

La influencia de la doctrina en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

The Influence of Scholarship in The Court of Justice of the Andean Community

L'influence de la doctrine dans la Cour de Justice de la Communauté Andine

Yovana REYES TAGLE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *El rol de la doctrina como medio auxiliar en la interpretación de los tribunales internacionales*. IV. *El funcionamiento de la doctrina en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. V. *Algunas reflexiones en torno al rol de la doctrina en la jurisprudencia andina*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

* Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8563-4464>, yreyes@pucp.edu.pe.

Artículo recibido el 8 de marzo de 2022
Aprobado para publicación el 18 de agosto de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 219-249
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

RESUMEN: El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumeró las fuentes del derecho internacional, y a la doctrina como un medio auxiliar. El uso de la doctrina por los tribunales de justicia internacionales llamó la atención de la literatura; sin embargo, éste no ha sido el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). El objetivo de este artículo es analizar la forma como el TJCAN usó la doctrina, por qué la utilizó y qué rol ha tenido en sus decisiones. Este artículo plantea que la doctrina tuvo un valor agregado y persuasivo en las interpretaciones del TJCAN. Se revisaron 133 sentencias; el 81.20% incorporaron la doctrina. La doctrina aportó información en el análisis del TJCAN e influyó en sus interpretaciones a través de los años.

Palabras clave: fuentes del derecho internacional, doctrina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial.

ABSTRACT: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice listed the sources of international law, and doctrine as an auxiliary means. The use of the doctrine by international courts of justice drew the attention of the literature; however, this has not been the case with the Court of Justice of the Andean Community (TJCAN). The objective of this article is to analyze how the TJCAN used the doctrine, why it used it and what role it has had in its decisions. This article argues that the doctrine had an added and persuasive value in the interpretations of the TJCAN. 133 judgments were reviewed; 81.20% incorporated the doctrine. The doctrine provided information to the analysis of the TJCAN and influenced its interpretations over the years.

Key words: Sources of international law, scholarship, Court of Justice of the Andean Community.

RÉSUMÉ: L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice énumère les sources du droit international, et la doctrine comme moyen auxiliaire. L'utilisation de la doctrine par les cours internationales de justice a attiré l'attention de la littérature; cependant, cela n'a pas été le cas de la Cour de justice de la Communauté andine (TJCAN). L'objectif de cet article est d'analyser la manière dont le TJCAN a utilisé la doctrine, pourquoi il l'a utilisée et quel rôle il a eu dans ses décisions. Cet article soutient que la doctrine avait une valeur ajoutée et persuasive dans les interprétations du TJCAN. 133 phrases ont été révisées; 81,20% ont intégré la doctrine. La doctrine a éclairé l'analyse du TJCAN et influencé ses interprétations au fil des ans.

Mots-clés: Sources du droit international, doctrine, Cour de justice de la Communauté andine, interprétation préliminaire.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza la aplicación de la doctrina como un medio auxiliar en las interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto) recogió las fuentes del derecho internacional que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) debe aplicar en los casos sometidos a su jurisdicción. Esta norma no añadió el término “fuentes del derecho”; sin embargo, como ha sido sostenido, “Este concepto puede inferirse del hecho de que la Corte debe aplicar el derecho formulado a través de los modos de verificación y de los procesos de creación enunciados por aquélla”.¹

El artículo 38 del Estatuto no incorporó todas las fuentes del derecho internacional,² y ha sido criticado por esta omisión e incluir aspectos que no son realmente fuentes. Sin embargo, las listas propuestas no han tenido una aceptación general.³ Esta norma contiene las fuentes tradicionales del derecho internacional,⁴ y algunos la han calificado como obsoleta.⁵ Por ello, hay estudios sobre otras “nuevas manifestaciones jurídicas” en el derecho internacional, entre ellas los actos unilaterales de los Estados.⁶ Además de los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, esta norma alude a la doctrina. El artículo 38, numeral 1, literal *d*), del Estatuto, además de referirse a las decisiones judiciales, remite a la CIJ a que haga uso de “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”.

¹ Moncayo, Guillermo R. *et al.*, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Zavalía, t. 1, 1990, p. 79.

² Diez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2013. p. 119.

³ Kadir, M. Ya’Kub A, “The United Nations General Assembly Resolution (UNGAR) as a Source of International Law: Toward a Reformulation of Sources of International Law”, *Indonesian Journal of International Law*, 2011, vol. 8, num. 2, pp. 275-290.

⁴ Olivier, Michèle, “The Relevance of Soft Law as a Source of International Human Rights”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, vol. 35, núm. 3, pp. 289-307.

⁵ Besson, Samantha, “Theorizing the Sources of International Law”, en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 164.

⁶ Bécerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 91-102, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/12.pdf>.

Los tratados y la costumbre internacional son las principales fuentes del derecho internacional.⁷ Sin embargo, el artículo 38 del Estatuto no estableció una jerarquía entre las fuentes de derecho enumeradas. Al referirse a las decisiones judiciales y a la doctrina, esta norma marca una pauta diferente y las califica “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Esta calificación no se añadió al tratarse de los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Además, este carácter auxiliar o subsidiario de la jurisprudencia y la doctrina hace que tengan una limitación. Como se ha sostenido en la literatura, ambas “no están facultadas por sí mismas para crear normas jurídicas; por lo tanto, la norma verificada por medio de una fuente auxiliar deberá reconocer siempre por antecedente, en cuanto a su proceso de creación, a una fuente principal”.⁸ En este contexto, estos medios auxiliares han sido calificados como “fuentes interpretativas o cognitivas” que no funcionan de manera aislada,⁹ sino que su utilidad se encuentra en función de los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho.¹⁰ A pesar de esta contribución, la doctrina no es una fuente independiente que pueda crear obligaciones para los Estados, tal como sucede en los casos de los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.¹¹ La doctrina y la jurisprudencia, a diferencia de las otras tres fuentes mencionadas en el artículo 38, son consideradas como fuentes materiales en el sentido de que no constituyen

⁷ Olivier, Michèle, *op. cit.*

⁸ Moncayo, Guillermo R. et al., *Derecho internacional público*, t. I, Buenos Aires, Zavalía, 1990.

⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 2, 2005, pp. 77-91.

¹⁰ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no incluyó a la doctrina como una herramienta para interpretar los tratados. Sin embargo, algunos proponen que la doctrina puede ser calificada como un medio de interpretación complementario en los términos del artículo 32 de esta Convención. Fauchald, Ole Kristian, *op. cit.* No obstante, se ha argumentado también que calificar a un medio como complementario puede ser controvertido. Además, los tribunales internacionales han preferido buscar los trabajos preparatorios y han utilizado los medios complementarios para confirmar la interpretación de una disposición, y sólo excepcionalmente para determinar su significado. Pellet, Alain, “Canons of Interpretation under the Vienna Convention”, en Klingler, Joseph et al. (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2018, p. 10.

¹¹ Brabandere, Eric de, “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016, pp. 24-55.

derecho, sino la evidencia del derecho. En el caso de la costumbre internacional, por ejemplo, la doctrina puede ser útil para evidenciar la práctica de los Estados.¹²

Asimismo, el artículo 38 del Estatuto no precisó el significado de los conceptos “medio auxiliar” y “publicistas de mayor competencia” y los trabajos preparatorios no brindan mayor alcance con respecto a este tema. Los expertos que participaron en su redacción mostraron un desacuerdo sobre el rol de la doctrina. Mientras que para algunos su aplicación debía ser obligatoria, para otros era un medio auxiliar o subsidiario. Se plantearon propuestas en el sentido de que la doctrina ni siquiera debía considerarse como una fuente del derecho a ser aplicable por la CIJ. Otros mostraron sus dudas con respecto a si los Estados estarían dispuestos a aceptar decisiones que tengan como sustento la doctrina y no su voluntad o práctica. En suma, estas diferencias entre los miembros del Comité encargado de su redacción condujeron a la inclusión de un lenguaje ambiguo en el artículo 38.¹³

A pesar de estas observaciones efectuadas al artículo 38 y las limitaciones de la doctrina como medio auxiliar, la doctrina tiene un valor en la investigación y es un instrumento útil para los tribunales de justicia internacionales que deben interpretar las normas y adoptar las decisiones en casos concretos.¹⁴ Este trabajo puede brindar definiciones de conceptos incluidos en las normas internacionales que, en algunos casos, no han sido definidos. Algunos autores han equiparado la doctrina con el rol de la jurisprudencia; Arévalo Ramírez observó que estos trabajos “ayudan a lo mismo que ayuda la jurisprudencia: a llenar los vacíos jurídicos interpretativos y a la aplicación de las normas formales en casos concretos”;¹⁵ de manera similar, al referirse al rol de la jurisprudencia internacional en la determinación de “la vigencia, el contenido, el sentido y el alcance de las normas”, Casado

¹² Grant, John, *International Law Essentials*, Edinburgo, Edinburgh University Press, 2010, pp. 11 y 22.

¹³ Peil, Michael, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 3, 2012, pp. 136-161.

