



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

FRANCELY RODRIGUEZ GÓMEZ
Coordinadora Académica del Área Penal



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA

ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"**



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

ISBN

GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2011

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: junio de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA CIVIL, AGRARIO Y COMERCIAL

PRESENTACIÓN

El Módulo sobre Aspectos Generales de la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Néstor Raúl Correa Henao, con la autoría del doctor **GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Módulo sobre Aspectos Generales de la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor **GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quien con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. **Investigación Aplicada:** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.

2. **Plan de Formación:** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.

3. **Proyección Social de la Formación:** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los "usuarios y usuarias" clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas

y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* "learning societies", *organizaciones que aprenden* "learning organizations", y *redes de aprendizaje* "learning networks"¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "lo público" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad,

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito

de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. *Preparatoria. Reunión Preparatoria.* Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapa II. *Integración a la Comunidad Judicial.* Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca "aprender haciendo" de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorias* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los "conversatorios distritales" en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervinientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapa IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones,

el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial** que la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico **escuelajudicial@ejrlb.net** los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

CONVENCIONES

PRESENTACIÓN

GENERALIDADES DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1.1 APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1.2 MARCO REGULATORIO

1.2.1 EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1.2.2 NORMATIVIDAD COMUNITARIA

1.2.3 NORMATIVA INTERNACIONAL

1.2.4 NORMAS NACIONALES

1.3 FORMAS TÍPICAS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

2.1 CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

2.1.1 PRINCIPIOS

2.1.1.1 No protección de las ideas.

2.1.1.2 Originalidad.

2.1.1.3 Independencia entre la obra y el soporte que la contiene.

2.1.1.4 Ausencia de formalidades:

2.1.1.5 No valoración del mérito o destino de la obra:

2.1.2 DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT

2.2 SUJETO DEL DERECHO

2.3. EL OBJETO DE PROTECCIÓN

2.4 EL CONTENIDO DEL DERECHO

2.4.1 DERECHO MORAL

2.4.2 DERECHOS PATRIMONIALES

2.4.3 LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

2.5 DERECHOS CONEXOS

GLOSARIO DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

PROPIEDAD INDUSTRIAL

3.1 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

3.1.1. PRINCIPIOS

3.1.1.1 Formalidades:

3.1.1.2 Finalidad:

3.1.1.3 Territorialidad:

3.2. CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

3.2.1 NUEVAS CREACIONES

3.2.1.1 Patente de Invención:

3.2.1.2. Modelo de Utilidad:

3.2.1.3 Diseño Industrial

3.2.2. SIGNOS DISTINTIVOS

3.2.2.1 Marca:

3.2.2.1.1 Marcas colectivas

3.2.2.1.2 Marcas de certificación:

3.2.2.2 Lema:

3.2.2.3 Nombre Comercial:

3.2.2.4. Enseña Comercial:

3.2.2.5 Indicaciones Geográficas:

3.2.2.5.1 Denominaciones de origen:

3.2.2.5.2 Indicación de procedencia

3.2.3 SECRETOS EMPRESARIALES

3.2.4 ESQUEMA DE TRAZADOS DE CIRCUITOS INTEGRADOS

OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

4.1. CONCEPTO DE OBSERVANCIA

4.2 MEDIDAS CIVILES

4.2.1 CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR

4.2.1.1 Norma General:

4.2.1.2. Procedimiento especial de una instancia:

4.2.1.3 Medida cautelar y procedimiento cautelar autónomo:

4.2.1.4 Legitimación:

4.2.2 CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN MATERIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

4.2.2.1 Prohibición de uso de un signo notoriamente conocido:

4.2.2.2 Acción Reivindicatoria:

4.2.2.3 Acción por infracción de derechos:

4.2.2.4 Medidas cautelares:

4.3 MEDIDAS EN FRONTERA

4.4. ASPECTOS PENALES

4.4.1 DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR:

4.4.1.1 Violación a los Derechos morales de autor:

4.4.1.2. Violación a los derechos patrimoniales de autor:

4.4.1.3. Violación a los mecanismos de protección de derechos de autor y derechos conexos y otras defraudaciones:

4.4.2 DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL:

4.4.2.1 Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales", Uso ilegítimo de patentes y violación de reserva industrial o comercial".

4.4.2.2 Uso ilegítimo de patentes:

4.4.2.3 Violación de reserva industrial y comercial:

BIBLIOGRAFÍA

CONVENCIONES

<i>O</i>	Objetivo general
<i>Oe</i>	Objetivos específicos
<i>Ap</i>	Actividades pedagógicas
<i>Ae</i>	Autoevaluación
<i>j</i>	Jurisprudencia
<i>b</i>	Bibliografía

ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

O

- Brindar herramientas de auto aprendizaje para los operadores jurídicos, en torno a los elementos básicos de los denominados derechos de propiedad intelectual, a través de las unidades temáticas que conforman el módulo.

Oe

- Suministrar material didáctico que sea pertinente y adecuado para procesos de capacitación y autoformación.
- Presentar los conceptos básicos de los derechos de propiedad intelectual.
- Generar un espacio de discusión alrededor de temas actuales y de amplia discusión en relación con los derechos de propiedad intelectual.

PRESENTACIÓN

Estamos rodeados en todo momento de creaciones del intelecto y del esfuerzo humano y algunas de ellas tienen asignado un régimen de protección legal, bien sea porque cumplen un papel en la industria o en el comercio (propiedad industrial), o porque tienen una manifestación artística o literaria, o porque contribuyen con su difusión (derecho de autor y derechos conexos) o porque se refieren a otros campos especializados como la obtención de nuevas variedades en el reino vegetal (variedades vegetales), por sólo mencionar los principales casos.

Varias notas diferencian a los derechos de propiedad intelectual de los derechos de propiedad común o sobre las cosas corporales. Por ejemplo, en principio y salvo algunos casos particulares, los derechos de propiedad intelectual tienen una duración limitada en el tiempo y soportan unos gravámenes especiales y mucho más marcados que aquellos que operan en la propiedad que se ejerce sobre las cosas materiales. Varias razones justifican lo anterior. De una parte, la concesión o el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual supone un monopolio de explotación en favor del titular de ese derecho, lo que provoca claro está una exclusión para la sociedad en relación con tal privilegio. Allí se va generar una aparente contradicción de intereses que hay que equilibrar y es por eso que el derecho de propiedad intelectual tiene una marcada limitación temporal en cuya virtud, y transcurrido un tiempo determinado, la sociedad, antes privada de la explotación de ese derecho, tendrá la posibilidad de emplearlo al margen de quien fuera su titular.

De otra parte, las leyes han consagrado diversos mecanismos que salvaguardan intereses generales de la sociedad en unos casos, o que, en otros casos, impiden la posibilidad de un ejercicio arbitrario o abusivo del derecho de propiedad intelectual. Se trata bien de licencias

obligatorias, de limitaciones o excepciones a los derechos o de otras figuras que tienen esa precisa finalidad de servir de contrapeso entre el derecho individual y algunos intereses esenciales para la sociedad.

Vale la pena precisar que esa “contradicción” es en mucho una apariencia, dado que si bien el derecho de propiedad intelectual suele calificarse como un derecho individualista tiene una vocación mucho más amplia y de beneficio social. En la medida en que los creadores ven la posibilidad de obtener beneficios concretos y permanentes por su labor de investigación y de creación mantendrán esa actividad, lo que redunda en beneficios generales incuestionables. Una sociedad que menosprecie o descuide la protección de los derechos de propiedad intelectual desaprovecha un recurso económico vital en cualquier sociedad moderna.

Al observar las economías más desarrolladas y el contenido de los acuerdos comerciales multilaterales y bilaterales es innegable la presencia de los denominados derechos de propiedad intelectual sobre los que, por las muchas bondades que se desprenden de ellos, se han adquirido obligaciones concretas que imponen la necesidad de conocer sus fundamentos, sus características básicas y la forma en que nuestras leyes los tutelan.

En los siguientes capítulos se realizará una aproximación a la propiedad intelectual, a su contexto más general, su alcance, y a la protección en la legislación civil y penal, tratando de hacer especial énfasis en aquellos casos y situaciones en que son más frecuentes las disputas que se ventilan ante las autoridades judiciales.

Unidad

1

**GENERALIDADES DE LOS DERECHOS DE
PROPIEDAD INTELECTUAL**

O

- Reconocer dentro del escenario internacional, comunitario y nacional los elementos que permiten identificar los aspectos estructurales de los denominados derechos de propiedad intelectual.

Oe

- Describir un breve marco conceptual sobre la forma en que son reconocidos los derechos de propiedad intelectual en sus formas más típicas de derecho de autor y de propiedad industrial.
- Brindar una presentación general sobre el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual en el marco internacional y su regulación comunitaria.
- Identificar elementos básicos sobre la forma de articular las normas internacionales y especialmente las comunitarias con el tratamiento interno de los derechos de propiedad intelectual.
- Aportar elementos de discusión sobre los compromisos internacionales que se han adquirido y se vienen adoptando en materia de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual.

1.1 APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual es una especie de propiedad que se traduce en el reconocimiento de un conjunto de potestades exclusivas y temporales en favor de un determinado titular, sobre unos bienes inmateriales que son el resultado de un esfuerzo creativo del ser humano.

El titular del derecho de propiedad intelectual tiene la facultad para evitar que cualquier persona tenga acceso o haga uso de sus facultades o derechos sin su consentimiento, y a su vez tiene el derecho para que el Estado en toda su magnitud le proteja el derecho de la misma forma como protege la propiedad de bienes materiales.

Para la **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL y –OMPI–**, “la propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio”. Esta especie de derechos según la OMPI, se asemejan como ya se había anotado a cualquier otro derecho de propiedad y cuya génesis legislativa transnacional se remonta a la declaración universal de los derechos humanos, en la que en el artículo 27 se establece el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de toda producción científica, literaria o artística.

Los derechos de propiedad intelectual comparten entre sí varias notas características, por ejemplo, se trata de facultades que se ejercen sobre bienes o creaciones inmateriales. Detengámonos en esta afirmación un poco.

Estamos en presencia de creaciones, es decir, lo que va a premiarse con la concesión o reconocimiento del derecho de propiedad intelectual es un esfuerzo que va más allá de descubrir cómo funciona lo que nos rodea. Crear supone la generación de un nuevo saber, de

una nueva forma, de una nueva expresión, de algo que no existía. Existe entonces un trabajo de creación que puede tener diversas manifestaciones dependiendo si esa creación cumplirá un papel en el comercio o en la industria, o si frente a esa creación sólo se tendrá en cuenta su expresión artística o literaria, independiente de la forma en que se explote o se use si es que eso se hace.

