisdiccional viola o no el ordenamiento jurídico comunitario andino.
- (iii) En la Acción de Incumplimiento por la emisión de providencias judiciales, el TJCA no valora los medios probatorios merituados por la autoridad administrativa o jurisdiccional.

⁶ Del 16 de mayo de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3654 de fecha 4 de junio de 2019.



La figura jurídica de la Interpretación Prejudicial y las precisiones sobre los derechos previstos en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del TJCA⁷

a) La Interpretación Prejudicial

3.1.18. El Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, aprobado por el Acuerdo 08/2017⁸ y modificado por el Acuerdo 04/2018⁹ del TJCA, en el Literal a) del Artículo 2 establece el siguiente concepto de Interpretación Prejudicial:

«Artículo 2.- Glosario de términos. -

a) **Interpretación Prejudicial:** mecanismo procesal mediante el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina explica el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, así como orienta respecto de las instituciones jurídicas contenidas en tales normas, con la finalidad de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de dicho ordenamiento en los Países Miembros de la Comunidad Andina.

(...).»

3.1.19. En atención a ello, la Interpretación Prejudicial constituye un mecanismo de cooperación entre las autoridades administrativas, los jueces o árbitros nacionales y el TJCA, en el que este último interpreta en forma objetiva y uniforme la norma comunitaria y a los primeros les corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno¹⁰. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme de la norma andina en el territorio de los Países Miembros.

3.1.20. En efecto, la función del TJCA 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 de las autoridades nacionales dentro de las esferas de su competencia¹¹. No obstante, el Tribunal se encuentra facultado para referirse a los hechos por disposición expresa del Artículo 34 del Tratado de Creación del TJCA, cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

⁷ De modo referencial, ver Sentencia recaída en el Proceso 01-AI-2015 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3100 del 25 de septiembre de 2017.

⁸ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017.

⁹ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018.

¹⁰ Interpretación Prejudicial N° 6-IP-93 de fecha 25 de febrero de 1994, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 150 del 25 de marzo de 1994.

¹¹ Interpretación Prejudicial N° 30-IP-99 de fecha 3 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 497 del 18 de octubre de 1999.



- 3.1.21. Cualquier autoridad administrativa¹², juez o árbitro de un País Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar al TJCA la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina —contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del TJCA y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; en las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**); y, en los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros en el marco del proceso de integración andina— en todos aquellos casos en que estas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno¹³.
- 3.1.22. Los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno —o si solo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria¹⁴—, están obligados, en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la

¹² **Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales**

«Artículo 2.- Glosario de términos. –

(...)

- d) Órganos administrativos: para efectos de la solicitud de Interpretación Prejudicial se entenderá por órgano administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales aquel que cumple los siguientes requisitos:
- i) Creado por norma constitucional o legal.
 - ii) De naturaleza permanente.
 - iii) El carácter obligatorio de sus competencias.
 - iv) Aplica normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias.
 - v) El carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo; esto es, que resuelve un conflicto entre dos partes con intereses opuestos.
 - vi) Que en el trámite se respete el debido procedimiento.
 - vii) Decisiones motivadas.
 - viii) Independencia (autonomía funcional) e imparcialidad.»

¹³ **Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales**

«Artículo 5.- Forma de solicitar la Interpretación Prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes. -

Los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes pueden, de oficio o a petición de parte, solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, en todos aquellos casos en que estas deban ser aplicadas o se controviertan por las partes en un proceso interno, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los Artículos 122, 123, 124 y 125 de su Estatuto. De igual manera podrán formular preguntas relacionadas con el contenido y alcances de la norma andina, las cuales serán absueltas de manera general. Se rechazarán las preguntas impertinentes y aquellas que busquen resolver el caso concreto.»

¹⁴ Interpretación Prejudicial N° 1-IP-87 de fecha 3 de diciembre de 1987, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 28 del 15 de febrero de 1988, e Interpretación Prejudicial N° 3-IP-90 de fecha 25 de septiembre de 1990, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 70 del 15 de octubre de 1990.



Interpretación Prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida¹⁵ o sobre casos similares o análogos¹⁶.

- 3.1.23. En los casos en los que la consulta prejudicial sea obligatoria¹⁷ —órganos jurisdiccionales 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 sentencia¹⁸ y en una solemnidad inexcusable e indispensable¹⁹ que debe tener presente la autoridad nacional antes de emitir su fallo, cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales de consecuencias impredecibles²⁰.
- 3.1.24. 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 doctrinal²¹. Su naturaleza es la de un instrumento procesal que orienta y vincula a la autoridad administrativa, juez o árbitro respecto del contenido y alcance de la norma comunitaria andina a ser aplicada en el caso concreto. La Interpretación Prejudicial constituye una Sentencia emitida en el marco de un proceso judicial de carácter no contencioso.
- 3.1.25. La solicitud de la autoridad administrativa, juez o árbitro por la cual requiere la Interpretación Prejudicial debe motivarse de manera sucinta,

¹⁵ Interpretación Prejudicial N° 7-IP-89 de fecha 24 de noviembre de 1989, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 53 del 18 de diciembre de 1989.

¹⁶ Interpretación Prejudicial N° 1-IP-97 de fecha 18 de marzo de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 344 del 28 de mayo de 1998; e Interpretación Prejudicial N° 4-IP-94 de fecha 7 de agosto de 1995, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 189 del 10 de septiembre de 1995.