¹⁴ El concepto de interpretación involucra, entre otros aspectos, el procesar los antecedentes históricos y los actuales y el desarrollar las fuentes del derecho y su contenido. Hollis, Duncan B., “Interpretation”, en D’Aspremont, Jean, y Singh, Sahib (ed.), *Concepts for International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 549.

¹⁵ Arévalo Ramírez, Walter, *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, 2a. ed., Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

Raigón sostuvo que la doctrina también conduce el mismo trabajo.¹⁶ La doctrina se nutre de las decisiones de los tribunales internacionales. Como argumentó Fried, la doctrina en el campo del derecho se refiere mayormente a las decisiones judiciales.¹⁷

La doctrina, al igual que la jurisprudencia, puede contribuir para agregar las reglas y los principios no consagrados en los tratados. Este es el caso de la existencia de otras reglas de interpretación de los tratados. Como señaló Novak Talavera, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no tuvo en cuenta algunas reglas desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, pero pueden ser empleadas con el fin de “establecer el verdadero sentido y alcance de una norma convencional”.¹⁸ Asimismo, se ha constatado que la doctrina contribuyó en la evolución del derecho internacional a través del estudio de los conceptos examinados por los tribunales internacionales. Por ejemplo, las delimitaciones de los conceptos de *erga omnes* en el derecho internacional consuetudinario y *jus cogens* utilizados por la CIJ muestran cómo el derecho internacional es desarrollado por la doctrina a partir de las decisiones judiciales.¹⁹ Además, la doctrina debatió acerca de si el concepto de *jus cogens* era una fuente de derecho internacional independiente.²⁰

En este contexto, el estudio de la aplicación de la doctrina por el TJCAN tiene en consideración el rol auxiliar o subsidiario que tiene este medio para este tribunal en la interpretación del derecho comunitario andino y cómo ha contribuido en aclarar el contenido de las normas andinas.

II. METODOLOGÍA

Este artículo utilizó la metodología cualitativa. El artículo no buscó cuantificar todas las referencias que el TJCAN introdujo en todas sus sentencias

¹⁶ Casado Raigón, Rafael, *Derecho internacional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2014, p. 150.

¹⁷ Fried, Charles, “Scholars and Judges: Reason and Power”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 807-832.

¹⁸ Novak Talavera, Fabián, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 63, 2013, pp. 71-88.

¹⁹ Helmersen, Sondre Torp, “Scholarly-Judicial Dialogue in International Law”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, núm. 3, 2017, pp. 464-482.

²⁰ Herman, Lawrence L., “International Law in a Turbulent World”, *Canada-United States Law Journal*, vol. 41, 2017, pp. 51-68.

desde la fecha de su creación hasta la actualidad. El objetivo del artículo es determinar cómo se ha utilizado la doctrina, en qué contexto, con qué finalidad y cómo influyó en las interpretaciones del TJCAN. Es en este sentido que este artículo describe el uso de la doctrina que el TJCAN realizó. La hipótesis que se plantea es que la doctrina ha tenido un valor agregado y persuasivo en las interpretaciones del TJCAN.

La justificación del estudio de la aplicación de la doctrina por un tribunal internacional se ha planteado teniendo en cuenta su rol en las decisiones de los tribunales internacionales. Algunos alegan que este tipo de investigación puede, de manera indirecta, revelar algo acerca del derecho internacional en general, y han respondido a los vacíos de estudio en este tema; por ejemplo, en el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.²¹ También se ha indicado que el diálogo entre los tribunales ha sido ampliamente estudiado en el derecho internacional. En contraste, el diálogo entre los tribunales y la doctrina no ha seguido el mismo camino.²² Esta tendencia en la investigación académica no difiere tratándose del caso del TJCAN. El TJCAN ha planteado cuáles son las fuentes del derecho en la CAN. Sin embargo, a pesar de que el TJCAN ha hecho un constante uso de la doctrina en sus interpretaciones, poca atención se ha dado a la manera como el TJCAN la aplicó y a su significado.

El tema se enmarca en el amplio contexto del uso de las fuentes del derecho en los tribunales internacionales. Específicamente, el tema contribuye en el análisis de la doctrina como medio auxiliar en la interpretación de las normas por parte de los tribunales internacionales. Para ello, se seleccionó la jurisprudencia del TJCAN como caso de estudio.

El término “doctrina” para efectos de este artículo incluye el trabajo académico, es decir, investigaciones publicadas en libros y revistas científicas. Se excluyen las referencias a las publicaciones de organizaciones internacionales, los documentos oficiales de los Estados y los diccionarios. Las referencias que se tuvieron en cuenta son las efectuadas por el propio TJCAN como parte de su argumentación, y se excluyeron las formuladas por las partes del caso.

²¹ Helmersen, Sondre Torp, “The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, 2020, pp. 20-46.

²² Helmersen, Sondre Torp, “Scholarly-Judicial...”, *cit.*, pp. 464 y 465.

El TJCAN resolvió en total 6,374 casos desde 1984 hasta el 29 de octubre de 2021.²³ Este artículo optó por revisar 133 casos resueltos entre el periodo 2005-2021. Esta selección se llevó a cabo teniendo como criterio que la mayoría de los casos presentados ante el TJCAN fueron interpretaciones prejudiciales con un total de 6,137 casos. De este porcentaje, la mayoría involucraron temas de propiedad intelectual. La revisión en este tema se debe a que, si bien el TJCAN ha sido catalogado como uno de los tribunales internacionales más activos, sus sentencias se concentran en este tema.²⁴ Cuatro casos de los años noventa fueron revisados por sus características, se utilizó la versión en el idioma español de las sentencias disponibles en la página Web de la Secretaría General de la CAN en su versión PDF.²⁵

Este artículo se divide en siete secciones. La sección I presenta una introducción al rol de la doctrina como medio auxiliar en la interpretación de las normas internacionales; la sección II detalla la metodología aplicada; la sección III describe la aplicación de la doctrina por parte de algunos tribunales internacionales de manera ilustrativa; la sección IV analiza la jurisprudencia del TJCAN y el uso de la doctrina; la sección V expone algunas reflexiones en torno al rol de la doctrina en el desarrollo de la jurisprudencia del TJCAN; la sección VI contiene la conclusión; la sección VII incluye la bibliografía.

III. EL ROL DE LA DOCTRINA COMO MEDIO AUXILIAR EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Una breve revisión del lugar que ocupa la doctrina en las decisiones de algunos tribunales internacionales reveló su utilidad en la realización de su labor. La doctrina puede tener un valor significativo e influir no sólo en las interpretaciones de los tribunales para resolver un caso, sino también en sus decisiones de revisar su propia jurisprudencia para aclararla o limitarla.

²³ La información estadística sobre los casos resueltos por el TJCAN se encuentra disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/estadisticas/>.

²⁴ Thornton, Jennifer, “Courts and Tribunals Established by Regional Economic Integration Agreements”, en Giorgetti, Chiara (ed.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Países Bajos, Brill, 2012, p. 491.

²⁵ Las sentencias del TJCAN se encuentran disponibles en: <https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/procesos-del-tjcan/>.

En la Unión Europea, el *caso Keck y Mithouard*²⁶ representó la oportunidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de responder a los pedidos de delimitar las fronteras del artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que consagró el principio de libre circulación de mercancías. El TJUE admitió la necesidad de establecer límites a su fórmula Dassonville,²⁷ con la cual interpretó el concepto de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. El TJUE optó por la revisión de su jurisprudencia debido al constante recurso al artículo 34 del TFUE para cuestionar medidas nacionales;²⁸ una de las razones de esta situación fue la amplia interpretación del TJUE con su fórmula Dassonville.

Sobre el trabajo del TJUE, Barnard planteó que en la Unión Europea existió una preocupación por parte de los Estados y la doctrina, debido a la forma en que el TJUE interpretaba el artículo 34 del TFUE, dirigiéndose a eliminar la legislación nacional.²⁹ Como señaló Caro de Sousa, con el caso Keck y Mithouard el TJUE respondió a la crítica académica, una de las más importantes fue la formulada por Eric L. White en su artículo titulado “In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty”.³⁰ De esta manera, la doctrina participa en la evolución de las instituciones, los principios, las normas y la jurisprudencia internacional. La jurisprudencia puede dar lugar a la formulación de críticas en la doctrina con respecto a la aplicación e interpretación de las normas y a lo que expresó u omitió un tribunal. Esta crítica académica puede tener un impacto en la jurisprudencia.

²⁶ En el *caso Keck y Mithouard*, el TJUE analizó la ley francesa núm. 63-628 de 1963, modificada en 1986, que prohibía la reventa de un producto a pérdida, por debajo del precio de costo, a la luz del artículo 34 del TFUE. Los señores Keck y Mithouard, acusados de incumplir con esta norma de Francia, invocaron esta norma en su defensa.

²⁷ En el célebre caso Dassonville de 1974, el TJUE sostuvo que “toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa”. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, 1974.

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, 1993.

²⁹ Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³⁰ Caro de Sousa, Pedro, *The European Fundamental Freedoms: a Contextual Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 88.