Pensemos en una obra literaria cualquiera. El Quijote existió en el momento en que Cervantes puso su empeño creativo, tomó un conjunto de ideas y las expresó de una manera única. Esa forma única y muy personal de Cervantes para expresar sus ideas en El Quijote es lo que en el derecho de Autor se denomina "originalidad". Cervantes con su creación, totalmente distinta a otra historia cualquiera de hidalgos, compañeros de viaje, y de molinos de viento, generaría un derecho a ser el único que podía disponer de su creación a través de un conjunto de facultades tales como las de prohibir que otros reprodujeran su obra, y gracias a ese control podía derivar beneficios por su creación y se vería recompensado a seguir creando. Claro que es su época Cervantes no contaba con un derecho de propiedad intelectual como el que existe en la actualidad, pero tampoco tenía las amenazas que para las creaciones existen en el mundo moderno.

Lo que creó Cervantes no fueron los miles de ejemplares en que está contenida su obra, ni el derecho de propiedad intelectual supone que el titular del derecho sea propietario de los soportes que contienen sus derechos. El titular del derecho de propiedad intelectual tiene un control sobre quién puede plasmar su creación en un ejemplar y quien puede reproducir esos ejemplares, o venderlos, o distribuirlos. Se aprecia entonces que una cosa es el derecho de propiedad intelectual (conjunto de facultades) que se ejercen sobre un bien inmaterial (en el caso del ejemplo la forma única como Cervantes puso a volar nuestra imaginación) y otra bien distinta es la propiedad común que se ejerce sobre los ejemplares que contienen la obra literaria.

En otros casos la creación intelectual puede referirse a la solución técnica de un problema (invención), o la apariencia externa de un objeto de la industria (diseño industrial) o un conjunto de signos que permiten diferenciar productos o servicios en un mercado (marca). Es otra manifestación de los derechos de propiedad intelectual que se enmarcan en unas finalidades específicas y que están llamados a cumplir un determinado papel en la industria o en el comercio y por ello se aglutinan bajo la denominación de derechos de propiedad industrial. Como se examinará más adelante estos derechos suponen que exista una instancia que valore o estudie si se cumplió o no con unos requisitos necesarios para otorgar el derecho y dicha instancia suele suponer una autoridad nacional, lo que al larga conduce a que el derecho de propiedad industrial tenga una vocación más territorial y sean reconocidos por lo tanto en cada país dependiendo si en ese país se solicitó el derecho y se obtuvo de conformidad con las prescripciones de las leyes nacionales. Pese a esta diferencia con el derecho de autor tanto éste como la propiedad industrial comparten el que el derecho de propiedad intelectual se traduce en facultades exclusivas sobre bienes inmateriales.

1.2 MARCO REGULATORIO

Una especial característica en relación con los derechos de propiedad intelectual es que están enmarcados en un amplio cuerpo normativo, no sólo a nivel nacional sino también internacional e incluso de derecho comunitario. Resulta fundamental conocer el alcance de las distintas disposiciones que se ocupan de regular estas materias, mucho más cuando se observa que las negociaciones internacionales actuales en tratados de libre comercio supondrán modificaciones normativas en varios de esos niveles.

1.2.1 EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La Constitución Política de 1991, contempla la propiedad intelectual como una especie de propiedad, y por esa vía lo reconoció como un derecho fundamental. El artículo 61 de la carta política expresa lo siguiente:

Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley.

Esta norma subraya que la propiedad intelectual tiene un carácter especial, temporal tal y como ya se había expuesto, sujeta en algunos casos a formalidades que se anotarán más adelante.

La Corte Constitucional en 1997², señaló respecto de la propiedad intelectual:

".....que las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre los descubrimientos científicos así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo."..... (Refiriéndose al artículo 61 de la Constitución).

A su turno la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

² Sentencia de la Corte Constitucional C-282 de 1997.

...."El derecho de autor está previsto dentro de la gama de derechos sociales, económicos y culturales, a los cuales el Estado debe protección De esa manera, el artículo 61 Superior determina que....."³.

Desde 1960, cuando la Corte Suprema de Justicia tenía las funciones de control constitucional abordó el tema de la de la propiedad intelectual y expresó lo siguiente:

.... "En cuanto a su naturaleza, en la propiedad intelectual hay algo **moral** y algo **patrimonial**: lo primero, llamado **derecho moral**, es **inalienable, irrenunciable, imprescriptible**".....⁴

Incluso desde la Constitución de 1886, la propiedad intelectual se ha reconocido como un derecho de propiedad de naturaleza **sui generis**; el artículo 35 de esa Constitución establecía:

"Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley. Ofrécese la misma garantía a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que la nación respectiva consigne en su legislación el principio de reciprocidad y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales".

1.2.2 NORMATIVIDAD COMUNITARIA

Al referirse al tratamiento normativo de los derechos de propiedad intelectual resulta necesario hacer una referencia al régimen de derecho andino que supone la existencia de unas

³ Sentencia de casación penal del 30 de abril de 2008, radicación 29188, magistrado ponente Guillermo Vélez Murillo.

⁴ Corte Suprema de Justicia –Sala Plena – Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez, Bogotá, 10 de febrero de 1960.

normas que son aplicables dentro de los países miembros de la Comunidad Andina de manera directa, preferente y uniforme.

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia y sus Protocolos Modificatorios; c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Particularmente interesa lo relacionado con las "Decisiones" dado que tanto para el derecho de autor y conexos, para la propiedad industrial y para la protección de las variedades vegetales, entre otras, la regulación general de la materia, o incluso la mayor parte de esa regulación está contenida en "Decisiones" que hacen parte del ordenamiento legal de la Comunidad Andina de Naciones.

La norma andina en materia de derechos de propiedad intelectual es aplicable de manera directa, esto es, no es necesario incorporarla al derecho interno de la forma en que se requiere con normas tales como tratados internacionales. Es por ello que normalmente la norma andina es invocada en los procesos judiciales sin hacer referencia a una ley, decreto, resolución o cualquier otra disposición nacional que la haya incorporado como un instrumento de derecho interno.

De otra parte, la Decisión Andina al ser expedida por un órgano supranacional, que en virtud del acuerdo entre los estados ha recibido una especial delegación, es aplicable de manera preferente con respecto a la norma interna que le sea contraria. Así las cosas, la norma andina no deroga la norma interna, simplemente y en caso de contradicción se aplica de manera

privilegiada o preferente la primera. Varios ejemplos ilustran lo anterior. En la Ley 23 de 1982 sobre derecho de autor se establece que las obras fotográficas (artículo 89) se protegen en tanto que ellas tengan mérito artístico, mientras que la Decisión 351 de 1993 nada prescribe sobre el mérito artístico de la fotografía. Por lo anterior es dable concluir que la fotografía en Colombia se protege independientemente de si tiene o no mérito artístico, pese a que ello se establece en nuestra ley interna, en una norma que no ha sido derogada. Igual ocurre con todo lo concerniente a derechos de propiedad industrial que se incorpora en el Código de Comercio colombiano y que en gran medida, por no decir que casi en su totalidad, ha sido desplazado por la normativa comunitaria (Decisión 486 de 2000).

Para garantizar que el régimen andino de derecho en materia de derechos de propiedad intelectual sea interpretado de manera uniforme por los países que integran la comunidad se acude a la figura de la interpretación prejudicial. Corresponderá al Tribunal Andino de Justicia interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar, como se señalaba antes, su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

El artículo 33 del Protocolo de Cochabamba establece entonces que:

“Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.”

Más adelante y sobre el alcance de las facultades del Tribunal Andino se prevé que:

En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

La interpretación que brinde el Tribunal Andino es obligatoria para el juez o la jueza nacional, según las voces del artículo 35 del Protocolo en mención.

Para el derecho de autor y los derechos conexos la referencia principal que debe hacerse es a la Decisión 351 de 1993. Habría que señalar que ésta es la primera Decisión en esta materia y por ello es general y no entra en detalles lo que hace que sea necesario complementarla en muchos casos con las normas internas, en este caso con la Ley 23 de 1982 y con la Ley 44 de 1993, principalmente.

Por el lado de la propiedad industrial el desarrollo de la norma andina es más extenso y complejo, desde las Decisiones 85, 311, 313, 344 y más recientemente la Decisión 486 del 2000. Este mayor desarrollo se ve reflejado en el contenido de la norma que prácticamente lleva a que toda la regulación de la materia esté contenido en la regulación andina y no sea necesario acudir a normas internas, como en el derecho de autor, para completar el marco regulatorio.

1.2.3 NORMATIVA INTERNACIONAL

En esta materia de derechos de propiedad intelectual es extensa la regulación internacional y esto se explica por la necesidad que tienen los bienes amparados por estos

derechos de garantizar un tráfico fluido y seguro más allá de las fronteras. Estas normas prevén disposiciones que en gran medida han sido recogidas en los ordenamientos nacionales y han servido para su formulación. Además estas normas prevén reglas de trato mínimo y otros que son garantía en tanto que dan seguridad los titulares sobre las garantías básicas que sus derechos obtendrán al amparo de otras legislaciones, que son desconocidas, pero que por tratarse de países miembros de tales tratados suponen un nivel de protección mínimo conocido.

A nivel internacional los principales instrumentos de regulación son el Convenio de Berna⁵ para el derecho de autor, la Convención de Roma⁶ para los derechos conexos; el tratado OMPI de 1996 para el derecho de autor (TODA)⁷ y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación Ejecución y Fonogramas de 1996 (TOIEF)⁸, tratados todos que son parte de nuestro derecho interno.

Por el lado de los derechos de Propiedad Industrial esta referencia a un marco amplio de regulación internacional debe hacerse al Convenio de París⁹.

⁵Del 9 de septiembre de 1886, completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967, en PARIS el 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁶ Hecho en ROMA el 26 de octubre de 1961.

⁷ Adoptado en GINEBRA el 20 de diciembre de 1996.

⁸ Adoptado en GINEBRA el 20 de diciembre de 1996.

⁹ Del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

En general para las distintas formas de los derechos de propiedad intelectual es muy importante el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)¹⁰.

1.2.4 NORMAS NACIONALES

Adicional a los instrumentos de regulación internacional y comunitarios antes señalados existen disposiciones nacionales sobre los derechos de propiedad intelectual.

Para el derecho de autor y los derechos conexos la Ley 23 de 1982 es el principal referente en tanto contiene los aspectos más básicos y generales de esta disciplina. También contiene importantes disposiciones sobre aspectos procesales pertinentes a la hora de hacer valer por mecanismos judiciales cuestiones relativas a estos derechos. Por su parte la Ley 44 de 1993 trae importantes disposiciones sobre las sociedades de gestión colectiva, el registro de las obras y prestaciones amparadas por derecho de autor y derechos conexos.