¹⁷ **Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales**

«Artículo 2.- Glosario de términos. -

(...)

- b) **Consulta Obligatoria:** es la interpretación solicitada por órganos jurisdiccionales de única o última instancia. En este sentido, cuando la sentencia o laudo no fuere susceptible de impugnación, el órgano jurisdiccional debe suspender el proceso y solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación de la norma comunitaria andina materia de la controversia.»

¹⁸ Interpretación Prejudicial N° 6-IP-99 de fecha 18 de junio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 468 del 12 de agosto de 1999.

¹⁹ Interpretación Prejudicial N° 10-IP-94 de fecha 17 de marzo de 1995, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 177 del 20 de abril de 1995.

²⁰ Interpretación Prejudicial N° 11-IP-96 de fecha 29 de agosto de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 299 del 17 de octubre de 1997.

²¹ Interpretación Prejudicial N° 10-IP-94 de fecha 17 de marzo de 1995, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 177 del 20 de abril de 1995; e Interpretación Prejudicial N° 1-IP-2002 de fecha 10 de abril de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 786 del 24 de abril de 2002.



clara y completa, de modo que permita al Tribunal lograr una comprensión global del caso consultado.

- 3.1.26. En efecto, la solicitud debe incluir un informe sucinto de los hechos²² que el solicitante considere relevantes para que el TJCA pueda cumplir su cometido, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere y las alegaciones que se hubieren hecho respecto de la aplicación de tales normas; deberá asimismo ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables; todo ello con el objeto de permitir al TJCA enfocar u orientar la interpretación al caso concreto, de suerte que esta resulte efectivamente útil para la autoridad administrativa, juez o árbitro que debe fallar. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario²³.
- 3.1.27. La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar la sentencia, el laudo arbitral o el acto administrativo que pone fin a la instancia²⁴, aunque, a los efectos de lograr una comprensión global del asunto debatido y que la respuesta del TJCA resulte útil, es deseable que la decisión de plantear una solicitud de Interpretación Prejudicial se adopte después de haber oído a las partes, de modo que la autoridad administrativa, juez o árbitro tenga los elementos de juicio necesarios para resumir, en la correspondiente solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio.
- 3.1.28. Requerida la Interpretación Prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia del TJCA el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, el acervo de las normas sugeridas o no por el requirente; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que

²² **Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales**

«Artículo 7.- Informe sucinto de los hechos. -

El órgano jurisdiccional o administrativo competente que solicita la Interpretación Prejudicial debe presentar un informe sucinto y claro de los hechos que considere relevantes para su consulta, de modo que permita al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lograr una comprensión global del caso consultado.»

²³ Interpretación Prejudicial N° 30-IP-99 de fecha 03 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 497 del 18 de octubre de 1999.

²⁴ **Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales**

«Artículo 8.- Momento procesal para solicitar la Interpretación Prejudicial.

La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier momento antes de dictar la sentencia, el laudo o el acto administrativo que pone fin a la instancia, según corresponda.»



él mismo estime conducente^{25 26}.

- 3.1.29. Una vez notificada la Interpretación Prejudicial a una autoridad administrativa, al juez o a un árbitro, sea en atención a una consulta facultativa (Artículo 122 del Estatuto del TJCA) o a una consulta obligatoria (Artículo 123 del Estatuto del TJCA), el órgano o la entidad consultante continuará la tramitación del proceso interno y en su decisión deberá adoptar el pronunciamiento del TJCA.²⁷ Además, las autoridades nacionales deben remitir al TJCA dicha decisión dictada en los casos objeto de Interpretación Prejudicial²⁸.
- 3.1.30. Como corolario de todo lo anterior, tenemos que la Interpretación Prejudicial es un mecanismo fundamental para el control de la validez y eficacia del derecho comunitario andino, y solo es posible en el marco del principio de colaboración entre las autoridades administrativas, los jueces o árbitros nacionales y el TJCA.

b) Acción de Incumplimiento en el marco del Artículo 128 del Estatuto del TJCA

- 3.1.31. En el marco del derecho previsto en el ya citado segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del TJCA, y tal como se estableció de manera precedente, para que los Países Miembros o los particulares puedan acudir ante la justicia comunitaria andina en Acción de Incumplimiento, se debe presentar una de las siguientes situaciones: (i) que una autoridad jurisdiccional nacional obligada a requerir la Interpretación Prejudicial se abstenga de hacerlo; o, (ii) si una autoridad nacional jurisdiccional o administrativa que habiendo efectuado la consulta prejudicial de manera obligatoria o facultativa aplique en su sentencia una interpretación diferente a la emitida por este Tribunal. Así, el derecho de acudir al TJCA en Acción de Incumplimiento debe ser entendido dentro del marco de legitimación activa expresamente establecido en el Tratado de Creación del TJCA y, además, de conformidad con lo previsto en las disposiciones del Estatuto del TJCA.

²⁵ Interpretación Prejudicial N° 01-IP-94 de fecha 11 de octubre de 1994, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 164 del 2 de noviembre de 1994.