Un tribunal internacional puede convocar a la doctrina para investigar y conceptualizar el derecho de las organizaciones internacionales. Desde los años noventa y en reiteradas oportunidades, el TJCAN hizo un llamado a la doctrina para analizar el principio de libre circulación de mercancías como una guía para la interpretación del ordenamiento jurídico andino; sobre este punto, el TJCAN afirmó que “en el estado actual del desarrollo de la integración subregional andina se ha llegado ya a un momento en que puede construirse una doctrina sólida y consistente que desarrolle el principio de libre circulación de mercancías como un instrumento orientador para la interpretación y aplicación del derecho comunitario”.³¹

Para el TJCAN, este principio constituye el “parámetro de primer orden para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano”.³² En definitiva, su llamado demuestra su apertura y reconocimiento a la doctrina, y la posibilidad de considerarla para interpretar el Acuerdo de Cartagena. La doctrina puede influenciar en la forma como se aplican las normas en este tema. Este llamado pone en evidencia el interés del TJCAN de estar conectado con la academia.

Otro tribunal internacional que ha buscado respaldo en la doctrina en sus decisiones ha sido el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, por ejemplo, para definir conceptos con citas textuales.³³ La referencia a los trabajos académicos en sus laudos se ha hecho también para sustentar la posición que adoptó el tribunal en relación con la autonomía del derecho de la integración frente al derecho internacional.³⁴ La doctrina ha llegado, en algunos casos, a tener una considerable influencia. El tribunal

³¹ TJCAN, Proceso 2-AI-96, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (en adelante *GOAC*) núm. 289, 27 de agosto de 1997, p. 29; TJCAN, Proceso 3-AI-97, *GOAC* núm. 422, 30 de marzo de 1999, p. 16; TJCAN, Proceso 106-IP-2012, *GOAC* núm. 2233, 5 de setiembre de 2013, p. 10; TJCAN, Proceso 157-IP-2012, *GOAC* núm. 2233, 5 de setiembre de 2013, p. 21; TJCAN, Proceso 115-IP-2011, *GOAC* núm. 2065, 20 de junio de 2012, p. 10.

³² TJCAN, Proceso 1-AI-97, *GOAC* núm. 329, 9 de marzo de 1998, p. 13.

³³ Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, “Laudo complementario del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina con relación al laudo arbitral dictado por este ente el 20 de diciembre de 2005 en la controversia “prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”, Laudo núm. 1/2006, 13 de enero de 2006.

³⁴ Este principio ha sido citado y consolidado en varios laudos arbitrales en el Mercosur. Olmos Giupponi, Belén, “International law and sources of law in Mercosur: An analysis of a 20-year relationship”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, núm. 3, 2012, pp. 707-737.

explícitamente declaró hacer suya la posición de un autor cuya interpretación colocó textualmente en su laudo;³⁵ en esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos citó la doctrina en sus sentencias. Estas referencias también se hicieron en el caso de los votos concurrentes emitidos por algunos de sus jueces.³⁶

De manera similar, en el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, los laudos arbitrales incorporaron citas de las publicaciones académicas para dar mayor sustento a las posiciones adoptadas por los árbitros con respecto a una interpretación. Se ha indicado, por ejemplo, cómo un principio contenido en instrumentos internacionales fue apoyado en la doctrina.³⁷ Un estudio conducido por Fauchald reveló que, de 98 decisiones, 73 incluyeron a la doctrina como parte de la interpretación. Además, la doctrina constituyó el segundo medio de interpretación, siendo superada por los casos resueltos por los tribunales arbitrales en el CIADI. Las referencias doctrinales sirvieron para tratar temas sustantivos, procedimentales y de jurisdicción.³⁸

Estudios sobre el rol de la doctrina en las opiniones de los jueces de la CIJ concluyeron que ésta puede influir en las decisiones judiciales.³⁹ Esta influencia no significa que los tribunales siempre van a aceptar lo señalado por la doctrina. En algunos casos la relación entre las decisiones judiciales y la doctrina puede significar un rechazo o crítica mutua.⁴⁰ Las investigaciones sobre este tema descubrieron algunos factores que justificarían el uso de la doctrina por parte de los jueces en este tribunal; serían la calidad del

³⁵ Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, “Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el laudo arbitral del tribunal arbitral *ad hoc* de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”, Laudo núm. 1/2005, 20 de diciembre de 2005.

³⁶ Farinella, Favio, “Reinterpretación de las fuentes del derecho internacional desde una perspectiva de derechos humanos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, vol. 15, núm. 48, 2018, pp. 407-430.

³⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes, *The Loewen Group, Inc., and Raymond L. Loewen (Claimants) v. United States of America* (Case No. ARB(AF)/98/3), 26 de junio de 2003, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>.

³⁸ Fauchald, Ole Kristian, “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals—an Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2, 2008, pp. 301-364.

³⁹ *Ibidem*, p. 473.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 475.

trabajo académico, la experiencia de un escritor, la autoridad oficial de un autor y el acuerdo con respecto a un tema entre varios escritores.⁴¹

En cambio, existen órganos de solución de controversias internacionales que no acuden generalmente a la doctrina. Los estudios en el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar y de la CIJ revelaron que sus decisiones en su mayoría no citan con frecuencia a este medio auxiliar.⁴² De manera similar, las investigaciones conducidas sobre la aplicación de la doctrina por parte del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) mostraron que las opiniones de la doctrina, con frecuencia, no se incluyeron en sus informes.⁴³ Esta práctica del Órgano de Apelación se observó desde los inicios de su funcionamiento. En 1998, Palmeter y Mavroidis ya reportaban que las referencias a la doctrina que el Órgano de Apelación hacía eran escasas.⁴⁴ Un estudio más reciente llegó a la misma conclusión; este estudio encontró que el Órgano de Apelación usó la doctrina para temas de derecho internacional general, y tuvo cuidado con su uso. Entre otras razones, esta práctica se debería al carácter especializado que este órgano tiene y a las críticas que ha recibido. En este sentido, este estudio de 110 informes del Órgano de Apelación reveló que el 26% tenía referencias a la doctrina, con un promedio de 1.4% de referencias por informe.⁴⁵ En esta misma línea, Pauwelyn y Elsig notaron que, a pesar de la cantidad de académicos que han estudiado el derecho de la OMC, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación difícilmente se refieren a esta doctrina.⁴⁶

⁴¹ Helmersen, Sondre Torp, “Finding ‘the most highly qualified publicists’: Lessons from the International Court of Justice”, *European Journal of International Law*, vol. 30, núm. 2, 2019, pp. 509-535.

⁴² Helmersen, Sondre Torp, “The Application of Teachings...”, cit., p. 26. En contraste, la CIJ muestra una mayor preferencia por citar con frecuencia su propia jurisprudencia. En el estudio de 1865 citas a su jurisprudencia realizadas en más de 120 sentencias emitidas en el periodo de 1948-2013 se constató que la argumentación a partir de sus precedentes ha llegado a ser cada vez más importante en este tribunal. Alschner, Wolfgang y Charlotin, Damien, “The Growing Complexity of the International Court of Justice’s Self-Citation Network”, *The European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2018, pp. 83-112.

⁴³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴ Palmeter, David y Mavroidis, Petros C, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 398-413.

⁴⁵ Helmersen, Sondre Torp, “The Use of Scholarship by the WTO Appellate Body”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, 2016, pp. 309-351.

⁴⁶ Pauwelyn, Joost y Elsig, Manfred, “The Politics of Treaty Interpretation”, en Dunoff,

En suma, la atención de los tribunales internacionales a la doctrina varía, algunos tribunales pueden acudir con mayor frecuencia que otros a las publicaciones académicas en sus sentencias, cada tribunal, atendiendo a las circunstancias específicas de la organización internacional en el marco de la cual opera, decidirá el rol que tendrá la doctrina en sus decisiones o si responde o no a la crítica académica.

IV. EL FUNCIONAMIENTO DE LA DOCTRINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Esta sección describe y analiza el uso de la doctrina por parte del TJCAN a partir de la revisión de 133 sentencias. Algunas características identificadas en las sentencias son presentadas con miras a delimitar el grado de influencia de la doctrina.

1. La doctrina y la definición de conceptos

Algunas normas andinas incorporaron conceptos que no fueron definidos, y la tarea del TJCAN ha sido delimitar sus alcances y contenidos. La doctrina ha jugado un rol relevante en el trabajo del TJCAN en este aspecto. Una serie de conceptos fueron definidos con el apoyo doctrinal, y en muchos casos estas definiciones fueron reproducidas de manera textual y tomadas como fundamento en el análisis del TJCAN. En su momento, el TJCAN expresó que era la doctrina en materia de audiovisuales y creación intelectual la que especificó determinadas características en las cuales el tribunal se basó en sus sentencias. Además, el TJCAN destacó el reconocimiento que en materia de obras cinematográficas y audiovisuales se hizo a nivel doctrinal. En algunos casos, el tribunal no comentó las citas textuales, y sólo las colocó indicando que “con base en un análisis doctrinal, se tiene en cuenta” la definición de paternidad de un autor⁴⁷ o de marcas.⁴⁸ Asimismo, el tribunal, en algunas

Jeffrey y Pollack, Mark (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 458.