En el campo de la propiedad industrial las principales normas sustantivas han sido recogidas en las decisiones andinas y en las normas nacionales son relevantes algunas disposiciones reglamentarias referidas a trámites de registro y cuestiones de más detalle tales como tarifas, procedimientos administrativos y similares.

1.3 FORMAS TÍPICAS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual se manifiesta a través de varias modalidades, dependiendo del bien objeto de tutela y de otros factores. Incluso la terminología "Propiedad Intelectual" puede

¹⁰El Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

llegar a ofrecer algunas confusiones porque en algunas legislaciones este término se emplea para designar una de las especies como es el caso del derecho de autor que en algunas leyes es denominado como derecho de propiedad intelectual. Pero haciendo a un lado esos casos puntuales en este trabajo se hace referencia la propiedad intelectual como género.



Discuta en grupo sobre la importancia de los derechos de propiedad intelectual en el mundo actual en que el conocimiento genera ventajas y oportunidades y se hace necesario promover la inventiva, la investigación y la creación en distintas áreas del saber humano.

Ap

¿Porqué los tratados de comercio modernos incorporan capítulos enteros sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual?

¿Conocen los asistentes otras áreas del derecho que tengan una regulación internacional de vieja data, con normas andinas y leyes nacionales?

¿Qué opinión les merece la regulación andina de los derechos de propiedad intelectual y en particular mecanismo tales como la interpretación prejudicial?

Unidad

2

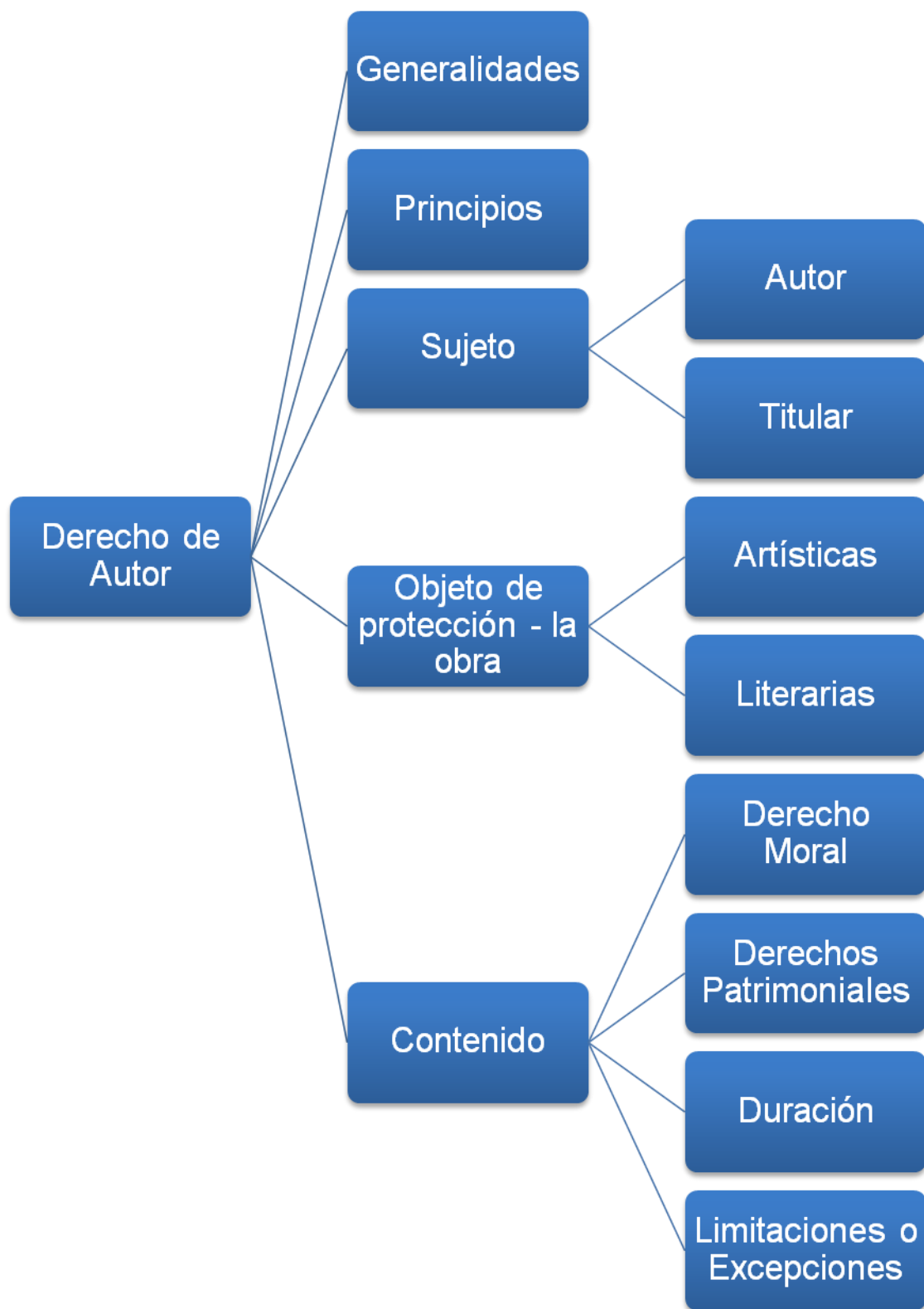
DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

O

- Aportar nociones generales sobre el derecho de autor y derechos conexos de forma que se pueda comprender la manera en que esta disciplina es reglada en la ley.

Oe

- Presentar los principios generales que inspiran la protección del derecho de autor y los derechos conexos.
- Comprender el objeto de protección del derecho de autor (la obra) y de los derechos conexos (las prestaciones y aportaciones).
- Ilustrar sobre la forma en que el derecho de autor y los derechos conexos se reconocen en favor de los creadores y aportadores y en beneficio de las personas que adquieren los derechos objeto de transferencia y negociación.
- Identificar el alcance de los derechos de autor y derechos conexos y la forma en que ellos se equilibran con otros derechos.



2.1 CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

En el caso del derecho de autor esta manifestación de la propiedad intelectual tiene por objeto, la protección de las obras artísticas y literarias que pueden ser reproducidas o divulgadas a través de cualquier forma o medio, formato o procedimiento. Aquí se está en presencia de una labor creativa de una persona (el sujeto autor) que genera una serie de derechos (morales y patrimoniales) que son susceptibles de una explotación (por parte del titular del derecho).

Bajo la denominación de los derechos conexos se hace referencia a particulares prerrogativas en favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Acá no se protege una creación sino una actividad que aporta a la creación, que contribuye con su difusión, es decir, existe una conexión con la creación aunque lo que ampara no es la creación en sí misma.

2.1.1 PRINCIPIOS

En este acápite se consideran algunos criterios generales que enmarcan lo que es el derecho de autor y los principios básicos a partir de los cuales se dispensa su protección.

2.1.1.1 No protección de las ideas.

Prevé el artículo 7 de la Decisión Andina 351 que está protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

Es importante tener en cuenta que en el proceso de creación de una obra, cuyo concepto se precisará más adelante, se parte de ideas y conceptos generales. Por ejemplo, la idea de escribir la biografía de un personaje histórico. Esa idea o concepto en general no goza de protección y es por ello que muchas personas han escrito y escribirán la biografía de Simón Bolívar y ninguna de ellas, ni por haberlo hecho primero, ni por haberlo realizado mejor, podrán obtener un derecho exclusivo sobre la posibilidad de escribir alrededor de la vida de tal personaje. El derecho de autor surge es en el momento en que una persona plasma sus ideas sobre Bolívar de una manera particular y única (la originalidad). Miles de personas entonces podrán pintar la figura de un torero robusto (es una idea o concepto) pero quien copie una obra de Fernando Botero no estará haciendo algo nuevo y propio sino que estará efectuando una copia de un trabajo ajeno. La idea es entonces libre, no apropiable, al tiempo en que la protección va a recaer en la forma particular en que una persona toma y combina las ideas para hacer algo que es único.

2.1.1.2 Originalidad.

Lo que se protege es la creación en la que se revela un esfuerzo propio, una combinación única o auténtica de un conjunto de ideas. Se trata de una expresión personal que combina un conjunto de ideas y la expresa de forma artística o literaria única y personal. Así como en el mundo de los derechos de propiedad industrial se hace una evaluación sobre los criterios para patentar una invención, o los criterios de distinción y fuerza diferenciadora de una marca, en el derecho de autor el eje para establecer la existencia de una obra que obedezca a un esfuerzo propio y único es la originalidad.

No debe entenderse la originalidad en el sentido común de esa palabra, por ejemplo, podría pensarse equivocadamente que una obra artística que represente la escena de la última

cena no es original porque hay muchas representaciones pictóricas del mismo momento, pero en tanto que alguien haya creado su propia expresión, sin copiarse de un trabajo previo podrá argumentar válidamente que ha creado una obra protegida por el derecho de autor y que se trata de un trabajo creativo original (tomó de las precedentes una idea pero como tal la obra obedece a un esfuerzo individual y único).

2.1.1.3 Independencia entre la obra y el soporte que la contiene.

No se debe confundir el derecho que se tiene sobre un soporte que contiene obras con el derecho de propiedad intelectual que un titular ejerce sobre tal obra. Quien ejerce el derecho de dominio sobre un ejemplar, pensemos en un libro, no por ello puede disponer de facultad alguna que se desprenda del derecho de autor, y por eso le está vedado reproducirlo, comercializar esas copias, o en general realizar cualquier tipo de acto de aquellos que hacen parte del patrimonio exclusivo del titular de los derechos.

Quien adquiere en una tienda una copia de un Cd musical o de un DVD que contiene una película puede realizar con ellos los actos propios de su utilización en reproductores caseros y similares. Cuando ese adquirente lo que hace es, por ejemplo, utilizar el Cd musical para animar un bar o discoteca, o emplea el DVD para hacer presentaciones públicas, estará yendo más allá de lo que el soporte en si le ha conferido como derecho, y por incursionar con tales actos en el terreno de la explotación del derecho de propiedad intelectual deberá fijar las condiciones de esas otras utilizaciones con los titulares que la ley reconoce para tales derechos.

2.1.1.4 Ausencia de formalidades:

Algo que diferencia radicalmente al derecho de autor con el derecho de propiedad industrial es este principio según el cual la obra, el objeto de protección del derecho de autor, se protege desde el momento de su creación. En algunas legislaciones, no es nuestro caso, se exige que la obra se haya fijado en un soporte.

Desde que la obra, esa expresión original de un conjunto de ideas, existe, goza de completa protección y cualquier persona que sienta vulnerados sus derechos sobre ella podrá reclamar su defensa judicial. Cosa diferente es la prueba de la existencia de la obra, que bien puede darse por cualquiera de los medios de prueba que nuestra ley permite teniendo el juez o la jueza la más amplia facultad para hacer las valoraciones que correspondan.