²⁶ **Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales**

«Artículo 10.- Contenido de las Interpretaciones Prejudiciales. -

10.1 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, además de interpretar las normas indicadas de modo directo por el consultante, así como aquellas normas contenidas o derivadas de las preguntas específicas formuladas por el consultante, podrá adicionar o restringir las normas pertinentes a ser interpretadas, según lo advierta de la materia controvertida del procedimiento o proceso interno.

(...)

²⁷ Artículo 35 del Tratado de Creación del TJCA.

²⁸ Tercer párrafo del Artículo 128 del Estatuto del TJCA.



3.1.32. En ese sentido, corresponde precisar que para que el derecho previsto en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del TJCA sea correctamente ejercido, debe circunscribirse a los siguientes parámetros:

- a) Únicamente los sujetos que participaron efectivamente en el proceso interno, sea como partes principales o como coadyuvantes, podrán ejercer el derecho previsto en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del TJCA. Excepcionalmente podrá interponer la acción quien, sin haber sido parte en el proceso interno, demuestra la afectación o potencial afectación en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la resolución, sentencia o laudo emitido por el órgano jurisdiccional o la entidad nacional correspondiente.
- b) Dicha disposición prevé dos supuestos distintos: (i) que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un caso concreto no solicite la Interpretación Prejudicial **estando obligado a hacerlo**; y, (ii) que la autoridad administrativa, juez o árbitro nacional, una vez recibida la Interpretación Prejudicial por parte de este Tribunal, no la aplique o aplique una interpretación diferente.
- c) En ninguno de los dos supuestos antes señalados se podrá interponer una Acción de Incumplimiento como un recurso contra las actuaciones de la autoridad administrativa, juez o árbitro nacional, pues lo que se debe buscar es que se declare el incumplimiento de un País Miembro porque **un órgano de su jurisdicción no solicitó la Interpretación Prejudicial habiendo estado obligado a hacerlo, o porque una autoridad administrativa, juez o árbitro no aplicó lo establecido en la Interpretación Prejudicial al resolver el caso concreto**. No corresponde que por esta forma de acceder al TJCA, se busque que este órgano Jurisdiccional comunitario resuelva la controversia nacional de competencia y conocimiento exclusivo de las autoridades administrativas, jueces o árbitros nacionales.

3.2. **Jurisdicción y competencia del TJCA para conocer y resolver la Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Restrepo**

3.2.1. En el presente proceso, el demandante interpuso Acción de Incumplimiento contra Colombia, en particular contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por el presunto incumplimiento del Artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y del Artículo 123 del Estatuto del TJCA, al haberse omitido la solicitud de Interpretación Prejudicial obligatoria de las normas andinas con ocasión de la confirmación en segunda instancia de la sentencia condenatoria, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en contra del demandante²⁹, y

²⁹ Sentencia de segunda instancia penal emitida el 4 de diciembre de 2014, por la Sala de Decisión



contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al haber inadmitido la demanda de casación, con fundamento en que la argumentación respecto a la ausencia de la Interpretación Prejudicial del TJCA sería lacónica.

3.2.2. Colombia, en su escrito de contestación de la demanda, planteó las excepciones previas previstas en los numerales 1 y 2 del Artículo 61 del Estatuto del TJCA: falta de jurisdicción y falta de competencia del TJCA para conocer y resolver las pretensiones del demandante; alegando, en lo principal, lo siguiente:

- El TJCA no debe pronunciarse sobre el fondo de la demanda interpuesta por el señor Restrepo, debido a que la sentencia penal ejecutoriada en contra del demandante —conducta que constituye el objeto de la presente acción— tiene fuerza de cosa juzgada. En atención a ello y considerando las competencias atribuidas al TJCA, este órgano jurisdiccional no tendría competencia para ordenar modificaciones o ajustes a una sentencia nacional ejecutoriada.
- El demandante pretende que este Tribunal realice una «revaloración probatoria», a fin de obtener un pronunciamiento favorable a su versión de los hechos, a pesar de que sus pretensiones fueron desestimadas oportunamente por parte de los jueces penales de Colombia.
- El TJCA no tiene competencia para pronunciarse sobre la normativa penal, la política criminal, ni acerca de la determinación y ejecución de los procesos judiciales en el ámbito penal del Estado colombiano, toda vez que la legislación penal interna de los Países Miembros no forma parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario andino, y ninguno de los órganos que integran el Sistema Andino de Integración (en adelante, el **SAI**) tiene competencia para regular aspectos vinculados con materia penal.
- Las normas penales, así como aquellas que desarrollan la política criminal o punitiva del Estado colombiano, y los procedimientos judiciales establecidos en las leyes internas de Colombia para la determinación de la ocurrencia de conductas reprochables penalmente y la imputación de responsabilidad a las personas acusadas de cometerlas, no se encuentran sometidas a la normativa comunitaria andina, así como tampoco son elementos o conductas que tengan que ser valoradas frente al cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena.
- El presente caso versa sobre materias cuya regulación o

Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de Colombia, que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia, en contra del demandante, y lo sentenció a sesenta (60) meses de prisión por la comisión de los siguientes delitos: violación a los Derechos Morales de Autor y violación a los Derechos Patrimoniales de Autor y delitos conexos, dictada el 22 de agosto de 2014, por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito de Conocimiento del Distrito Judicial de Bogotá de Colombia.



armonización no forman parte de las funciones otorgadas expresamente a los órganos del SAI, razón por la cual, el carácter de cosa juzgada de una decisión judicial en materia penal resulta intangible en el ámbito comunitario «...ya que ni los objetivos del proceso de integración, ni los mecanismos acordados para lograrlos, posibilitan la extensión de este tipo de aspectos, reservados a una consideración expresa de los estados soberanos...».