⁴⁷ TJCAN, Proceso 481-IP-2019, GOAC núm. 4402, 15 de diciembre de 2021, pp. 4-6, 12.

⁴⁸ TJCAN, Proceso 91-IP-2006, GOAC núm. 1513, 27 de junio de 2007, p. 21.

sentencias, reprodujo lo que sostuvo un autor,⁴⁹ mientras que en otros casos manifestó que se debía tener en cuenta lo sostenido por dicho autor.⁵⁰ Esta forma de acudir a la doctrina para definir conceptos se constató en varias sentencias, y en algunos casos sin embarcarse en un mayor debate sobre el concepto abordado por la doctrina y adoptado por el TJCAN.⁵¹

En ocasiones el tribunal combinó el uso de la doctrina con la referencia a la legislación interna de un país miembro de la CAN. Al notar que la norma andina no contenía una definición de un término que había incluido, en este caso, la enseña comercial, el tribunal se apoyó en la doctrina para definirlo con una cita textual, y notó que una definición similar se encontraba en la legislación interna de Colombia.⁵² En algunos casos, el TJCAN siguió las recomendaciones enunciadas por la doctrina y, a su vez, recomendó su revisión para establecer una diferenciación conceptual.⁵³ Este órgano jurisdiccional sostuvo su conclusión sobre lo que comprendía por un concepto, por ejemplo, el resultado novedoso, con la doctrina elaborada sobre el tema.⁵⁴ El tribunal reforzó sus conclusiones y su punto de vista con una opinión similar de la doctrina⁵⁵ y se apoyó en estas publicaciones para llegar a una conclusión insertando una cita textual.⁵⁶

En esta misma línea de razonamiento, el TJCAN citó su jurisprudencia sobre la definición de un concepto (interconexión) y, además, dirigió a que se revise la definición de un autor sobre este tema.⁵⁷ En este sentido, una de las formas de trabajar con la doctrina por parte del tribunal fue mediante la remisión a la lectura de un autor sin entrar en mayor debate; sin embargo, el tribunal parece considerar útiles las referencias a la doctrina cuando define conceptos.

⁴⁹ TJCAN, Proceso 636-IP-2015, *GOAC* núm. 2876, 24 de noviembre de 2016, p. 8.

⁵⁰ TJCAN, Proceso 655-IP-2015, *GOAC* núm. 2876, 24 de noviembre de 2016, p. 23; TJCAN, Proceso 674-IP-2015, *GOAC* núm. 2876, 24 de noviembre de 2016, p. 17.

⁵¹ TJCAN, Proceso 244-IP-2020, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 28; TJCAN, Proceso 79-IP-2019, *GOAC* núm. 4402, 15 de diciembre de 2021, pp. 4-5; TJCAN, Proceso 141-IP-2021, *GOAC* núm. 4344, 16 de setiembre de 2021, p. 7; TJCAN, Proceso 170-IP-2011, *GOAC* núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, p. 63.

⁵² TJCAN, Proceso 18-IP-2011, *GOAC* núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 11.

⁵³ TJCAN, Proceso 100-IP-2021, *GOAC* núm. 4344, 16 de setiembre de 2021, p. 12.

⁵⁴ TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *GOAC* núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, p. 9.

⁵⁵ TJCAN, Proceso 476-IP-2015, *GOAC* núm. 3123, 27 de octubre de 2017, pp. 28-30.

⁵⁶ TJCAN, Proceso 525-IP-2015, *GOAC* núm. 3123, 27 de octubre de 2017, p. 6.

⁵⁷ TJCAN, Proceso 261-IP-2013, *GOAC* núm. 2394, 16 de setiembre de 2014, p. 18.

La doctrina se usó también para definir conceptos sin citas textuales, aunque sin llevar a cabo mayores comentarios.⁵⁸ En estos casos, por ejemplo, el tribunal señaló su posición sobre lo que entendía por el concepto de “signo común o usual” para luego apoyarse en la doctrina con una combinación de referencias a los mismos dos autores en varias sentencias que trataron sobre el mismo tema; estas referencias se hicieron con la finalidad de especificar lo que debía excluirse como marca registrable y las razones para efectuar esa exclusión.⁵⁹ A uno de estos autores, aunque para un tema diferente, el TJCAN lo calificó como “autorizada doctrina”.⁶⁰ Esta alusión a la calidad de la publicación explicaría el porqué el tribunal la citó en reiterados casos; en algunas oportunidades el tribunal dio un calificativo a los autores, observando la autoridad que podrían tener en el tema; en otros casos, este órgano jurisdiccional mencionó a un autor refiriéndose a él como “un profesor”,⁶¹ “los tratadistas”,⁶² “la doctrina especializada”,⁶³ o “la destacada doctrina”.⁶⁴ Generalmente, en estos casos se trató de los autores a los que el TJCAN citó más en sus sentencias.

El TJCAN destacó el aporte de la doctrina en la elaboración de los conceptos y las reglas y repitió su jurisprudencia donde se refirió a esa doctrina. Al respecto, el tribunal sostuvo: “La literatura sobre la materia condensa muy claramente las modalidades, sistemas, métodos y esquemas

⁵⁸ TJCAN, Proceso 81-IP-2021, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 10 y 11.

⁵⁹ TJCAN, Proceso 201-IP-2021, *GOAC* núm. 4401, 15 de diciembre de 2021, p. 10. Véase, TJCAN, Proceso 178-IP-2021, *GOAC* núm. 4400, 15 de diciembre de 2021, p. 11; TJCAN, Proceso 124-IP-2021, *GOAC* núm. 4397, 15 de diciembre de 2021, p. 12; TJCAN, Proceso 92-IP-2021, *GOAC* núm. 4396, 15 de diciembre de 2021, p. 9; TJCAN, Proceso 193-IP-2020, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 11; TJCAN, Proceso 172-IP-2021, *GOAC* núm. 4394, 15 de diciembre de 2021, p. 11; TJCAN, Proceso 201-IP-2020, *GOAC* núm. 4387, 14 de diciembre de 2021, p. 10. El TJCAN usó la misma metodología en otros procesos. TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *GOAC* No. 1586, 15 de febrero de 2008, p. 32; TJCAN, Proceso 56-IP-2008, *GOAC* núm. 1644, 7 de agosto de 2008, pp. 45 y 46.

⁶⁰ TJCAN, Proceso 129-IP-2021, *GOAC* núm. 4389, 14 de diciembre de 2021, p. 7.

⁶¹ TJCAN, Proceso 636-IP-2015, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 56-IP-2013, *GOAC* núm. 2219, 22 de julio de 201, p. 7; TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *op. cit.*

⁶² TJCAN, Proceso 157-IP-2007, *GOAC* núm. 1586, 15 de febrero de 2008, p. 42; TJCAN, Proceso 143-IP-2007, *GOAC* núm. 1586, 15 de febrero de 2008, p. 12.

⁶³ TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *GOAC* núm. 1833, 13 de mayo de 2010, p. 41; TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *GOAC* No. 1644, 7 de agosto de 2008, p. 19.

⁶⁴ TJCAN, Proceso 52-IP-2008, *GOAC* núm. 1644, 7 de agosto de 2008, p. 35.

para estructurar los precios de interconexión”, e hizo la indicación sobre el tema de la funcionalidad “se encuentra abundante literatura”, mencionando a algunos autores;⁶⁵ en consecuencia, las sentencias del TJCAN tienen un amplio componente doctrinal en la definición de conceptos.

2. *La doctrina como valor agregado*

La doctrina brindó al TJCAN información valiosa sobre la cual se apoyó en sus sentencias para diseñar las reglas aplicables en situaciones específicas; por ejemplo, el TJCAN destacó que la doctrina se anticipó a precisar las reglas aplicables en el tema del cotejo marcario. Interesante, el tribunal enfatizó que la doctrina y la jurisprudencia, en este caso, “han establecido criterios generales”, y manifestó que acogió esas reglas que tuvieron su origen en la doctrina en numerosas sentencias.⁶⁶ La influencia doctrinal en este tema ha sido notable y se evidencia cuando el tribunal continuó aplicando estas mismas reglas, que se basaron en la doctrina, remitiéndose a su jurisprudencia previa que las incorporó.⁶⁷

De manera similar, el tribunal reiteró en sus sentencias que, por ejemplo, en el tema de la comparación de dos signos, los criterios construidos por la doctrina fueron recogidos en su jurisprudencia.⁶⁸ En otros temas, y en varias sentencias, el tribunal hizo un llamado a revisar su jurisprudencia, que citó a un mismo autor.⁶⁹ Este cruce de referencias que llevó a cabo el

⁶⁵ TJCAN, Proceso 261-IP-2013, *op. cit.* En esta sentencia el tribunal citó el Proceso 181-IP-2013.