Aunque existen en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, unos trámites y requisitos para el registro de la obra, tal registro NO ES CONSTITUTIVO DE NINGÚN DERECHO, como sí ocurre por ejemplo con el registro de una patente o una marca, dado que en este caso la patente o la marca no gozarán de protección sino desde que el Estado las otorga a través de un acto formal de registro.

Del anterior principio se desprende además que al no existir una valoración para otorgar a través de un registro el derecho a un creador sobre su obra, por regla general estas obras van a gozar de protección al amparo de muchas legislaciones sin que sea necesario hacer registros nacionales como se requiere en materia de propiedad industrial.

2.1.1.5 No valoración del mérito o destino de la obra:

Relacionado con el anterior principio se tiene que la protección de una creación original protegida por el derecho de autor no está sujeta a que la obra guste o sea considerada de alguna manera valiosa o importante. Basta con que exista una creación que tenga una naturaleza artística o literaria, que sea original, para que se dispense la tutela que nace del derecho de autor. La finalidad de la obra, criterio de alguna manera relevante en la propiedad industrial, no se tiene en cuenta en el terreno del derecho de autor para efectos de dispensar protección.

Un ejercicio que se propone para trabajar alrededor de los principios que informan al derecho de autor consiste en pedirle a los discentes y las discentes que realicen un dibujo, por ejemplo de una persona leyendo un libro y sentada en una banca. Una vez realizado el dibujo se podrán observar inevitables parecidos dado que todos han partido de una idea más o menos detallada.

Ap

Con base en esta actividad que permite un momento de distracción se pueden plantear las siguientes preguntas y evaluar las respuestas de conformidad con los principios descritos anteriormente.

Preguntarse en grupo:

¿Aquello que han dibujado está protegido por el derecho de autor?

¿Se protege a la persona que terminó primero el dibujo?

¿Se protege a la persona que hizo el dibujo más aceptable?

¿Se protege a la persona que primero realice el registro de ese dibujo en la Oficina de Derecho de Autor?

¿La protección, si es que ella existe, es para quien hace el dibujo, para quien dio la idea del dibujo que se quería, o para quien lo realizó materialmente?

¿Si una persona obsequia el dibujo, el destinatario de ese soporte tiene la posibilidad de sacar copias y vender esas copias?

2.1.2 DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT

A nivel internacional se observan dos sistemas en materia de derecho de autor. El derecho de autor tal y como se describe en este módulo y que se matricula dentro de una tradición jurídica continental y el denominado copyright que obedece a una corriente jurídica anglosajona.

Existen diferencias importantes entre los dos sistemas pero tales diferencias se han matizado paulatinamente como efecto de la adopción de tratados internacionales en los que ambas concepciones se han encontrado.

Las diferencias más características pueden observarse en el objeto de protección y el concepto de obra. En el copyright, por ejemplo, un fonograma es considerado una obra al tiempo que en el sistema continental el fonograma se inscribe dentro de los denominados

derechos conexos cuyo objeto no son obras sino otro tipo de aportaciones al trabajo creativo como se examinará más adelante. Otra diferencia relevante entre estas dos vertientes del derecho se relaciona con el concepto de autor en tanto que en el derecho continental éste sólo puede ser una persona natural y en el copyright tal condición, en casos muy puntuales, puede extenderse también a personas jurídicas.

Otra diferencia se refiere al derecho moral que resulta vertebral dentro de la corriente latina de derecho de autor mientras que dentro del copyright tiene un reconocimiento menos marcado al menos como una figura propia de las normas del copyright.

2.2 SUJETO DEL DERECHO

Es importante, al hacer referencia al sujeto del derecho, que se diferencie entre el sujeto "autor" y el sujeto "titular". El autor, dentro de nuestro sistema legal de tradición continental, es la persona natural que realiza el trabajo de composición y expresión de un conjunto de ideas en forma original, al tiempo que el titular es la persona, natural o jurídica, que o bien porque sea el mismo autor o porque sea su heredero, cesionario o porque la ley así lo disponga, tiene bajo su control el ejercicio de los derechos de explotación o derechos patrimoniales sobre la obra de que se trate.

El "autor" es siempre una o varias personas naturales que realizan el trabajo original bien sea artístico o literario. Bajo otros esquemas normativos, como ya fue anotado, el autor puede ser una persona jurídica pero tal posibilidad en Colombia no existe, dado que siempre, y sin excepción de ninguna naturaleza el autor es un ser de carne y hueso, y sólo en él se predica la capacidad de crear una obra.

Cosa diferente es el "titular" del derecho, esto es una persona natural o jurídica que ostenta los derechos patrimoniales o de explotación de la obra protegida por el derecho de autor. El titular puede ser:

- El mismo autor. Generalmente quien crea la obra es su autor y titular de los derechos patrimoniales.
- Una persona natural o jurídica que la ley se ha encargado de contemplar que es el titular del derecho, por ejemplo, el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 establece que los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de la entidad pública correspondiente. También el artículo 98 de la Ley 23 ya citada contempla que los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario, a favor del productor. Se trata de situaciones en las cuales es la ley la que se encarga de precisar que el titular del derecho puede ser una persona física o jurídica diferente del autor.
- Una persona natural o jurídica a quien el autor ha cedido todos o algunos de sus derechos patrimoniales. En este caso esa cesión es calificada por la ley y así el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 señala que todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez frente a terceros¹¹, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la misma ley.

¹¹ Al hacer referencia a los principios del derecho de autor se enfatizó que el registro no es un requisito para la existencia del derecho. Esta norma del artículo 183 de la Ley 23 de 1982 que se comenta no establece la obligación de ese registro sino que prevé la necesidad de registrar los "*actos de transferencia del*

- Quien según las reglas del derecho común tenga derecho a suceder al autor en caso de muerte.

-

Cinco personas son encargadas por un docente para realizar un trabajo de investigación. Paco, uno de los discentes aporta su casa para realizar el trabajo y compra algunos libros que son necesarios en la investigación. Lucho Maleta decide llevar su computador y compra algunos víveres para la jornada de trabajo. Perico Pérez es un gran suministrador de ideas y decide trabajar desde un sofá indicando algunas ideas para el trabajo. Laura es la persona encargada de sentarse en el computador y copiar lo que le dicten para plasmar en un escrito el trabajo que deben presentar. Paulina es la persona que aprovecha los libros, las ideas y se apoya en el trabajo material de Laura y le dicta lo que ella debe escribir en el computador.

Ap

Surgen estas inquietudes:

¿Todos son autores de la obra?

¿Cómo se trata de un trabajo universitario los derechos serán de los discentes y las discentes junto con la universidad, o sólo de la universidad, o sólo de los primeros?

derecho de autor" para efectos de oponibilidad, lo que constituye algo esencialmente diferente del registro de las obras como tales.

¿Creen que el director de una tesis por el hecho de serlo es autor junto con quienes la hicieron?

2.3. EL OBJETO DE PROTECCIÓN

Las obras protegidas, es decir, el objeto del derecho de autor hace referencia a creaciones de diversa naturaleza. Sólo a título de ejemplo y sin que sea una enumeración taxativa la Decisión 351 de 1993 ilustra las obras que merecen esta tutela:

Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier otro tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;*
- b) las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;*
- c) las composiciones musicales con letra o sin ella;*
- d) las obras dramáticas y dramático-musicales;*
- e) las obras coreográficas y las pantomimas;*
- f) las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;*
- g) las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;*

- h) *las obras de arquitectura;*
- i) *las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;*
- j) *las obras de arte aplicado;*
- k) *las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;*
- l) *los programas de ordenador;*
- ll) *las antologías o compilaciones de obras diversas, y las bases de datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.*

Una obra es entonces una creación intelectual, original, de naturaleza artística o literaria, susceptible de reproducirse por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocer. Esta última anotación de "conocido o por conocer" es empleada en varios casos en la ley y se explica porque los cambios técnicos llevaban a que ciertas disposiciones entraran en obsolescencia en poco tiempo y de allí que resultara conveniente y aconsejable emplear fórmulas como ésta, para hacerlas permeables a dichos desarrollos o cambios técnicos.

Es en últimas el juez o la jueza quien habrá de determinar en cada caso y frente a un tipo cualquiera de creación si ésta puede ser considerada como una obra o no, dependiendo por supuesto del cumplimiento de requisitos tales como la originalidad y la expresión artística o literaria de un conjunto de ideas.

2.4 EL CONTENIDO DEL DERECHO

El derecho de autor tiene un contenido dual, lo que lleva a considerar dos subdivisiones o especies de derechos, la primera de ellas de contenido moral y personal, y la segunda, los derechos de contenido económico o patrimonial. La doctrina ha agrupado estos derechos de contenido moral alrededor de lo que denominó los **"derechos morales de autor"**, y los de contenido económico los aglutinó bajo la denominación de **"derechos patrimoniales de autor"**.

2.4.1 DERECHO MORAL

El derecho moral de autor, hace referencia a unas facultades muy particulares inherentes a la creación, a la paternidad, a la disposición e integridad de la obra, y son considerados como derechos personales, por lo que son inalienables, inembargables, imprescriptibles, e irrenunciables¹². Estos derechos morales se traducen de acuerdo con lo que dispone el artículo 11 de la Decisión 351 en la facultad del autor para:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;*
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y*
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.*

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes.

¹²Artículo 11 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones -CAN-.

La Ley 23 de 1982 hace una referencia más amplia al derecho moral y menciona, además de los que se atrás se refirieron, el derecho a modificar la obra antes o después de su publicación, y el derecho a retirar de circulación la obra o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada¹³. Claro que el ejercicio de estos dos derechos sólo se pueden ejercitar a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les llegara a ocasionar¹⁴.

2.4.2 DERECHOS PATRIMONIALES

Por su parte los derechos patrimoniales de autor son aquel conjunto de derechos de explotación que permiten al titular del derecho beneficiarse económicamente de su creación intelectual. Dentro de este conjunto de derechos podemos mencionar los que trae el artículo 13 de la precitada Decisión 351:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;*
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra*

¹³ Artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

¹⁴ Parágrafo 4 del artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Se entiende por reproducción, la fijación¹⁵ de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

La comunicación pública es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Por ejemplo, este derecho es especialmente relevante cuando se trata de obras musicales y producciones fonográficas y es el que le posibilita los titulares del derecho sobre ellas autorizar o prohibir o percibir una remuneración cada vez que las obras son utilizadas, en representaciones escénicas, recitales, conciertos, la radio, etc.

Por lo complejo o imposible que puede ser el ejercicio individual de estos derechos, y de otros, es que existen las sociedades de gestión colectiva, que son los entes conformados por titulares de un derecho para que en nombre de todos ellos se recaude, se administre y posteriormente se distribuya la remuneración que corresponda.