- Las consultas obligatorias destinadas a obtener la Interpretación Prejudicial del TJCA no pueden estar referidas a aquellos aspectos que superan los objetivos y los mecanismos acordados en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del TJCA. Así, no cabe a los jueces en materia penal realizar dicha consulta, pues se trata de una materia para la cual los Países Miembros no otorgaron competencia alguna a los órganos comunitarios como la Comisión de la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la SGCA.
- No debe aplicarse una norma andina en un proceso penal «debido a que estos procedimientos internos tienen como fuente privativa y exclusiva las normas que, al respecto, determine el órgano legislativo o las disposiciones con fuerza material de ley, motivo por el cual excluye, por definición, los presupuestos determinados para las consultas de interpretación prejudicial...». Adicionalmente, la norma andina no contiene los elementos destinados a señalar «el comportamiento reprochado, el bien jurídico tutelado o la forma en que debe atribuirse la responsabilidad, como tampoco las alternativas en que puede participarse en la realización del injusto, las causales de exoneración de la responsabilidad y, (...) la sanción correspondiente, las circunstancias de agravación o atenuación».
- Dentro de un proceso penal nacional «la única fuente aplicable es el ordenamiento jurídico interno o aquél que por remisión expresa disponga la legislación del País Miembro», en virtud de que la política criminal y el proceso penal son asuntos que no deben ser regulados ni armonizados por los órganos comunitarios. Por lo tanto, el TJCA carece de competencia para conocer la Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Restrepo.

3.2.3. El demandante se pronunció sobre las excepciones previas alegadas por Colombia, indicando, en lo principal, lo siguiente:

- No es procedente la alegación de falta de jurisdicción o competencia del TJCA por la existencia de una sentencia judicial ejecutoriada o con calidad de cosa juzgada, debido a que, «para acceder a esta acción, es indispensable que se hayan agotado todos los recursos, ordinarios y extraordinarios al alcance del demandante, esto es, que haya fuerza de cosa juzgada».
- El demandante «no pretende cambiar, modificar o alterar ni un solo



ápice del fallo judicial y tampoco existe autoridad alguna, nacional o internacional (incluyendo el TJCA), que tenga la potestad para hacerlo. Este no es ni será el objeto de la presente Acción de Incumplimiento».

- El demandante no busca que el TJCA realice una revaloración probatoria, sino que su propósito es «demostrar la arbitraria aplicación que hicieron las autoridades judiciales frente a la legislación sobre derecho de autor y, por consiguiente, [que] dicha interpretación no se realizó de manera uniforme con la Decisión 351...».
- En la contestación de la demanda, Colombia se abstuvo de contradecir los argumentos sobre la incorrecta aplicación de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Decisión 351**) con lo cual se evidenciaría que el juez nacional adoptó decisiones contrarias al ordenamiento jurídico andino.
- El TJCA debe conocer los hechos del proceso penal para poder determinar «...si alguna de las disposiciones comunitarias del ordenamiento jurídico andino fue violada por la interpretación jurídica que le dio la Demandante (sic), si resulta relevante para el caso y/o si encuentra una duda razonable sobre la interpretación que hizo el juez nacional frente a los hechos».
- Si bien está de acuerdo con Colombia cuando señala que el TJCA no es competente para cambiar, alterar o modificar un fallo judicial y que no tiene la facultad para interferir en la política criminal ni en la legislación penal, civil o laboral de ningún País Miembro, considera, por el contrario, que el TJCA sí es competente para verificar si se cumplió con la obligación de solicitar la respectiva Interpretación Prejudicial antes de la emisión del fallo de última instancia, dentro de un proceso de cualquier materia en el que se controvierta o deba aplicarse alguna norma andina.
- Colombia no puede menoscabar o limitar las facultades del TJCA alegando una supuesta falta de competencia en el ámbito penal, debido a que esta materia no está taxativamente excluida o prohibida en los compromisos previstos en el Acuerdo de Cartagena.
- De acuerdo con lo establecido en el Artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA, sí sería posible solicitar una Interpretación Prejudicial dentro de un proceso penal, ya que dicha norma expresamente refiere que el juez nacional debe hacerlo «en todos los procesos». Por otra parte, la controversia nacional versa sobre derechos morales y patrimoniales de autor, que están regulados en la Decisión 351.
- Al ejercer su función de vigilar el cumplimiento de los compromisos previstos en el Acuerdo de Cartagena respecto de la Interpretación



Prejudicial obligatoria, el TJCA no interfiere en la política criminal, ni podría alterar un fallo judicial emitido por un País Miembro.

- El TJCA es competente para verificar si los fundamentos jurídicos contenidos en las providencias o fallos judiciales de los Países Miembros son contrarios al ordenamiento jurídico comunitario andino. En consecuencia, el TJCA sí tiene jurisdicción y es competente para conocer la presente Acción de Incumplimiento.