⁶⁶ TJCAN, Proceso 72-IP-2013, *GOAC* núm. 2228, 13 de agosto de 2013, p. 28; TJCAN, Proceso 62-IP-2013, *GOAC*, 22 de julio de 2013, p. 33; TJCAN, Proceso 56-IP-2013, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 62-IP-2012, *GOAC* núm. 2219, 22 de julio de 2013, p. 24; TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 8-IP-2009, *GOAC* núm. 1729, 3 de julio de 2009, p. 13; TJCAN, Proceso 52-IP-2008, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 111-IP-2008, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 8; TJCAN, Proceso 128-IP-2008, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 20; TJCAN, Proceso 199-IP-2007, *GOAC* núm. 1713, 26 de junio de 2008, pp. 6 y 7; TJCAN, Proceso 47-IP-2012, *GOAC* núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, pp. 28 y 29; TJCAN, Proceso 33-IP-2011, *GOAC* núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 51.

⁶⁷ TJCAN, Proceso 581-IP-2015, *GOAC* núm. 2865, 10 de noviembre de 2016, p. 8.

⁶⁸ TJCAN, Proceso 91-IP-2006, *cit.*

⁶⁹ TJCAN, Proceso 674-IP-2015, *cit.*; TJCAN, Proceso 625-IP-2015, *GOAC* núm. 2865, 10 de noviembre de 2016, p. 42; TJCAN, Proceso 655-IP-2015, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 22-

tribunal no se hizo de manera aislada, sino en un contexto en el cual este órgano jurisdiccional necesitaba establecer algunos criterios no disponibles en las normas. Sus sentencias posteriores confirmaron estos criterios doctrinales.

En otros casos, el TJCAN afirmó que su declaración tenía “fundamento en las orientaciones de la doctrina”, y declaró “acertada la posición doctrinaria” en el tema de la rigurosidad de las marcas.⁷⁰ El tribunal también se apoyó en la doctrina para identificar un hecho antes de revisar lo regulado en las normas andinas; por ejemplo, la información de que existían diferentes regulaciones con respecto a las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor, el tribunal la extrajo de la doctrina.⁷¹ La doctrina sirvió para la presentación de un dato adicional de manera ilustrativa como parte de los argumentos elaborados en el análisis del tribunal.⁷²

De esta manera, la doctrina ha tenido un valor agregado en la jurisprudencia del tribunal al proporcionarle las herramientas para que este órgano jurisdiccional interprete y añada determinados criterios de análisis o reglas no explicados en las normas andinas. Además, este reconocimiento del tribunal no se produjo en un solo caso. El tribunal mostró una disposición a introducir la doctrina y establecer las reglas sobre esa base para aplicarlas en otras sentencias.⁷³ En consecuencia, el valor de la doctrina ha sido significativo para precisar el alcance de las normas andinas y proporcionar fundamento al punto de vista del tribunal.

3. La doctrina para consolidar los principios no consagrados en las normas andinas

En el análisis de la relación entre el derecho comunitario andino y el ordenamiento nacional de los países miembros de la CAN, el TJCAN recurrió a la doctrina para construir sus argumentos. En este tema debe observarse que el principio de primacía de la norma comunitaria sobre la nacional en

IP-2011, GOAC núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 23; TJCAN, Proceso 190-IP-2006, 19 de junio de 2007, 1510, p. 31.

⁷⁰ TJCAN, Proceso 111-IP-2008, *op. cit.*

⁷¹ TJCAN, Proceso 525-IP-2015, *op. cit.*

⁷² TJCAN, Proceso 124-IP-2011, GOAC núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 60.

⁷³ TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *op. cit.*; Proceso 52-IP-2008, *op. cit.*

caso de conflicto⁷⁴ no fue consagrado en las normas andinas, este principio fue recogido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y explicado en la doctrina, y, en su momento, el TJCAN lo adoptó y defendió en la CAN. Lo mismo sucedió con el principio de efecto directo.⁷⁵ Al respecto, el tribunal enfatizó que, en apoyo a su argumento en caso de producirse este conflicto la norma nacional resultaba ser inaplicable, estaba lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina. Además, el tribunal ha reiterado su jurisprudencia sobre este tema, desde los noventa, para confirmar su posición.⁷⁶ Estos dos medios auxiliares para la determinación de las normas internacionales han sido introducidos conjuntamente para defender la aplicación de estos principios.

En este mismo sentido, el tribunal explicó los alcances del principio de aplicabilidad inmediata de las normas andinas, regulado en el artículo 3o. del Tratado de Creación del TJCAN, apoyándose en la doctrina.⁷⁷ Más recientemente, el tribunal afirmó la consolidación de estos tres principios en su jurisprudencia y citó la doctrina que estudió el derecho de la integración.⁷⁸

4. *El contraste de la doctrina con las normas andinas*

El TJCAN contrastó lo regulado por las normas andinas y lo propuesto por la doctrina sobre este tema. Algunas citas de publicaciones que analizaron las normas andinas se encontraron en sus sentencias.⁷⁹ El tribunal notó que la doctrina reconoció algunas clases de marcas teniendo en cuenta el signo, pero observó que las normas andinas contemplaron otros supuestos más allá de lo dado a conocer en la doctrina.⁸⁰

⁷⁴ TJCAN, Proceso 261-IP-2013, *op. cit.*

⁷⁵ TJCAN, Proceso 272-IP-2016, GOAC núm. 3722, 08 de agosto de 2019, p. 8.

⁷⁶ TJCAN, Proceso 80-IP-2013, GOAC núm. 2228, 13 de agosto de 2013, pp. 46-47; TJCAN, Proceso 69-IP-2013, GOAC núm. 2219, 22 de julio de 2013, p. 53; TJCAN, Proceso 15-IP-2008, GOAC núm. 1630, 26 de junio de 2008, pp. 30-31; TJCAN, Proceso 155-IP-2011, GOAC núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, pp. 51-52.

⁷⁷ TJCAN, Proceso 272-IP-2016, *op. cit.*

⁷⁸ TJCAN, Proceso 607-IP-2018, GOAC núm. 3645, 20 de mayo de 2019, p. 3.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ TJCAN, Proceso 137-IP-2011, GOAC núm. 2027, 9 de marzo de 2012, p. 56; TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 52-IP-2008, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 199-IP-2007, *op. cit.*

De manera similar, el tribunal tuvo en cuenta que, en el caso de los riesgos en los signos distintivos, “la doctrina tradicionalmente se ha referido, por lo general, a dos clases de riesgos”, pero las normas andinas seguían las nuevas tendencias que consideraban cuatro tipos de riesgos.⁸¹ El tribunal se apoyó en la doctrina para detallar esos riesgos.⁸² Esta forma de aplicar la doctrina permitió al tribunal, identificar el desarrollo legislativo en la CAN con una base doctrinal.⁸³

5. *El uso de la doctrina con otras fuentes*

El TJCAN se refirió a diversos temas indicando que la doctrina y la jurisprudencia lo habían señalado de esa manera.⁸⁴ El uso de la doctrina para sustentar la interpretación de una norma andina se produjo conjuntamente con la invocación de su jurisprudencia. El tribunal efectuó una combinación de fuentes y se apoyó en la norma comunitaria, en la jurisprudencia y en la doctrina para seguir sus recomendaciones, por ejemplo, en el tema del complemento indispensable;⁸⁵ en este caso, el tribunal notó la denominación que este tema recibía en la doctrina, en algunos casos, citando a los autores,⁸⁶ y en otros casos posteriores sólo mencionando que “algunos tradadistas” así lo calificaban, sin mencionar quiénes lo hacían;⁸⁷ en otros casos, el tribunal recurrió a las caracterizaciones identificadas en la doctrina como parte de la exposición del tema.⁸⁸

⁸¹ TJCAN, Proceso 70-IP-2012, *GOAC* núm. 2129, 12 de diciembre de 2012, p. 48; TJCAN, Proceso 71-IP-2012, *GOAC* núm. 2129, 12 de diciembre de 2012, p. 61; TJCAN, Proceso 170-IP-2011, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *GOAC* núm. 2169, 20 de marzo de 2013, p. 19.

⁸² TJCAN, Proceso 60-IP-2013, *GOAC* núm. 2219, 22 de julio de 2013, p. 24.

⁸³ TJCAN, Proceso 62-IP-2013, *cit.*

⁸⁴ TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *cit.*

⁸⁵ TJCAN, Proceso 67-IP-2013, *GOAC* núm. 2228, 13 de agosto de 2013, p. 8; TJCAN, Proceso 69-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 130-IP-2008, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 39; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 118-IP-2012, *GOAC* núm. 2169, 20 de marzo de 2013, p. 59; TJCAN, Proceso 11-IP-2010, *GOAC* núm. 1833, 13 de mayo de 2010, p. 17; TJCAN, Proceso 37-IP-2011, *GOAC* núm. 2027, 9 de marzo de 2012, p. 24; TJCAN, Proceso, 261-IP-2013, *cit.*

⁸⁶ TJCAN, Proceso, 261-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 11-IP-2010, *cit.*

⁸⁷ TJCAN, Proceso, 261-IP-2013, *cit.*

⁸⁸ TJCAN, Proceso, 737-IP-2018, *GOAC* núm. 3645, 20 de mayo de 2019, p. 21.