Es importante advertir que autor o sus derechohabientes, son quienes tienen *"el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir cualquiera de estas formas de explotación económica de los derechos de autor"*

¹⁵ Incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción comunicación.

Como ya se mencionó, los derechos morales de autor son imprescriptibles, lo que nos indica que estos derechos jamás fenecen o se pierden, e incluso después de la muerte del autor, sus derechohabientes pueden reivindicar en cualquier momento esta clase de derechos; inclusive, el Estado a través del Ministerio de cultura está en la obligación de reivindicar los derechos morales de los autores, de acuerdo con lo que el Artículo 11 de la Decisión 351 y el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 disponen.

No sucede lo mismo con los derechos patrimoniales de autor, los cuales sí tienen una limitación en el tiempo para su explotación exclusiva. Una vez transcurra un tiempo definido en la Ley, se extingue el derecho patrimonial de autor y la obra pasa al dominio público.

Éste es el tributo que el autor o el titular del derecho tienen que hacer a la sociedad, es una contribución al patrimonio de la sociedad. En aplicación integral y complementaria de los artículos 18 y 59 de la Decisión 351 y del artículo 21 de la Ley 23 de 1982, la extinción de los derechos patrimoniales de autor se produce, por regla general y salvo algunos casos, ochenta (80) años después del fallecimiento del autor, cuando se trate de personas naturales, y de cincuenta (50) años después de la realización, divulgación o publicación de la obra, cuando el titular de los derechos sea una persona jurídica¹⁶.

¹⁶El artículo 59 de la Decisión 351 establece que cuando en las legislaciones internas se prevean plazos menores para la extinción de los derechos patrimoniales a los previstos en la Decisión, se aplicarán los plazos establecidos en la normativa andina, y cuando los plazos de la normativa andina sean inferiores a los de las legislaciones internas de los países miembros, se aplicarán los plazos establecidos en esas legislaciones internas.

2.4.3 LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Se trata de casos expresamente definidos en la ley, en cuya aplicación no se puede generar un perjuicio a los intereses del titular del derecho ni se puede perjudicar la normal explotación de la obra. Estos casos, relacionados con actividades de información, educación y con otras circunstancias muy particulares permiten la utilización de las obras protegidas sin que medie una previa y expresa autorización por parte del titular, como ocurre por ejemplo con la cita que se hace de una obra dentro de otra obra, y siempre y cuando se haga esa cita conforme a las precisas directrices que se prevén en la norma y se haga de forma tal que no se afecte el derecho del titular.

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, ordena la Decisión 351 de 1993, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Las limitaciones contenidas en la norma andina se refieren a casos expresos en los que será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

- a) *citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;*

- b) *reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de las obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;*
- c) *reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:*
- 1) *preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,*
 - 2) *sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.*
- d) *reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;*
- e) *reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;*
- f) *reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;*

- g) *reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;*
- h) *realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;*
- i) *la realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;*
- j) *realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de los alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;*
- k) *la realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.*

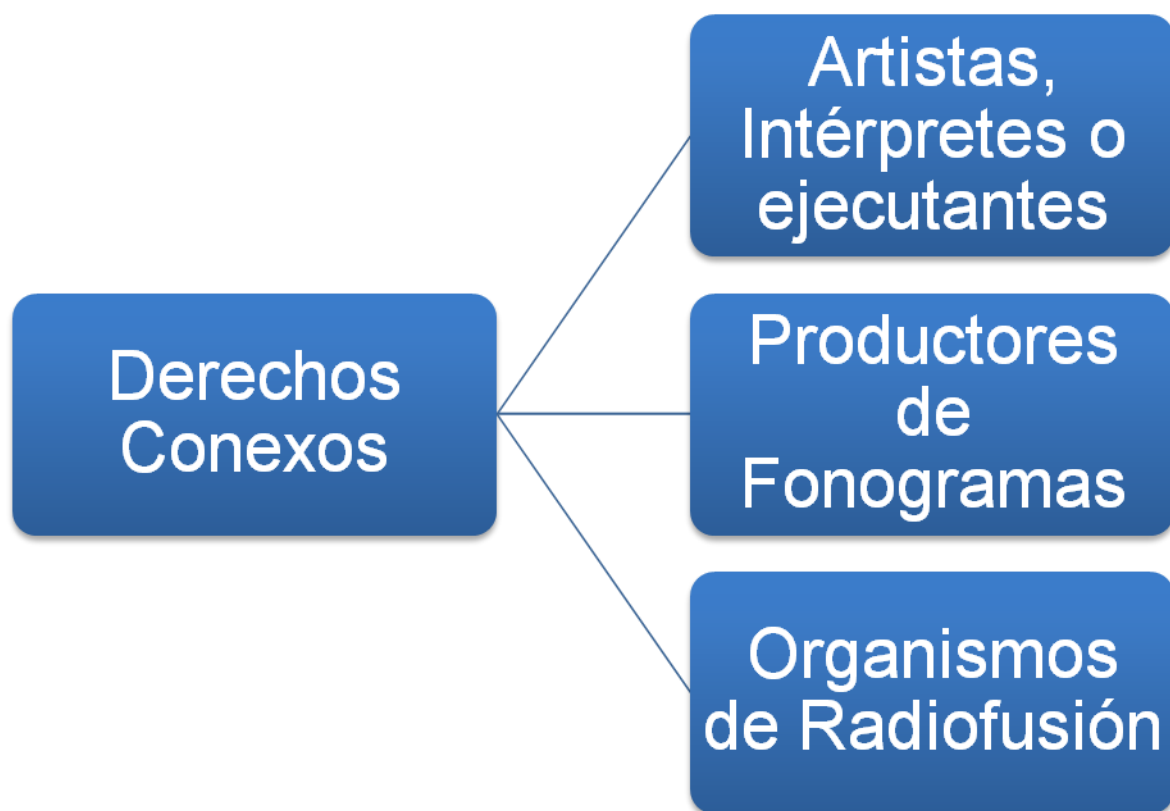
2.5 DERECHOS CONEXOS

Los denominados derechos conexos tienen un desarrollo más tardío en el tiempo si se les compara con el derecho de autor. Nacen como resultado de los cambios técnicos, el desplazamiento del trabajo del artista debido a las grabaciones generó para ellos la pérdida de oportunidades de trabajo y de los consecuentes ingresos por su actividad. El fonograma, es decir, la primera grabación de los sonidos de una interpretación y de otros sonidos tardó en ser reconocido como un objeto tutelable de mucha importancia, entre otras cosas por la gran inversión que supone su realización. Y nada diferente ocurre con las emisiones de televisión y de radio y el trabajo cada vez más sofisticado de quienes realizan este tipo de actividades.

En los derechos conexos no se protege una actividad de creación sino un aporte a la creación por parte de los artistas, de los productores y de los organismos de radiodifusión que contribuyen con sus actividades a una mayor difusión y conocimiento de las obras protegidas por el derecho de autor.

La consagración de estos derechos conexos era susceptible de crear un conflicto con el derecho de autor y es por ello que en las leyes sobre la materia es común encontrar el principio según el cual la protección prevista para los derechos conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias, y en caso de conflicto entre unos y otro se estará siempre a lo que más favorezca al autor¹⁷.

¹⁷ Artículo 33 de la Decisión Andina 351 de 1993



Los derechos conexos se otorgan a los titulares que entran en la cadena de intermediarios en la producción, grabación o difusión de las obras. Sus derechos se justifican por cuanto intervienen en el proceso de creación intelectual dado que prestan asistencia a los autores en la divulgación de sus obras al público. A manera de ejemplo ilustrativo, los músicos interpretan las obras musicales de los autores o compositores; los actores interpretan papeles en las obras de teatro escritas por los escritores de obras literarias; y los productores de fonogramas o la industria de la grabación, graban y producen canciones y música escrita por autores y compositores, interpretadas por artistas intérpretes o ejecutantes; los organismos de radiodifusión difunden obras y fonogramas en sus emisoras etc.

Los derechos conexos están previstos en la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, más conocida como "Convención de Roma", y en el artículo 33 y siguientes de la Decisión 351 y 165, y siguientes de la Ley 23 de 1982.

En términos generales esta protección supone para los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.

Además de los derechos anteriores, los artistas intérpretes tienen el derecho de:

- a) Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice; y,
- b) Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación.

Por su lado los productores de fonogramas tienen el derecho de:

- a) autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;
- b) impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin autorización del titular;
- c) autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,
- d) percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

Por último, los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
- b) la fijación de sus emisiones sobre una base material; y,
- c) la reproducción de una fijación de sus emisiones.

GLOSARIO DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.

Agentes o sectores de la industria cinematográfica: Productores, distribuidores, exhibidores o cualquier otra persona que realice acciones similares o correlacionadas directamente con esta industria cultural

Artista intérprete o ejecutante: persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

Autoridad Nacional Competente: órgano designado al efecto, por la legislación nacional sobre la materia.

Copia o ejemplar: soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Comunicación pública de obras: todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por ejemplo:

las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento.

la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales.

la emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

Comunicación al público de una interpretación o ejecución o de un fonograma: la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. Así mismo, se entenderá que "comunicación al público" incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.

Derechohabiente: persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.

Distribución al público: puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Distribuidor de obras cinematográficas: Quien se dedica a la comercialización de derechos de exhibición de obras cinematográficas en cualquier medio o soporte.

Divulgación: hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

Editor: la persona natural o jurídica, responsable económica y legalmente de la edición de una obra que, por su cuenta o por contrato celebrado con el autor o autores de dicha obra, se compromete a reproducirla por la imprenta o por cualquier otro medio de reproducción y a propagarla.

Emisión: difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.

Exhibidor: Quien tiene a su cargo la explotación de una sala de cine o sala de exhibición, como propietario, arrendatario, concesionario o bajo cualquier otra forma que le confiera tal derecho.

Fijación: incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.

Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.

Grabación efímera: fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.

Ideas: Las ideas o el contenido conceptual de las obras literarias y artísticas no son objeto de apropiación. La legislación de derecho de autor, protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias y artísticas.

Obra: toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

Obra audiovisual: toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.

Obra de arte aplicado: creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.

Obra en colaboración: la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados.

Obra colectiva: la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre.

Obra anónima: aquella en que no se menciona el nombre del autor, por voluntad del mismo, o por ser ignorado.

Obra seudónima: aquella en que el autor se oculta bajo un seudónimo que no lo identifica.

Obra inédita: aquella que no haya sido dada a conocer al público.

Obra póstuma: aquella que no haya sido dada a la publicidad solo después de la muerte de su autor.

Obra originaria: aquella que es primitivamente creada.

Obra derivada: aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma.

Obra Plástica o de bellas artes: creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales.