Análisis de la conducta demandada (objeto de control de legalidad y cumplimiento)

3.2.4. De la lectura de los siguientes documentos:

- Escrito de reclamo presentado por el demandante ante la SGCA, de fecha 27 de noviembre de 2020³⁰;
- Escrito de subsanación al reclamo presentado por el demandante ante la SGCA, de fecha 12 de diciembre de 2020³¹;
- Dictamen N° 001-2021 emitido por la SGCA en fecha 23 de marzo de 2021³²; y,
- Escrito de demanda presentado por el señor Restrepo ante el TJCA³³.

Se puede evidenciar que las conductas demandadas, a través de las cuales Colombia, en particular la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, estarían presuntamente incumpliendo las obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico comunitario andino, son las siguientes:

- Haberse expedido una providencia judicial, a través de la cual se confirma en segunda instancia la sentencia condenatoria dentro el Proceso N° 110001600009520060006800, por parte de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sin solicitar previamente Interpretación Prejudicial obligatoria, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA y 123 del Estatuto del TJCA; y,
- Haberse inadmitido la demanda de casación por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, con fundamento en que la argumentación del demandante respecto a la

³⁰ Ver folios 203 a 215 del expediente.

³¹ Ver folios 225 a 233 del expediente.

³² Ver folios 241 a 266 del expediente.

³³ Ver folios 1 a 48 del expediente.



ausencia de la Interpretación Prejudicial del TJCA sería lacónica.

- 3.2.5. En ese sentido, en primer lugar, es posible afirmar que existe suficiente congruencia entre las conductas que fueron demandadas por incumplimiento en la fase administrativa ante la SGCA y aquellas que constituyen el objeto de la demanda presentada en sede judicial.
- 3.2.6. En segundo lugar, el objeto del control de legalidad y cumplimiento que debe realizar el TJCA en el presente proceso está constituido precisamente por las conductas identificadas anteriormente, las cuales, guardan correspondencia con aquellas descritas en los párrafos 3.1.4. al 3.1.32. del presente Auto. Vale decir, se trata de providencias judiciales que se encuentran dentro de la categoría de «actos» a la que hace referencia el Artículo 107 del Estatuto del TJCA; y, además, se plantea la presente Acción de Incumplimiento sobre la base de las disposiciones previstas en el segundo párrafo del Artículo 128 *eiusdem*. Por lo que, *prima facie*, y tomando en cuenta únicamente la conducta demandada, es evidente que el TJCA tiene jurisdicción para conocer y resolver una demanda en Acción de Incumplimiento que se sustente en la conducta señalada, en virtud de las disposiciones de los Artículos 5 y 25 del Tratado de su creación³⁴, así como de los Artículos 4, 5³⁵, 107³⁶, 108 y 128 de su Estatuto³⁷.

³⁴ **Tratado de Creación del TJCA**

«**Artículo 5.-** Créase el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional de la misma, con la organización y las competencias que se establecen en el presente Tratado, y sus Protocolos Modificatorios.

El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador.»

«**Artículo 25.-** Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.»

³⁵ **Estatuto del TJCA**

«**Artículo 4.- Naturaleza y fines del Tribunal**

El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino.

Artículo 5.- Jurisdicción del Tribunal

El Tribunal ejerce su jurisdicción sobre la Comunidad Andina dentro del marco de competencias establecido en el ordenamiento jurídico comunitario.»

³⁶ Estatuto del TJCA, *loc. cit.*

³⁷ **Estatuto del TJCA**

«**Artículo 108.- Titulares de la acción**

Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.»



Análisis de los compromisos y obligaciones jurídicas generales y específicas asumidas por los Países Miembros (parámetro de control de legalidad y cumplimiento)

- 3.2.7. Para determinar si el TJCA tiene competencia, específicamente para resolver el fondo de la presente Acción de Incumplimiento, es preciso analizar también si existen compromisos asumidos por los Países Miembros previstos en el Acuerdo de Cartagena y obligaciones jurídicas generales y específicas previstas en las normas andinas aplicables al caso concreto, que puedan ser utilizadas por este Tribunal como parámetro de control de legalidad y cumplimiento.
- 3.2.8. En el presente caso, se demandó el presunto incumplimiento por la emisión de providencias judiciales en materia penal sin haberse solicitado la Interpretación Prejudicial obligatoria de las normas andinas previstas en la Decisión 351.
- 3.2.9. Si bien existe una conducta reconocida expresamente en el Artículo 128 del Estatuto del TJCA como supuesto independiente y autónomo que puede generar o configurar una situación de incumplimiento, es necesario que se verifique si, del mismo modo, existe o está vigente un compromiso u obligación jurídica general o específica que sirvan de parámetro para analizar la conducta demandada.
- 3.2.10. La Comunidad Andina es un proceso de integración jurídica, económica y social. El Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena establece lo siguiente:

«**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.

«Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial

Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.»

(Énfasis agregado)



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

3.2.11. Con el propósito de alcanzar los objetivos previstos en dicha norma, en el Artículo 3 del propio Acuerdo de Cartagena³⁸ se establecen una serie de mecanismos y medidas, entre los que se destaca la armonización gradual de políticas económicas y sociales, y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes. Sobre el particular, el Artículo 55 del mencionado Acuerdo³⁹, dispone además que la

³⁸ **Acuerdo de Cartagena (codificado por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina)**

«**Artículo 3.-** Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

- a) Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial;
- b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;
- c) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial;
- d) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;
- e) Un Arancel Externo Común;
- f) Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial;
- g) La canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración;
- h) Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios;
- i) La integración física; y
- j) Tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y el Ecuador.