A su vez, para analizar el alcance del principio de la nación más favorecida, además de revisar la norma andina que lo regulaba, el tribunal optó por narrar la historia de este principio en la CAN y la doctrina. De acuerdo con el tribunal, la doctrina elaboró “las características jurídicas y técnicas” de este principio; para esto, el tribunal se valió del precedente sentado en su sentencia previa de 2001.⁸⁹ Éste es otro tema donde se puede observar la tendencia del TJCAN de continuar afirmando su misma jurisprudencia con la base doctrinal. En consecuencia, el citado constante y repetitivo del tribunal no se limita a un solo tema, sino que es la forma en la cual este órgano jurisdiccional ha trabajado en distintas áreas del derecho comunitario andino.

Otro aspecto para tener en cuenta es la revisión de la jurisprudencia del TJCAN en la doctrina y su uso. El tribunal recordó su jurisprudencia sobre el principio de primacía de la realidad en el derecho de la propiedad industrial, y la confirmó con una doble referencia a la doctrina; una de estas referencias era una investigación realizada sobre su propia jurisprudencia.⁹⁰ En sus sentencias, el tribunal citó textualmente publicaciones en revistas que analizaron su jurisprudencia, aunque el tribunal no añadió comentarios sobre estas referencias.⁹¹ Además, otra forma de trabajar del TJCAN fue mediante la cita a la doctrina que examinó la jurisprudencia de otro tribunal internacional. Como parte de su argumentación, el tribunal aludió a la “teoría de la doble barrera”, que fue estudiada por la doctrina con respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,⁹² el TJCAN se refirió a las conclusiones que formuló el autor sobre esta jurisprudencia y coincidió con la posición adoptada en la doctrina.

6. *La búsqueda de las coincidencias en la doctrina*

El TJCAN buscó identificar un enfoque y coincidencias en la doctrina sobre temas específicos para sostener su interpretación de las normas. Esta doctrina fue citada textualmente en reiteradas oportunidades. En el análisis

⁸⁹ TJCAN, Proceso 36-IP-2012, *GOAC* núm. 2129, 12 de diciembre de 2012, p. 11; TJCAN, Proceso 11-IP-2008, *GOAC* núm. 1630, 26 de junio de 2008, p. 20; TJCAN, Proceso 51-IP-2012, *GOAC* núm. 2169, 20 de marzo de 2013, p. 33.

⁹⁰ TJCAN, Proceso 129-IP-2021, *cit.*

⁹¹ TJCAN, Proceso 80-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 69-IP-2013, *cit.*

⁹² TJCAN, Proceso 507-IP-2018, *GOAC* núm. 4135, 16 de diciembre de 2020, p. 11.

del requisito de uso de la marca notoria, por ejemplo, el tribunal expresó su punto de vista sobre el tema y citó no solamente a un autor que apoyaba su posición, sino que insertó dos referencias que ese mismo autor efectuó sobre el tema. El tribunal justificó estas citas porque entendió que se trataba de “la misma línea de pensamiento” entre estos autores;⁹³ de esta manera, el tribunal expuso los acuerdos en la doctrina que se alineaban a su argumento y continuó la aplicación de esa misma doctrina sin realizar mayores cambios o debate en casos posteriores. El tribunal no contrastó la opinión del autor citado con otros autores, sino que aceptó su posición apoyada con sus referencias a otros autores. A partir de esta constatación, el tribunal opinó que existía un consenso en la doctrina, que ayudó a confirmar su posición.

En ocasiones, el TJCAN decidió añadir su propia jurisprudencia para recordar la definición de un concepto y profundizó sobre el tema refiriéndose a la tendencia de la doctrina en este tema como un complemento a su definición. Esta forma de citado se ha observado al referirse a los elementos de la marca mixta, por ejemplo.⁹⁴

El tribunal presentó las coincidencias de la doctrina con su jurisprudencia. En algunas sentencias, el tribunal no sólo citó la doctrina, sino que la contrastó con su jurisprudencia que se había pronunciado en “el mismo sentido y finalidad”;⁹⁵ este contraste que hizo el tribunal, en algunos casos, concluyó con el uso de otra referencia textual a su jurisprudencia que incluía la cita a otro autor. En este sentido, el tribunal afirmó que “El tema de las funciones que cumple la marca ha sido propuesto por la doctrina así...”⁹⁶ y recurrió a la cita textual. Inmediatamente, el tribunal aclaró que trató este tema en otras sentencias, y las insertó. Luego de hacer esta exposición de la doctrina y su jurisprudencia, el tribunal concluyó que toda esa

⁹³ TJCAN, Proceso 177-IP-2021, *GOAC* núm. 4400, 15 de diciembre de 2021, p. 25. Pueden revisarse también otros casos sobre el mismo tema. TJCAN, Proceso 157-IP-2021, *GOAC* núm. 4399, 15 de diciembre de 2021, p. 20; TJCAN, Proceso 123-IP-2021, *GOAC* núm. 4397, 15 de diciembre de 2021, p. 9; TJCAN, Proceso 94-IP-2021, *GOAC* núm. 4396, 15 de diciembre de 2021, p. 21; Proceso 193-IP-2020, *cit.*; TJCAN, Proceso 151-IP-2021, *GOAC* núm. 4393, 15 de diciembre de 2021, p. 20; TJCAN, Proceso 176-IP-2020, *GOAC* núm. 4387, 14 de diciembre de 2021, p. 14; TJCAN, Proceso 574-IP-2018, *GOAC* núm. 4135, 16 de diciembre de 2020, p. 15.

⁹⁴ TJCAN, Proceso 81-IP-2021, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 10; TJCAN, Proceso 119-IP-2021, *GOAC* núm. 4392, 15 de diciembre de 2021, p. 9.

⁹⁵ TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *GOAC* núm. 1833, 13 de mayo de 2010, p. 25.

⁹⁶ TJCAN, Proceso 91-IP-2006, *cit.*

información la integró; sin embargo, esa integración se produjo con otra referencia textual a su jurisprudencia.

7. La tendencia a la repetición de la doctrina en el tiempo

El TJCAN mostró una inclinación por citar la misma doctrina que introdujo en sus interpretaciones. En determinados casos, y en sentencias posteriores, el tribunal llegó a hacer la indicación de que ese autor fue citado en sus sentencias previas. El tribunal insertó con frecuencia sus sentencias, que incluían la cita a la doctrina; de esta manera, el tribunal volvió a citar las mismas referencias que hizo en sus sentencias en los años noventa; por ejemplo, en un caso se trató de un libro de 1970, en sus sentencias posteriores en 2011,⁹⁷ 2012⁹⁸ y 2013.⁹⁹ De manera similar, la doctrina que incluyó en 2008 y 2010 se volvió a citar en 2021 en los mismos términos.¹⁰⁰ Hay dos autores a los cuales el mismo TJCAN aceptó que recurrió más en sus sentencias, y que sus criterios planteados en temas específicos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia en el tema de propiedad intelectual.¹⁰¹ Aunque el tribunal no se refirió a la calidad de sus trabajos, esta llamada de atención del tribunal a que existía esta continua referencia evidenció que esta doctrina tuvo un peso considerable en las interpretaciones del tribunal, e influyó en la exposición de sus argumentos y conclusiones. En otras palabras, esta doctrina fue consolidada en las sentencias del TJCAN.

Además, el tribunal expuso que los criterios elaborados por un autor sobre marcas denominativas fueron recogidos en varias de sus sentencias. En sentencias publicadas en 2013 y 2011, el tribunal recordó su sentencia de 2005 donde se citó una publicación de 1984 sobre este tema.¹⁰² Las sentencias de 2010 citaron la doctrina utilizada de 1978.¹⁰³ Estos casos revelan que

⁹⁷ TJCAN, Proceso 22-IP-2011, *cit.*; TJCAN, Proceso 33-IP-2011, *cit.*

⁹⁸ TJCAN, Proceso 98-IP-2011, GOAC núm. 2092, 14 de septiembre de 2012, pp. 39 y 40.

⁹⁹ TJCAN, Proceso 118-IP-2012, *cit.*

¹⁰⁰ TJCAN, Proceso 100-IP-2021, *cit.*; TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *cit.*

¹⁰¹ TJCAN, Proceso 157-IP-2007, *cit.*

¹⁰² TJCAN, Proceso 72-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 62-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 33-IP-2011, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 91-IP-2006, *cit.*

¹⁰³ TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *cit.*

existe una tendencia del tribunal de continuar citando la misma doctrina por varios años.