Oficina Nacional Competente: órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Organismo de radiodifusión: empresa de radio o televisión que transmite programas al público.

Productor: persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.

Productor cinematográfico: la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad de la producción de la obra cinematográfica.

Productor de fonogramas: persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

Programa de ordenador (Software): expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones–, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

Publicación: producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

Retransmisión: reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

Sala de cine o sala de exhibición: Local abierto al público, dotado de una pantalla de proyección que mediante el pago de un precio o cualquier otra modalidad de negociación, confiere el derecho de ingreso a la proyección de películas en cualquier soporte.

Titularidad: calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.

Usos honrados: los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

Uso personal: reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.

Unidad

3

PROPIEDAD INDUSTRIAL

O

- Describir las nociones generales sobre la propiedad industrial de forma que se pueda comprender la manera en que esta disciplina es reglada en la ley.

Oe

- Presentar los principios generales que inspiran la protección de la propiedad

industrial.

- Comprender el objeto de las nuevas creaciones, los signos distintivos, los secretos empresariales y los esquemas de trazado de circuitos integrados.
- Identificar el alcance de los derechos de propiedad industrial la forma en que ellos se relacionan con otros derechos.

3.1 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

A diferencia de lo que ocurre con el derecho de autor, en materia de propiedad industrial resulta relevante y pertinente la finalidad de los bienes y creaciones que van a ser objeto de la protección. Como su nombre lo indica se hace alusión a creaciones que están llamadas a desempeñar un papel en la industria o en el comercio.

Algunos de los principios que se pueden observar en materia de propiedad industrial son:

3.1.1. PRINCIPIOS

3.1.1.1 Formalidades:

La adquisición de los derechos de propiedad industrial está sujeta al cumplimiento de estrictos requisitos, que una vez verificados concluyen en un acto formal de concesión del derecho. Así por ejemplo, una patente de invención, una patente de modelo de utilidad, diseño industrial, una marca o un lema sólo podrán reclamar protección cuando el derecho ha sido reconocido por una entidad competente para ello.

En el caso colombiano la autoridad en materia de derechos de propiedad industrial es la Superintendencia de Industria y Comercio.¹⁸

3.1.1.2 Finalidad:

El reconocimiento de los derechos de propiedad industrial está condicionado a que se cumpla con criterios de valoración en asuntos tales como la novedad, la altura inventiva y la aplicación industrial para las patentes, o la distintividad para las marcas. Se trata entonces de un estudio que permite determinar si aquello para lo cual se solicita la protección logra pasar por ese examen de fondo antes de poder reclamar cualquier protección.

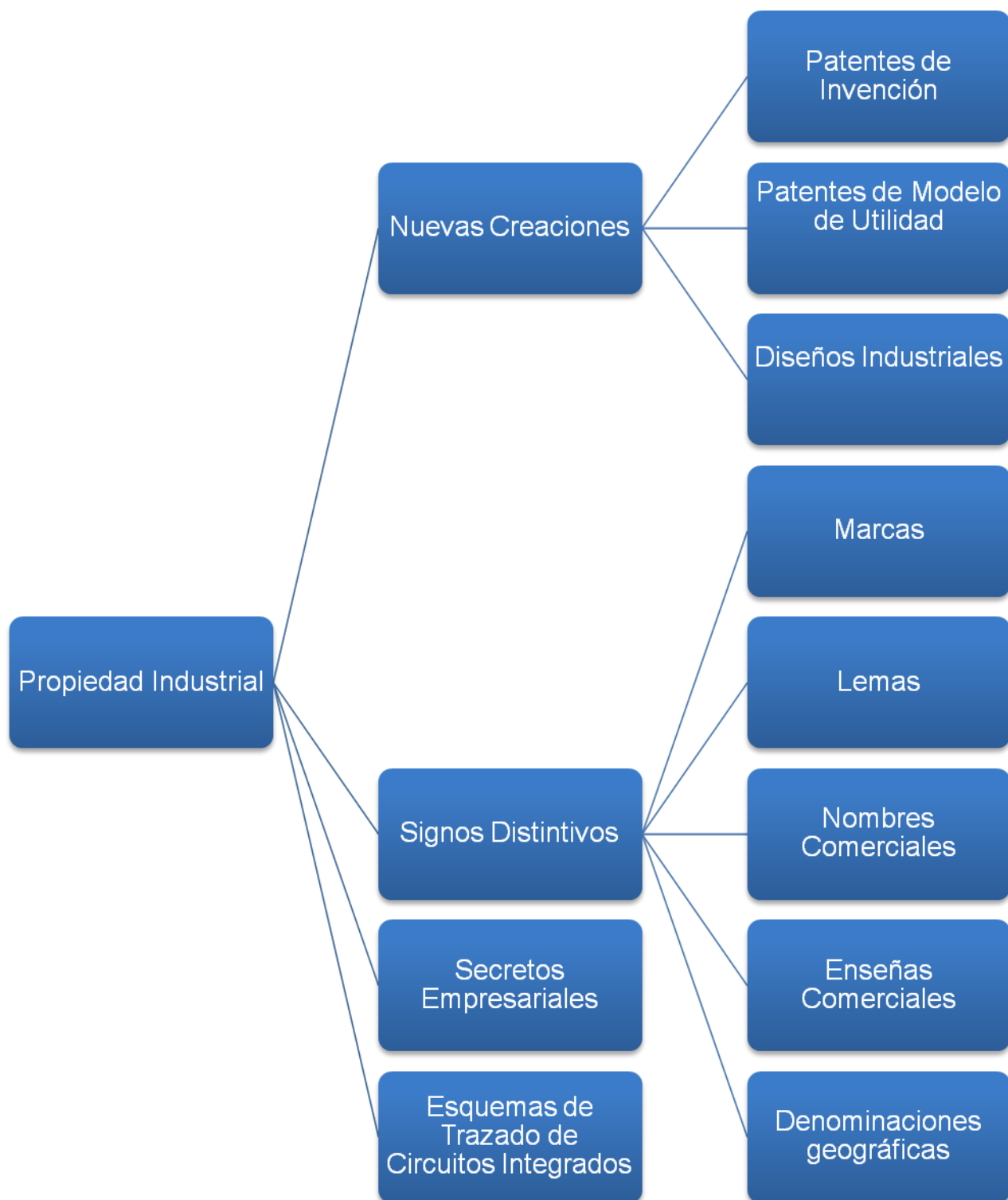
3.1.1.3 Territorialidad:

Toda vez que en los derechos de propiedad industrial, por regla general, se hace necesario un estudio de forma y de fondo previa la concesión del privilegio, ésta facultad se la reservan los estados y hace parte de su soberanía. Por ello es posible encontrar que existen derechos de

¹⁸www.sic.gov.co

propiedad industrial que están vigentes en un determinado país mientras que en otros territorios hacen parte del dominio público por no haberse solicitado, o por no haberse otorgado allí el derecho.

Existen instrumentos internacionales que facilitan la obtención de los derechos en varios territorios, o que de alguna forma brindan protección de algunos derechos de propiedad industrial más allá de las fronteras. Se trata de casos especiales que habrán de ser evaluados frente a situaciones concretas. Sin embargo se reitera que la regla general es la territorialidad y para el caso colombiano es indiscutible que quien alega un derecho de propiedad industrial deberá acreditar que conforme al derecho interno ese derecho está reconocido formalmente o están dados los presupuestos para que pueda ser reclamado.



3.2. CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

La propiedad industrial agrupa cuatro clases de bienes, a saber, las nuevas creaciones, los signos distintivos, los secretos empresariales y finalmente los esquemas de trazados de circuitos integrados. Los bienes objeto de protección a través de la propiedad industrial, deben estar expresamente señalados en la ley, para lo cual debemos acudir a nuestra legislación vigente que como ya se expresó es principalmente la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

3.2.1 NUEVAS CREACIONES

Bajo esta denominación se agrupan tres tipos de creaciones, las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales.

Un común denominador de este tipo de creaciones es que suelen ser el resultado de años de investigación y grandes esfuerzos en términos de recursos, tiempo y trabajo humano. Al insertarse dentro de los derechos de propiedad industrial es claro que estas creaciones están destinadas a cumplir un fin utilitario y como se observará más adelante antes de concederse el derecho suele haber un periodo de tiempo en que la solicitud es examinada con bastante rigor.

Los derechos sobre las nuevas creaciones no son indefinidos, y los titulares e inventores deben pagar un tributo a la sociedad y de allí que los privilegios sobre estas prerrogativas son

temporales y culminan cuando transcurre el tiempo que define la ley¹⁹; para las patentes de invención la duración del derecho a la explotación exclusiva es de 20 años²⁰, y para los modelos de utilidad y diseños industriales es de 10 años²¹, pasados esos años en cada caso, estas nuevas creaciones pasan al dominio público, y pueden ser explotadas, por cualquier persona.

Algo que se debe destacar es que quien accede a la protección de una nueva creación aporta la información y ella hará parte del estado de la técnica o conjunto de conocimientos sobre una determinada materia. Así las cosas por ejemplo, una patente concedida en un tercer país que no haya solicitado en tiempo ese privilegio en Colombia podrá ser lícitamente explotada en este país. Igual ocurre cuando el periodo de protección expira y cualquier persona puede utilizar esa información y de hecho explotarla. Son muchas las formas en que la información de las patentes, contenida en bancos de patentes sirve a la sociedad en general y ese es uno de los principales aportes que el titular brinda a cambio del privilegio temporal que a él se le concede.

Hay otras obligaciones inherentes a los titulares de las patentes, que si no las cumplen pueden perder sus privilegios y tienen que ver con la utilización real y legal de éstas, y el no abusar de su posición dominante. El no cumplir con estas obligaciones puede dar paso a que terceros puedan gozar de esas nuevas creaciones sin la autorización del titular. Estas licencias de uso como ya se expresó pueden ser por falta de explotación, o por abuso de posición dominante²².

¹⁹Para caso Colombiano lo define la propia Decisión 486 de la CAN.

²⁰Artículo 50 de la Decisión 486 de la CAN.

²¹Artículos 84 y 128 de la Decisión 486 de la CAN.

²²Para mayor ilustración ver el capítulo 5 de la Decisión 486 de la CAN.

También existe una tercera causal para que se generen las licencias obligatorias que no tienen que ver con el comportamiento del comerciante y son las licencias de usos por razones de interés público. En todos los casos las licencias obligatorias las debe declarar la Superintendencia mediante un proceso predeterminado que se encuentra regulado en la ley.