Complementariamente a los mecanismos antes enunciados, se adelantarán, en forma concertada, los siguientes programas y acciones de cooperación económica y social:

- a) Programas orientados a impulsar el desarrollo científico y tecnológico;
- b) Acciones en el campo de la integración fronteriza;
- c) Programas en el área del turismo;
- d) Acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente;
- e) Programas de desarrollo social; y,
- f) Acciones en el campo de la comunicación social.»

³⁹ **Acuerdo de Cartagena (codificado por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina)**

«**Artículo 55.-** La Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.»



Comunidad Andina contará con un régimen común, entre otros, sobre derechos de propiedad intelectual.

3.2.12. En relación con esta materia, los Países Miembros, sobre la base de los compromisos asumidos en relación con los siguientes aspectos:

- (i) La Armonización gradual de políticas económicas y sociales;
- (ii) La aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; y,
- (iii) El establecimiento de regímenes comunes.

Le otorgaron competencia a la entonces denominada Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy, Comisión de la Comunidad Andina) para adoptar una Decisión con el fin de establecer el «Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos», aprobada el 17 de diciembre de 1993 (Decisión 351, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 145 el 21 de diciembre de 1993)⁴⁰.

3.2.13. De la revisión de la estructura y contenido de la Decisión 351⁴¹ se evidencia que dicha norma comunitaria está orientada a establecer lineamientos en el ámbito administrativo y judicial de reconocimiento, protección y sobre todo de garantía de la observancia de esos derechos. Sin embargo, el aspecto judicial no comprende la materia penal. Todos aquellos aspectos relacionados con dicha materia están regulados por la legislación nacional correspondiente, es decir, por los Códigos Penales y otras normas pertinentes de cada uno de los Países Miembros.

3.2.14. Al respecto, la única mención que se hace en la Decisión 351 a la categoría de «sanciones penales», se encuentra contenida en el Literal d) del Artículo 57 del Capítulo XIII denominado «De los aspectos procesales», tal como se puede apreciar a continuación:

⁴⁰ A tal efecto, la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy SGCA) presentó la propuesta N° JUN/Propuesta 261 de fecha 3 de diciembre de 1993.

⁴¹

- Capítulo I «Del alcance de la protección»
- Capítulo II «Del objeto de la protección»
- Capítulo III «De los titulares de derechos»
- Capítulo IV «Del derecho moral»
- Capítulo V «De los derechos patrimoniales»
- Capítulo VI «De la duración de la protección»
- Capítulo VII «De las limitaciones y excepciones»
- Capítulo VIII «De los programas de ordenador y bases de datos»
- Capítulo IX «De la transmisión y cesión de derechos»
- Capítulo X «De los derechos conexos»
- Capítulo XI «De la gestión colectiva»
- Capítulo XII «De las oficinas nacionales competentes de derecho de autor y derechos conexos»
- Capítulo XIII «De los aspectos procesales»
- Capítulo XIV «Disposiciones complementarias»
- Capítulo XV denominado «Disposiciones transitorias»

«**Artículo 57.-** La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;
- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.»

(Subrayado agregado)

3.2.15. Tomando en cuenta que los titulares de un derecho de autor o de derechos conexos pueden iniciar acciones administrativas o judiciales, de conformidad con lo previsto en la respectiva legislación nacional, para obtener la debida protección y tutela de sus derechos, el citado Artículo 57 de la Decisión 351 reconoce la facultad que tienen las autoridades nacionales competentes para ordenar, cuando se haya comprobado la infracción del derecho de autor o derechos conexos, las siguientes medidas:

- La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al titular del derecho, la cual, como se ha establecido en la jurisprudencia uniforme de este Tribunal⁴², debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.
- El pago de las costas procesales a cargo del infractor de derechos.
- El retiro definitivo de los canales comerciales (físicos o virtuales) de todos los elementos, ejemplares, bienes materiales e inmateriales que constituyan el objeto de la infracción del derecho.
- Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud, tipificadas en las legislaciones penales de los Países Miembros.

3.2.16. El relación con este último aspecto, debe considerarse que la Decisión 351 no tipifica ninguna conducta como delito y tampoco establece ninguna sanción penal, por lo que, a efectos de que la autoridad nacional competente aplique las disposiciones del Literal d) del Artículo 57 de la Decisión 351, debe entenderse que las sanciones penales a las que hace referencia dicha norma, son las establecidas en

⁴² Al respecto ver Interpretación Prejudicial N° 544-IP-2018 de fecha 26 de febrero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3625 del 14 de mayo de 2019; e Interpretación Prejudicial N° 163-IP-2020 de fecha 11 de diciembre de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4170 del 25 de febrero de 2021.

las normas penales nacionales de los Países Miembros, en virtud de los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad propios del derecho penal.