Sobre este mismo aspecto, se encontró que para analizar el requisito de la novedad en las patentes, antes de embarcarse en el trabajo de interpretar la normativa andina que regulaba este tema, el TJCAN recurrió a una combinación de referencias de la doctrina para delimitar este concepto; además, el tribunal insertó definiciones de algunos autores sin mayor comentario. Sin embargo, en el caso concreto de uno de ellos, el tribunal expresó la importancia de la doctrina en este aspecto al señalar que “recoge... los criterios expuestos por la doctrina”. A partir de este análisis, el TJCAN concluyó sobre lo que debe entenderse por invención novedosa en varios casos.¹⁰⁴ Una vez más, el hecho de que esta definición doctrinal se haya mantenido por muchos años evidenció que el tribunal fue influenciado por la doctrina citada en este tema. Este efecto persuasivo de la doctrina en el tribunal se ha mostrado también en otros temas donde el tribunal reiteró de manera invariable la doctrina citada en varias sentencias.¹⁰⁵

8. *La escasa crítica a la doctrina*

Una característica que se observó en las sentencias es que el TJCAN no tuvo como práctica exponer alguna crítica a la doctrina. En varios casos, este órgano jurisdiccional se limitó a indicar que, sobre un tema concreto, la doctrina enseñó, se inclinó, consideró, manifestó, sostuvo, precisó o señaló algo que el tribunal tomó en consideración o acogió;¹⁰⁶ en otras sentencias, el tribunal únicamente reprodujo la definición de un autor, y en varios casos, la reproducción fue la misma.¹⁰⁷ El tribunal aseveró que,

¹⁰⁴ TJCAN, Proceso 149-IP-2021, *GOAC* núm. 4393, 15 de diciembre de 2021, pp. 4-6; TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 56-IP-2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *op. cit.*

¹⁰⁵ TJCAN, Proceso 583-IP-2015, *GOAC* núm. 2865, 10 de noviembre de 2016, p. 22; TJCAN, Proceso 5-IP-2009, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 47.

¹⁰⁶ TJCAN, Proceso 100-IP-2021, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 62-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 121-IP-2014, *GOAC* núm. 2427, 11 de diciembre de 2014, pp. 7-8; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *cit.*

¹⁰⁷ TJCAN, Proceso 70-IP-2013, *GOAC* núm. 2228, 13 de agosto de 2013, p. 18-19; TJCAN, Proceso 70-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 71-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 46-IP-

“con base en la doctrina”, diseñó una tipología para evaluar el tema de la similitud en las marcas,¹⁰⁸ y adoptó “los criterios doctrinarios” en el tema de marcas,¹⁰⁹ y en otros temas.¹¹⁰ A su vez, el tribunal recogió los criterios abordados por la doctrina en el tema de la denominación de origen,¹¹¹ y, en algunos casos, admitió que sentó jurisprudencia tomando como base la doctrina;¹¹² en otros casos, el tribunal expuso el texto de la norma y colocó lo que expresaba un autor sobre el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes regulado en esa norma. La misma cita fue repetida por el tribunal en otros casos.¹¹³ Las pautas y criterios de la doctrina sobre los temas tratados por el tribunal han sido tenidos en cuenta.¹¹⁴ Cuando la norma andina fue citada, la doctrina sirvió al tribunal para precisar de qué manera se ejercía el derecho de autor que la norma regulaba.¹¹⁵ En este sentido, la doctrina se usó para interpretar el texto de la norma sin la formulación de mayores críticas.

No se encontraron casos en los cuales el TJCAN haya citado autores con los cuales estaba en desacuerdo para mostrar una lectura más profunda sobre el tema tratado. Las referencias se hicieron con frecuencia con la finalidad de apoyar o confirmar el punto de vista del tribunal o ilustrar sobre el alcance de un término,¹¹⁶ y, en algunos casos, con citas textuales extensas, que no se discutieron en la sentencia.¹¹⁷ Además, el tribunal notó los cam-

2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 18-IP-2011, *cit.*; TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *cit.*

¹⁰⁸ TJCAN, Proceso 302-IP-2014, *GOAC* núm. 2618, 27 de octubre de 2015, p. 10; TJCAN, Proceso 36-IP-2011, *G. O. A. C* núm. 2027, 9 de marzo de 2012, p. 9; TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 39-IP-2008, *GOAC* núm. 1644, 7 de agosto de 2008, p. 10; TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *op. cit.*

¹⁰⁹ TJCAN, Proceso 39-IP-2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 47-IP-2012, *cit.*

¹¹⁰ TJCAN, Proceso 36-IP-2011, *cit.*

¹¹¹ TJCAN, Proceso 98-IP-2011, *cit.*

¹¹² TJCAN, Proceso 36-IP-2011, *cit.*; TJCAN, Proceso 65-IP-2011, *GOAC* núm. 2027, 9 de marzo de 2012, pp. 33-35, 42.

¹¹³ TJCAN, Proceso 111-IP-2021, *GOAC* núm. 4344, 16 de septiembre de 2021, p. 12; TJCAN, Proceso 141-IP-2021, *cit.*

¹¹⁴ TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *cit.*

¹¹⁵ TJCAN, Proceso 510-IP-2015, *GOAC* núm. 3123, 27 de octubre de 2017, p. 10.

¹¹⁶ TJCAN, Proceso 51-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 117-AI-2004, *GOAC* núm. 1347, 25 de mayo de 2006, p. 26.

¹¹⁷ TJCAN, Proceso 510-IP-2015, *cit.*

bios legislativos con la introducción de nuevos conceptos y se valió de la doctrina para precisar su alcance.¹¹⁸ En otros casos, el TJCAN citó la posición de la doctrina sobre el carácter distintivo de la marca y la del tribunal en su sentencia previa,¹¹⁹ mostrando su acuerdo con la doctrina.

Un aspecto para tener en cuenta es que, si bien el tribunal no suele criticar a la doctrina, en un tema específico tratado en los años noventa, el tribunal debatió su aplicabilidad para interpretar las normas andinas. Este debate no se observó en los demás casos revisados en esta investigación donde el tribunal citó la doctrina considerándola oportuna o pertinente. Al respecto, los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena regulan el principio de libre circulación de mercancías, que exige a los países miembros eliminar las restricciones al comercio. El artículo 73 enumera las excepciones a este principio. Asimismo, existe una diferencia de regulación entre el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En efecto, a diferencia del artículo 36 del TFUE, la protección de la propiedad comercial e industrial no ha sido contemplada como una excepción a este principio en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, esta excepción fue incluida en el artículo 159 de la Decisión 486 de la CAN que regula el régimen común sobre propiedad industrial. En este contexto, el TJCAN advirtió esta diferencia con respecto a la fuente de regulación de esta excepción. En el caso de la Unión Europea, se trataba de una fuente de derecho primario (un tratado) y, en el caso de la CAN, la regulación se dio en el derecho derivado (un acto adoptado por una institución andina). A partir de esta constatación, el TJCAN alegó que, por este motivo, “la jurisprudencia y doctrina europea no pueden aducirse como enteramente aplicables al caso andino”.¹²⁰ El caso expuesto muestra la notable atención que ha dado el tribunal a la doctrina y su disposición para justificar su no aplicación.

El TJCAN siguió a la jurisprudencia y la doctrina europeas en otros temas; por ejemplo, el tribunal defendió la autonomía del derecho comunitario andino y recordó en sus sentencias que la jurisprudencia y la doctrina europeas también admitieron esta característica; al respecto, el TJCAN

¹¹⁸ TJCAN, Proceso 157-IP-2007, *cit.*

¹¹⁹ TJCAN, Proceso 143-IP-2007, *cit.*

¹²⁰ TJCAN, Proceso 2-AI-96, *cit.*

aseveró que ambas eran “pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario”,¹²¹ y coincidió con este punto de vista.

V. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL ROL DE LA DOCTRINA EN LA JURISPRUDENCIA ANDINA

Los tribunales internacionales juegan un rol importante en la interpretación del alcance de los compromisos asumidos por los Estados a nivel internacional; esa interpretación tiene un impacto en la capacidad regulatoria de los Estados y en las medidas que deben adoptar para cumplir con sus obligaciones. Estos tribunales, como propone Follesdal,¹²² delinean el alcance de la soberanía de los Estados cuando interpretan el derecho internacional; en este sentido, analizar los medios empleados por estos tribunales para realizar estas interpretaciones reviste particular interés. Sin embargo, se reconoce que, como argumenta Charlton, investigar sobre las referencias efectuadas en la jurisprudencia tiene un límite: no siempre es claro por qué un tribunal realiza una cita a determinada autoridad.¹²³

En esta investigación se encontró que el TJCAN introdujo con frecuencia la doctrina en sus sentencias. La cantidad de referencias a las que recurrió en cada caso varía; en algunos casos el tribunal hizo una referencia, en otros, hasta ocho,¹²⁴ más de ocho¹²⁵ y, en otros casos, no se encontraron citas a la doctrina, sino a su propia jurisprudencia.¹²⁶ El TJCAN se valió de publicaciones en libros y revistas predominantemente en el idioma español,¹²⁷ y las

¹²¹ TJCAN, Proceso 1-AI-96, *GOAC* núm. 234, 21 de noviembre de 1996, pp. 7 y 9.

¹²² Follesdal, Andreas, “Survey Article: The Legitimacy of International Courts”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 28, núm. 4, 2020, pp. 476-499.

¹²³ Charlton, Damien, “The Place of Investment Awards and WTO Decisions in International Law: A Citation Analysis”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 2, 2017, pp. 279-299.