Se trata entonces de mecanismos legales que tienden a restablecer el equilibrio para aquellas situaciones en que hubiera una inactividad del titular del derecho o un uso abusivo del mismo, o una circunstancia de salubridad pública. Así como en el derecho de autor se mencionan las limitaciones y excepciones, así como allá se establece un término de vigencia de los derechos patrimoniales, acá en la propiedad industrial, y en particular en el régimen de las nuevas creaciones y las patentes, los derechos tienen una vigencia limitada y las leyes consagran unos casos en los cuales se puede imponer una carga al titular del derecho a favor de la sociedad. Son las formas en que los derechos de propiedad intelectual generan equilibrio entre el derecho exclusivo e individual y los derechos de la sociedad en general.

3.2.1.1 Patente de Invención:

En términos muy generales se puede señalar que la invención es la solución de un problema técnico. Esa solución debe cumplir con requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial a efectos de poder solicitar la concesión del privilegio estatal de explotación, es decir, la patente. En otras palabras, la patente de invención es el acto formal por medio del cual una autoridad estatal reconoce que una persona es la que puede explotar exclusivamente la solución de un problema técnico en cuanto esa solución cumplió con requisitos de forma y de fondo.

La norma se encarga de precisar que algunas posibles creaciones no serán consideradas invenciones, es decir, soluciones de problemas técnicos sobre las cuales sea posible reclamar derechos exclusivos. Lo señala así el artículo 15 de la Decisión Andina 486 cuando prescribe que no se considerarán invenciones:

- a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;*
- b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;*
- c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;*
- d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;*
- e) los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y,*
- f) las formas de presentar información.*

De otro lado existen invenciones, que pese a no estar excluidas como tales no podrán ser objeto de patente. Es decir, acá lo que ocurre es que frente a estas invenciones el Estado no otorgará en ningún caso el privilegio de patente²³:

²³ Artículo 20 de la Decisión Andina 486.

- a) *las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria al orden público o a la moral solo debido a la existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;*
- b) *las invenciones cuya explotación comercial en el País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria a la salud o la vida de las personas, de los animales, o para la preservación de los vegetales o del medio ambiente sólo por razón de existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;*
- c) *las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos;*
- d) *los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a los seres humanos o a animales.*

¿Qué es la novedad que se requiere para que una invención pueda obtener el privilegio de patente? Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica entendiendo éste como todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida²⁴.

²⁴ La prioridad es un mecanismo mediante el cual la fecha de presentación de una primera solicitud de un derecho de propiedad industrial en un país puede servir como fecha para cuando se esa solicitud se presente en otro país, siempre que se haga dentro de unos periodos de tiempo determinados. Esto sirve para que el titular pueda presentar su solicitud en varios países y no vea afectado su derecho si no las presenta el mismo día, lo que suele engorroso en algunos casos.

¿En qué consiste la altura o nivel inventivo? Se presenta cuando para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.

¿Qué es la aplicación industrial? Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.

La patente tendrá un plazo de duración de veinte años contado a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud en el País Miembro.

La patente confiere a su titular el derecho de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento, realizar cualquiera de los siguientes actos:

a) cuando en la patente se reivindica un producto:

- i) fabricar el producto;
- ii) ofrecer en venta, vender o usar el producto; o importarlo para alguno de estos fines; y,

b) cuando en la patente se reivindica un procedimiento:

- i) emplear el procedimiento; o
- ii) ejecutar cualquiera de los actos indicados en el literal a) respecto a un producto obtenido directamente mediante el procedimiento.

El titular de la patente no podrá ejercer sus derechos exclusivos respecto de los siguientes actos:

- a) actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales;
- b) actos realizados exclusivamente con fines de experimentación, respecto al objeto de la invención patentada;
- c) actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o de investigación científica o académica;
- d) actos referidos en el artículo 5ter del Convenio de París²⁵ para la Protección de la Propiedad Industrial;
- e) cuando la patente proteja un material biológico excepto plantas, capaz de reproducirse, usarlo como base inicial para obtener un nuevo material viable, salvo que tal obtención requiera el uso repetido de la entidad patentada.

²⁵Artículo 5ter Patentes: libre introducción de objetos patentados que formen parte de aparatos de locomoción. En cada uno de los países de la Unión no se considerará que ataca a los derechos del titular de la patente:(i) El empleo, a bordo de navíos de los demás países de la Unión, de medios que constituyan el objeto de su patente en el casco del navío, en las máquinas, aparejos, aparatos y demás accesorios, cuando dichos navíos penetren temporal o accidentalmente en aguas del país, con la reserva de que dichos medios se empleen exclusivamente para las necesidades del navío;(ii) El empleo de medios que constituyan el objeto de su patente en la construcción o funcionamiento de los aparatos de locomoción aérea o terrestre de los demás países de la Unión o de los accesorios de dichos aparatos, cuando éstos penetren temporal o accidentalmente en el país.

La patente no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por la patente, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular de la patente, o por otra persona con su consentimiento o económicamente vinculada a él.

A efectos de lo anterior se entenderá que dos personas están económicamente vinculadas cuando una pueda ejercer directa o indirectamente sobre la otra, una influencia decisiva con respecto a la explotación de la patente o cuando un tercero pueda ejercer tal influencia sobre ambas personas.

Un producto ha sido patentado en Ecuador y el IEPI ha otorgado ese derecho de conformidad con la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Ese producto no fue solicitado para su patente en Colombia pero un colombiano adquiere algunos ejemplares del producto que incorpora la patente en el territorio ecuatoriano y lo importa a Colombia para realizar unas investigaciones de manera privada. Al cabo de un año decide sacar ese mismo producto en el mercado Colombiano y exportarlo a Bolivia y Ecuador en donde cree poder competir con mejores precios que el que allí se vende.

Ap

Se plantean las siguientes preguntas:

¿Es posible que el titular de la patente en Ecuador impida que los bienes vendidos en ese país sean exportados a Colombia?

¿Puede el comprador colombiano realizar actos de explotación en Colombia de ese producto patentado en el Ecuador?

¿Es posible que el empresario colombiano explote esa misma invención patentada en Ecuador en Colombia y que realice exportaciones a Bolivia y Ecuador?

3.2.1.2. Modelo de Utilidad:

Se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.

El plazo de duración del modelo de utilidad será de diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

3.2.1.3 Diseño Industrial

Se refiere a la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto.

La protección sobre el diseño industrial es de 10 años.

Serán registrables diseños industriales que sean nuevos. Un diseño industrial no es nuevo si antes de la fecha de la solicitud o de la fecha de prioridad válidamente invocada, se hubiere hecho accesible al público, en cualquier lugar o momento, mediante su descripción, utilización, comercialización o por cualquier otro medio. Un diseño industrial no es nuevo por el

mero hecho que presente diferencias secundarias con respecto a realizaciones anteriores o porque se refiera a otra clase de productos distintos a dichas realizaciones.

El registro de un diseño industrial conferirá a su titular el derecho a excluir a terceros de la explotación del correspondiente diseño. En tal virtud, el titular del registro tendrá derecho a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el comercio o utilice comercialmente productos que incorporen o reproduzcan el diseño industrial.

El registro también confiere el derecho de actuar contra quien produzca o comercialice un producto cuyo diseño sólo presente diferencias secundarias con respecto al diseño protegido o cuya apariencia sea igual a ésta.

La protección conferida a un diseño industrial no se extenderá a los elementos o características del diseño dictados enteramente por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica, que no incorporen ningún aporte arbitrario del diseñador. La protección conferida a un diseño industrial no comprenderá aquellos elementos o características cuya reproducción exacta fuese necesaria para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual forme parte. Esta limitación no se aplicará tratándose de productos en los cuales el diseño radica en una forma destinada a permitir el montaje o la conexión múltiple de los productos, o su conexión dentro de un sistema modular.

3.2.2. SIGNOS DISTINTIVOS

En términos generales los signos distintivos son instrumentos de mucha utilidad en la vida empresarial y comercial dado que se trata de elementos que permiten la identificación de sus partícipes, de sus productos y de sus servicios. Eso no es sólo una herramienta importante en el mercado para su funcionamiento más básico sino que ofrece a sus titulares un activo que les permite expandir sus negocios, por ejemplo a través de contratos de franquicias, o dar más valor a sus empresas. Pero los signos distintivos, además de esa función son útiles para el consumidor que encuentra en ellos elementos de garantía para ejercer sus opciones de compra con confianza, seguridad y con información confiable sobre el origen empresarial de productos y de servicios.

3.2.2.1 Marca:

Marca es cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica.

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) los sonidos y los olores;
- d) las letras y los números;
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas; entre otros.

El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años indefinidamente.

El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

- a) aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;
- b) suprimir o modificar la marca con fines comerciales, después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre los productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;
- c) fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales;
- d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;
- e) usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando ello pudiese causar al titular del registro un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza

distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular;

f) usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio.

Los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.

El registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos.

El registro de una marca no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por dicho registro, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular del registro o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él, en particular cuando

los productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto directo con ellos no hubiesen sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro.

3.2.2.1.1 Marcas colectivas

Se entenderá por marca colectiva todo signo que sirva para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios pertenecientes a empresas diferentes y que lo utilicen bajo el control de un titular. Las asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones o grupos de personas, legalmente establecidos, podrán solicitar el registro de marca colectiva para distinguir en el mercado los productos o servicios de sus integrantes.

3.2.2.1.2 Marcas de certificación:

Se entenderá por marca de certificación un signo destinado a ser aplicado a productos o servicios cuya calidad u otras características han sido certificadas por el titular de la marca.

3.2.2.2 Lema:

Se entiende por lema comercial la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca. El lema siempre va asociado con una marca, es una figura accesoria a la marca.

3.2.2.3 Nombre Comercial:

Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil. Una empresa o establecimiento podrá tener más de un nombre comercial. Puede constituir nombre comercial de una empresa o establecimiento, entre otros, su denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles.

El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa.

El titular de un nombre comercial podrá impedir a cualquier tercero usar en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pudiere causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios. En el caso de nombres comerciales notoriamente conocidos, cuando asimismo pudiera causarle un daño económico o comercial injusto, o implicara un aprovechamiento injusto del prestigio del nombre o de la empresa del titular.

3.2.2.4. Enseña Comercial:

Es el distintivo de los establecimientos de comercio. El derecho sobre una enseña se adquiere por su primer uso de manera similar a como opera para los nombres comerciales.

Al igual que con los nombres comerciales el derecho se adquiere por el uso y se pierde por la falta de uso. La enseña puede ser depositada en la Superintendencia de Industria y

Comercio pero dicho depósito no supone el reconocimiento de derecho alguno, es simplemente una declaración de una persona en el sentido de estar usando ese distintivo como enseña.

3.2.2.5 Indicaciones Geográficas:

Dos especies de signos distintivos se protegen como indicaciones geográficas, las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia.

3.2.2.5.1 Denominaciones de origen:

Se refiere a la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a una zona geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuya calidad, reputación u otras características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos.