- 3.2.17. En consecuencia, debe señalarse que el sistema sancionador penal en materia de derecho de autor y derechos conexos es exclusivo de las legislaciones nacionales.
- 3.2.18. Tratándose de procesos judiciales de naturaleza penal, iniciados por la comisión de delitos que impliquen una violación al derecho de autor o derechos conexos, debe tomarse en consideración los siguientes supuestos a fin de analizar, en cada caso concreto, si el TJCA tendría, eventualmente, competencia para emitir una Interpretación Prejudicial en el marco de dichos procesos:
- (i) Si la norma penal del País Miembro correspondiente tipifica la conducta que constituye delito, a través de una descripción completa de los supuestos de hecho que la configuran (norma penal cerrada), sin hacer referencia a la Decisión 351 o a las normas nacionales sobre derecho de autor y derechos conexos adoptadas en aplicación del principio de complemento indispensable⁴³, resulta absolutamente claro que el TJCA no tiene competencia para emitir una Interpretación Prejudicial en el marco de un proceso penal nacional, en el que solo será aplicable la norma interna correspondiente.
 - (ii) Si la norma penal del País Miembro correspondiente, al momento de tipificar la conducta, realiza una remisión o reenvío expreso (norma penal en blanco) a la Decisión 351 o a la norma nacional sobre derecho de autor y derechos conexos adoptada en aplicación del principio de complemento indispensable, se podría requerir la Interpretación Prejudicial del TJCA en el marco de un proceso penal nacional, pero únicamente en relación con aquellos aspectos regulados por la Decisión 351⁴⁴, aplicables al caso concreto, sobre la base de la remisión o reenvío legislativo mencionado.
 - (iii) Si el juez nacional penal, en el momento de resolver un caso concreto, requiere acudir a la Decisión 351 o a la norma nacional sobre derecho de autor y derechos conexos adoptada en aplicación del principio de complemento indispensable, con el propósito de determinar con precisión, clarificar o solventar una duda sobre el objeto, contenido o alcance de un concepto técnico o de una institución jurídica propia de esta materia, que forma parte del

⁴³ En relación con el Principio de Complemento Indispensable, ver la Interpretación Prejudicial N° 613-IP-2016 de fecha 12 de junio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3072 del 4 de agosto de 2017.

⁴⁴ Cabe resaltar que las previsiones consagradas en la norma comunitaria, al ser tan generales en materia de procedimientos, dejan abierto un gran margen para que el ordenamiento interno de los Países Miembros regule los procedimientos y procesos con base en la norma comunitaria, de conformidad con el principio de complemento indispensable.



objeto del proceso penal en curso, eventualmente podría requerir la Interpretación Prejudicial del TJCA en el marco de un proceso penal nacional, pero únicamente en relación con aquellos aspectos regulados por la Decisión 351 aplicables al caso concreto.

- 3.2.19. Es así que, de una revisión exhaustiva de la norma penal colombiana⁴⁵ (País Miembro donde surgió la controversia objeto de la presente Acción de Incumplimiento) que fue aplicada en el proceso interno que derivó en la emisión de las providencias judiciales ahora impugnadas, se evidenció que es el órgano legislativo nacional, el que: (i) tipifica y determina las conductas que constituyen delitos en materia de derecho de autor y derechos conexos, así como las sanciones aplicables; y, (ii) encarga el conocimiento y trámite procesal de estos delitos a la jurisdicción ordinaria nacional en materia penal.
- 3.2.20. En ese sentido, resulta evidente que la ley nacional especial en materia penal no hace ninguna referencia y mucho menos una remisión o reenvío a la Decisión 351 ni a la norma nacional de derecho de autor y derechos conexos adoptada en aplicación del principio de complemento indispensable, toda vez que, sobre la base de los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad, tanto la conducta como la sanción están debidamente reconocidas o previstas en el Código Penal colombiano.
- 3.2.21. Adicionalmente, en la demanda en Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Restrepo se aprecia que las conductas por las que fue sancionado y condenado penalmente se encuentran tipificadas en los Artículos 270 y 271 del Código Penal colombiano⁴⁶. Es decir, la conducta que dio origen al proceso penal es una conducta regulada por una norma dispositiva nacional cerrada, que no requiere recurrir a ninguna otra norma comunitaria o nacional de derecho de autor o de derechos conexos para establecer con claridad cuál es la conducta considerada como delito o cuál es la sanción que corresponde aplicar, tal como se puede apreciar en el siguiente Cuadro:

Cuadro N° 1

País Miembro	Norma nacional
Colombia	<p>Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal</p> <p>Contiene el TITULO VIII denominado «DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR CAPÍTULO ÚNICO» (Artículos 270 al 272).</p>

⁴⁵ Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal, publicado en el Diario Oficial N° 44.097 de 24 de julio del 2000.
 Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
 Consulta: 11 de mayo de 2022.

⁴⁶ El señor Restrepo fue condenado como autor responsable del delito de violación a los Derechos Morales de Autor y violación a los Derechos Patrimoniales de Autor y delitos conexos, conforme a lo dispuesto en los Artículos 270 y 271 del Código Penal colombiano (ver folios 67 a 69 del expediente).



«ARTÍCULO 270. VIOLACIÓN A LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR.
<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis 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.

PAR[Á]GRAFO. 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.»

«ARTÍCULO 271. VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

	<p>7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.</p> <p>PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 36 de la Ley 1915 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> 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.»</p>
--	--

Elaboración propia.

- 3.2.22. En consecuencia, resulta evidente que, en el caso concreto, el juez nacional penal no tenía que recurrir a ninguna norma comunitaria en el momento de resolver el proceso penal iniciado en contra del señor Restrepo; y, en efecto, el TJCA no resultaba competente para emitir Interpretación Prejudicial alguna, porque en este caso, solo debían ser aplicadas normas nacionales en materia penal.