¹²⁴ TJCAN, Proceso 481-IP-2019, *cit.*

¹²⁵ TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *cit.*

¹²⁶ TJCAN, Proceso 180-IP-2020, *GOAC* núm. 4387, 14 de diciembre de 2021; TJCAN, Proceso 219-IP-2020, *GOAC* núm. 4389, 14 de diciembre de 2021; TJCAN, Proceso 212-IP-2020, *GOAC* núm. 4389, 14 de diciembre de 2021; TJCAN, Proceso 209-IP-2020, *GOAC* núm. 4389, 14 de diciembre de 2021.

¹²⁷ En algunos casos se encontraron referencias del TJCAN a publicaciones en francés en el tema de propiedad intelectual. TJCAN, Proceso 525-IP-2015, *cit.*

catalogó como la doctrina.¹²⁸ En algunos casos, este órgano jurisdiccional citó la doctrina en el texto de la sentencia, y, en otros casos, lo hizo en notas a pie de página.

Este artículo no buscó brindar información cuantitativa de las citas que el TJCAN realizó hasta el momento. Sin embargo, los casos revisados permiten comprender que la doctrina, como medio auxiliar en los términos del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, ha tenido un rol significativo en las interpretaciones realizadas por el TJCAN. Estos casos revelaron la forma como el TJCAN argumenta, el componente doctrinal en esa argumentación y su opinión sobre la doctrina. En algunos casos, la doctrina contribuyó a consolidar principios fundamentales en el ordenamiento jurídico andino, y en otros, a delinear los conceptos no definidos en las normas internacionales.

La doctrina tuvo un valor persuasivo y de consolidación en la jurisprudencia andina. El TJCAN aceptó la doctrina y le otorgó un peso en sus sentencias. La doctrina proporcionó la información sobre la cual se sustentó el análisis del tribunal, y su influencia se ha mantenido a tal punto que el tribunal la ha reiterado constantemente durante varios años.

Los resultados de este estudio coinciden con los obtenidos por Sondre Torp Helmersen con respecto a la influencia de la doctrina en las opiniones de los jueces de manera general. Sin embargo, la diferencia radica en que, en el caso de la CIJ, esa influencia se observó en las opiniones individuales de los jueces más que en las decisiones en mayoría de la CIJ. De esta manera, no todos los tribunales internacionales han mostrado la misma apertura hacia la doctrina ni optado por citarla con frecuencia. Las investigaciones con respecto al uso de la doctrina por parte de la CIJ y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, conducidas por Sondre Torp Helmersen, arriba citado, son una muestra de esta diferencia encontrada con respecto al TJCAN. Coincidentemente, el acuerdo con respecto a un tema entre varios autores y la calidad de la publicación, encontradas por Sondre Torp Helmersen entre las razones por las cuales los jueces de la CIJ acudieron a la doctrina, también constituyeron factores que justificaría el uso de la doctrina por parte del TJCAN.

De las 133 sentencias revisadas del TJCAN, 108 contenían citas a la doctrina como elemento de interpretación, y en una variedad de casos la misma fuente fue repetida, lo cual revelaría una tendencia del tribunal en esos

¹²⁸ TJCAN, Proceso 22-IP-2011, *cit.*

temas. Si se comparan estos resultados con los obtenidos en el caso del Órgano de Apelación de la OMC por Sondre Torp Helmersen, y el estudio de Palmeter y Mavroidis, antes mencionados, observamos que el alto porcentaje del uso de la doctrina por parte del TJCAN contrasta con el menor porcentaje encontrado en el caso del Órgano de Apelación. En cambio, los resultados de las investigaciones de Fauchald sobre el uso de la doctrina en los tribunales arbitrales en el CIADI y los del TJCAN se asemejan. En ambos casos se constató el frecuente uso de la doctrina.

La doctrina ha sido una fuente de información para el TJCAN. Hay dos elementos que pueden ser tenidos en cuenta en relación con el interés y la apertura del tribunal para dialogar con la doctrina; en primer lugar, el llamado que hizo el TJCAN a la doctrina para estudiar el principio de libre circulación de mercancías mostró su disposición para usarla en la interpretación de las normas andinas. En este supuesto, se advierte también una diferencia entre, por un lado, el TJCAN y, por el otro lado, la CIJ y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. En segundo lugar, la respuesta del TJCAN, revisando y citando la doctrina que se construyó a partir de su jurisprudencia, revela su interés en apoyarse en esa doctrina para sustentar o consolidar sus argumentos. De esta manera, no hay duda de que el TJCAN reconoce el valor y el aporte de la doctrina en sus interpretaciones.

La doctrina ha sido invocada por el TJCAN cuando lo ha necesitado para llenar los vacíos o para confirmar sus interpretaciones. La introducción de la posición de la doctrina sobre determinado tema, aun sin entrar a analizar esa cita al detalle, evidencia la importancia que le dio el tribunal de contar con ese respaldo doctrinal. Esta complementariedad entre lo que sostuvo la doctrina y el tribunal sobre determinado aspecto ha sido una base para realizar sus interpretaciones.

La inclinación del TJCAN de apoyarse con frecuencia en los mismos autores por muchos años puede evidenciar poco contraste, evolución o dinamismo en la forma como usó la doctrina. Identificadas las reglas o definiciones a partir de la doctrina citada, éstas se han mantenido constantes en las sentencias del tribunal. El tribunal repitió las mismas citas en las interpretaciones prejudiciales; al tratar los mismos temas, las citas se dieron de manera casi automática.

VI. CONCLUSIÓN

El TJCAN mostró una tendencia a confirmar su jurisprudencia desarrollada a partir de la doctrina. La doctrina ha tenido un valor agregado y persuasivo en las interpretaciones del TJCAN en la medida en que este tribunal basó sus interpretaciones en los conceptos, las reglas, las características, los hallazgos, los criterios, los principios, los alcances, las recomendaciones, las propuestas y las opiniones expresadas por la doctrina. La combinación de la doctrina y su jurisprudencia ha caracterizado el trabajo del TJCAN. En este sentido, la doctrina fue influyente en la interpretación y definición de las normas andinas; por lo tanto, este caso de estudio demuestra que la doctrina como medio auxiliar sigue teniendo un rol en el trabajo de interpretación y desarrollo de las normas para algunos tribunales internacionales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALSCHNER, Wolfgang y CHARLOTIN, Damien, “The Growing complexity of the International Court of Justice’s Self-Citation Network”, *The European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 12018.
- ARÉVALO RAMIREZ, Walter, *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, 2a. ed., Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.
- BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/12.pdf>.
- BESSON, Samantha, “Theorizing the sources of international law”, en BESSON, Samantha y TASIOULAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- BRABANDERE, Eric de, “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016.

- CARO DE SOUSA, Pedro, *The European Fundamental Freedoms: a Contextual Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- CASADO RAIGÓN, Rafael, *Derecho Internacional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2014.
- CHARLOTIN, Damien, “The Place of Investment Awards and WTO Decisions in International Law: A Citation Analysis”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 2, 2017.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2013.
- FAUCHALD OLE, Kristian, “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals—an Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2, 2008.
- FARINELLA, Favio, “Reinterpretación de las fuentes del derecho internacional desde una perspectiva de derechos humanos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, vol. 15, núm. 48, 2018.
- FOLLESDAL, Andreas, “Survey Article: The Legitimacy of International Courts”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 28, núm. 4, 2020.
- FRIED, Charles, “Scholars and Judges: Reason and Power”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23, núm. 3, 2000.
- GRANT, John, *International Law Essentials*, Edinburgo, Edinburgh University Press, 2010.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “Finding «the most highly qualified publicists»: Lessons from the International Court of Justice”, *European Journal of International Law*, vol. 30, núm. 2, 2019.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “Scholarly-Judicial Dialogue in International Law”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, núm. 3, 2017.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, 2020.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “The Use of Scholarship by the WTO Appellate Body”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, 2016.
- HOLLIS, Duncan B., “Interpretation”, en D’ASPREMONT, Jean y SINGH, Sahib (eds.), *Concepts for International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019.
- KADIR, M. y YA’KUB A, “The United Nations General Assembly Resolution (UNGAR) as a Source of International Law: Toward a Reformulation of

- Sources of International Law”, *Indonesian Journal of International Law*, vol. 8, núm. 2, 2011.
- HERMAN, Lawrence L., “International Law in a Turbulent World”, *Canada-United States Law Journal*, vol. 41, 2017.
- MONCAYO, Guillermo R. et al., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, t. I, 1990.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 2, 2005.
- NOVAK Talavera, Fabián, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 63, 2013.
- OLIVIER, Michèle, “The Relevance of Soft Law as a Source of International Human Rights”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 35, núm. 3, 2002.
- OLMOS GIUPPONI, Belén, “International Law and Sources of Law in Mercosur: An Analysis of a 20-Year Relationship”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, núm. 3, 2012.
- PAUWELYN, Joost y ELSIG, Manfred, “The Politics of Treaty Interpretation”, en DUNOFF, Jeffrey y POLLACK, Mark (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- PEIL, Michael, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 3, 2012.
- PELLET, Alain, “Canons of Interpretation under the Vienna Convention”, en KLINGLER, Joseph et al. (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2018.
- THORNTON, Jennifer, “Courts and Tribunals Established by Regional Economic Integration Agreements”, en GIORGETTI, Chiara (eds.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Países Bajos, Brill, 2012.