Conclusiones:

- 3.2.23. En materia de derecho de autor y derechos conexos el objeto de la Decisión 351 está restringido al reconocimiento, protección y debida observancia de los derechos de autor en el ámbito administrativo y judicial, pero este último no comprende el ámbito penal.
- 3.2.24. En el caso concreto, el Código Penal colombiano no establece ninguna remisión o reenvío expreso a la norma andina sobre derecho de autor y derecho conexos para tipificar conductas ni sancionar delitos, ni a la norma nacional sobre la materia adoptada en aplicación del principio de complemento indispensable.
- 3.2.25. En el momento de emitir las providencias judiciales que configuran la supuesta conducta objeto de incumplimiento, el juez nacional penal⁴⁷ no tenía la obligación de aplicar normativa comunitaria alguna y, en consecuencia, tampoco se encontraba obligado a solicitar la Interpretación Prejudicial al TJCA.
- 3.2.26. Si bien en el presente caso existe una conducta —objeto de control—, como supuesto independiente y autónomo que puede generar o configurar una situación de incumplimiento, reconocida expresamente en el Artículo 128 del Estatuto del TJCA, por lo que este Tribunal cuenta con jurisdicción, es evidente también que no está presente el parámetro de control (compromisos y obligaciones jurídicas generales y específicas previstas en el ordenamiento jurídico comunitario andino vinculadas con materia penal) que permita a este Tribunal efectuar el control sobre la legalidad del acto emitido por el País Miembro⁴⁸ demandado y su

⁴⁷ En el caso particular, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁴⁸ Las providencias judiciales en materia penal emitidas por Colombia, en particular por la Sala de



correspondencia con el ordenamiento jurídico comunitario andino, razón por la cual, este Tribunal no tiene competencia para resolver el fondo de la presente Acción.

- 3.2.27. De esta manera, no existe la posibilidad material de que este Tribunal efectúe un examen de fondo destinado a garantizar, controlar y vigilar que Colombia, en su calidad de País Miembro de la Comunidad Andina, acate (dimensión positiva) y no obstaculice (dimensión negativa), la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a los compromisos y las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.
- 3.2.28. Por las razones que anteceden, corresponde declarar que este Tribunal carece de competencia para conocer la Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Restrepo contra Colombia.

4. Publicación del presente Auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena

- 4.1. Considerando que se trata de una providencia que pone fin al presente proceso judicial, y tomando en cuenta la trascendencia de los criterios jurisprudenciales desarrollados en el presente Auto, corresponde que sea publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 2 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁴⁹, aprobado mediante Acuerdo 01/2020, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4011 del 30 de junio de 2020.

De acuerdo con lo expuesto, y conforme a las disposiciones del segundo párrafo del Artículo 61⁵⁰ del Estatuto del TJCA, el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA:

DECIDE:

- PRIMERO:** De conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Auto, declarar infundada la excepción

Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

49 **Reglamento Interno del TJCA**

«Artículo 2. –

(...)

Se publicarán en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena las sentencias notificadas, así como los autos interlocutorios notificados que, por su trascendencia, el Tribunal considere que deben ser de conocimiento público.»

50 **Estatuto del TJCA**

«Artículo 61.- Excepciones previas

(...)

Las excepciones previas se formularán conjuntamente con el escrito de contestación de la demanda, con expresión de las razones que las justifiquen. Una vez admitida a trámite, el Tribunal dará traslado a la otra parte por el término de diez días, concluido el cual dictará el auto que corresponda.»



previa de falta de jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para conocer y resolver la demanda presentada por el señor Germán Alberto Restrepo Fernández contra la República de Colombia.

SEGUNDO: De conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Auto, declarar fundada la excepción previa de falta de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para conocer y resolver la demanda presentada por el señor Germán Alberto Restrepo Fernández contra la República de Colombia.

TERCERO: Disponer la publicación del presente Auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

CUARTO: Ordenar el archivo del expediente, una vez que este Auto se encuentre debidamente ejecutoriado y el presente proceso haya finalizado.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que el presente Auto ha sido aprobado por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha veinte de mayo de 2022, conforme consta en el Acta 24-J-TJCA-2022-Extraordinaria.

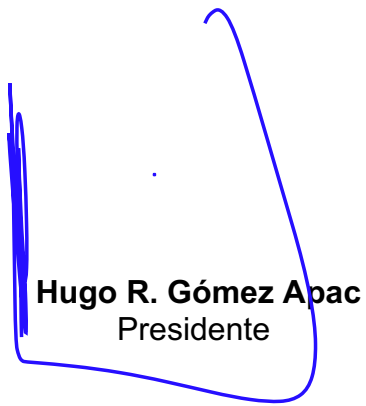


Firmado electrónicamente por:
**LUIS FELIPE
AGUILAR**

Luis Felipe Aguilar Fejoó
Secretario

De conformidad con lo establecido en el Literal k) del Artículo 9 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman el presente Auto el Presidente y el Secretario.




Hugo R. Gómez Apac
Presidente



Firmado electrónicamente por:
LUIS FELIPE
AGUILAR

Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario

Notifíquese el presente Auto y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el Artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los Artículos 94 y 98 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