La declaración de protección de una denominación de origen se hará de oficio o a petición de quienes demuestren tener legítimo interés, entendiéndose por tales, las personas naturales o jurídicas que directamente se dediquen a la extracción, producción o elaboración del producto o los productos que se pretendan amparar con la denominación de origen, así como las asociaciones de productores. Las autoridades estatales, departamentales, provinciales o municipales también se considerarán interesadas, cuando se trate de denominaciones de origen de sus respectivas circunscripciones.

3.2.2.5.2 Indicación de procedencia

Se entenderá por indicación de procedencia un nombre, expresión, imagen o signo que designe o evoque un país, región, localidad o lugar determinado.

3.2.3 SECRETOS EMPRESARIALES

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros.

3.2.4 ESQUEMA DE TRAZADOS DE CIRCUITOS INTEGRADOS

El circuito integrado es un producto, en su forma final o intermedia, cuyos elementos, de los cuales al menos uno es un elemento activo y alguna o todas las interconexiones, forman parte integrante del cuerpo o de la superficie de una pieza de material, y que está destinado a realizar una función electrónica; y el esquema de trazado es la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos, siendo al menos uno de éstos activo, e interconexiones de un circuito integrado, así como esa disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado.

Un esquema de trazado será protegido cuando fuese original, es decir, cuando resulta del esfuerzo intelectual propio de su creador y no fuese corriente en el sector de la industria de los circuitos integrados.

Cuando un esquema de trazado esté constituido por uno o más elementos corrientes en el sector de la industria de los circuitos integrados, se le considerará original si la combinación de tales elementos, como conjunto, cumple con esa condición.

Ap

Elaborar una lista de posibles conflictos que logra identificar entre las distintas formas de derechos de propiedad intelectual, por ejemplo, entre las marcas y los otros signos distintivos, entre un diseño industrial y una obra protegida por el derecho de autor.

Unidad

4

**OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD
INTELECTUAL**

O

- Exponer los aspectos más generales de los mecanismos de protección legal de los derechos de propiedad intelectual en las instancias administrativas y judiciales.

- Describir las principales controversias y dificultades que se presentan en la definición de asuntos que tienen que ver con derechos de propiedad intelectual y que están presentes en los debates judiciales.

Oe

- Ilustrar sobre los mecanismos de administrativos, aduaneros, civiles y penales en relación con la observancia de los derechos de propiedad intelectual.

4.1. CONCEPTO DE OBSERVANCIA

Cuando se hace referencia a la observancia de los derechos de propiedad intelectual a lo que se alude es al conjunto de mecanismos en distintas áreas, la administrativa, la civil, la aduanera, y la penal, que sirven a la protección real y concreta que en la actualidad los derechos de propiedad intelectual demandan. Este concepto estructura a nivel internacional en el Acuerdo sobre los ADPIC en donde la protección a los derechos de propiedad intelectual pasa a ser parte del sistema de comercio multilateral de la OMC.

Los estándares altos y elevados en la protección de los derechos de propiedad intelectual tenían una utilidad relativa en tanto que su efectividad y su respeto en muchos casos era poco eficaz. Así las cosas, y en ese contexto internacional, las disposiciones sobre observancia atienden a dos fines primordiales. En primer lugar los titulares de los derechos deben contar con

instrumentos idóneos para hacer valer sus derechos, y en segundo lugar, tales mecanismos de observancia, o su aplicación, no deben suponer una traba al comercio ni pueden promover su abuso.

Las normas sobre observancia en los ADPIC están previstas en la parte III del Acuerdo, que está dividido en cinco Secciones. La primera sección contiene garantías y principios procesales básicos según los cuales los países se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Se anota además allí que los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos y no serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios. Sobre las decisiones de fondo prevé que se formularán, preferentemente, por escrito y serán razonadas. Se pondrán a disposición, al menos de las partes en el procedimiento, sin retrasos indebidos. Sólo se basarán en pruebas acerca de las cuales se haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas.

La segunda sección hace referencia a los procedimientos judiciales civiles y establece dentro de sus características que se garantice que éstos sean justos y equitativos y que, en determinadas circunstancias, exista un medio para ordenar a la parte demandante que presente las pruebas pertinentes. Entre los recursos disponibles deben figurar los mandamientos judiciales, la reparación de los daños y la posibilidad del decomiso y la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras.

La sección tercera se refiere a las medidas provisionales según las cuales las autoridades judiciales deben estar facultadas para ordenar la adopción de medidas rápidas y eficaces que

eviten que se genere una actividad infractora y para preservar las pruebas. Se hace referencia adicionalmente a las medidas que eviten el abuso de esos mecanismos provisionales.

La cuarta sección incorpora las denominadas medidas en frontera. Atendiendo a un comercio internacional de mercancías falsificadas y piratas los procedimientos que en las aduanas permitan evitar la importación de este tipo de mercaderías son idóneos, eficaces y suelen ser mucho más económicos, dado que se impide que estas mercancías ingresen a los canales comerciales normales en los que rastrear su presencia se hace mucho más complicado.

La sección quinta del capítulo de observancia de los ADPIC se refiere a los recursos de tipo penal. El compromiso de los miembros de los ADPIC es que las medidas penales, que deben consagrarse el menos para los casos de falsificación de marcas y piratería del derecho de autor deben ser suficientemente disuasivos. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados para producirlas.

Es común observar en los tratados de libre comercio que negocia Colombia en materia comercial que exista todo un componente de derechos de propiedad intelectual y dentro de éste la observancia ocupa un papel protagónico. Estos mecanismos de observancia deberán ir adecuándose a las nuevas tecnologías y el juez y la jueza deberán asumir el reto de aplicar estas normas y sus desarrollos en un nuevo medio en que muchos de los derechos de propiedad intelectual están especialmente expuestos a su vulneración.

4.2 MEDIDAS CIVILES

4.2.1 CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR

4.2.1.1 Norma General:

Dispone el artículo 242 de la Ley 23 de 1982 que las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, entiéndase los asuntos relacionados con derecho de autor y derechos conexos, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria.

4.2.1.2. Procedimiento especial de una instancia:

Los jueces o las juezas civiles municipales, conocerán, en una sola instancia y en juicio verbal, las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios, por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones consagradas en el artículo 163 de la Ley 23 de 1982. La representación y ejecución pública fue tratada al hacer referencia a los derechos patrimoniales de autor y el artículo 163 de la Ley 23 que se menciona en este artículo 243 es del siguiente tenor:

"Artículo 163. La persona que tenga a su cargo la dirección de las entidades o establecimientos enumerados en el artículo 159 de la presente Ley, en donde se realicen actos de ejecución pública de obras musicales, está obligada a:

1. *Exhibir, en lugar público, el programa diario de las mismas obras;*
2. *Anotar en planillas diarias, en riguroso orden, el título de cada obra musical ejecutada, el nombre del autor o compositor de las mismas, el de los artistas o intérpretes que en ella intervienen, o el del director del grupo u orquesta, en su caso, y del nombre o marca del grabador cuando la ejecución pública se haga a partir de una fijación fonomecánica, y*

3. *Remitir una copia auténtica de dichas planillas a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas que en ellas aparezcan, o a sus representantes legales o convencionales si lo solicitan.*

Las planillas a que se refiere el presente artículo serán fechadas y firmadas y puestas a disposición de los interesados, o de las autoridades administrativas o judiciales competentes cuando las solicitan para su examen.

4. *No utilizar las interpretaciones realizadas por personas a quienes el autor o sus representantes hayan prohibido ejecutar su obra o un repertorio de sus obras por infracciones al derecho de autor."*

4.2.1.3 Medida cautelar y procedimiento cautelar autónomo:

El autor, el editor, el artista, el productor de fonogramas, el organismo de radiodifusión, los causahabientes de éstos y quien tenga la representación legal o convencional de ellos, según lo dispone el artículo 244 de la Ley 23 de 1982, pueden pedir al juez o la jueza el secuestro preventivo:

1. *De toda obra, producción, edición y ejemplares;*
1. *Del producido de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares, y*
3. *Del producido de la venta y alquiler de los espectáculos teatrales, cinematográficos, musicales y otros análogos.*

Para que esta acción del artículo 244 proceda, se requiere que el que solicita la medida afirme que ha demandado o va a demandar a la persona contra la cual dicha medida se impetra por actos y hechos jurídicos vinculados con el derecho de autor, los mismos que concretará en el libelo. Sin embargo se observa un vacío en tanto que no se establece en la Ley 23 de 1982, en relación con esta posibilidad de solicitar una medida al margen de un proceso judicial, el tiempo en el que deberá presentarse la demanda en caso de haberla anunciado. En el artículo 50 de los

ADPIC existe una disposición similar cuyo tratamiento bien podría servir para llenar el aludido vacío. Se establece en el numeral 6 de ese artículo 50 lo siguiente:

"6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4, las medidas provisionales adoptadas al amparo de los párrafos 1 y 2 se revocarán o quedarán de otro modo sin efecto, a petición del demandado, si el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto no se inicia en un plazo razonable que habrá de ser establecido, cuando la legislación de un Miembro lo permita, por determinación de la autoridad judicial que haya ordenado las medidas, y que a falta de esa determinación no será superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor. "

También el autor, el editor, el artista, el productor de fonogramas, el organismo de radiodifusión, los causahabientes de éstos y quien tenga la representación legal o convencional de ellos podrá pedir al juez que interdicte o suspenda la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y obras semejantes, que se van a representar, ejecutar o exhibir en público sin la debida autorización del titular o titulares del derecho de autor.

4.2.1.4 Legitimación:

En relación con las disposiciones de la Ley 23 de 1982 que acaban referirse en los numerales anteriores aplica el artículo 249 según el cual *"el que ejercita las acciones consagradas por los artículos anteriores no está obligado a presentar con la demanda la prueba de la personería ni de la representación que incoa en el libelo."*

Adicionalmente debe tenerse presente la especial disposición que para las sociedades de gestión colectiva prevé la propia Decisión 351 cuando señala que:

"Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales."

4.2.2 CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN MATERIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

La Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones que consagra el Régimen Común en materia de derechos de Propiedad Industrial y viene a ser la primera norma andina en esta materia que incluye disposiciones concretas sobre aspectos procesales vinculados a la defensa judicial de estos derechos. Claro está que al ser una norma de carácter andino no define las reglas de jurisdicción y competencia que siguen siendo un asunto de puro derecho interno.

En general dentro de los trámites administrativos previos a la concesión de un derecho de propiedad industrial existe la posibilidad para los terceros interesados de hacer valer sus argumentos a través de las oposiciones a las solicitudes de los registros, en tanto que cuando el registro es constitutivo de derechos esas solicitudes son objeto de publicación y con ello se salvaguarda la posibilidad de oposición o de observación de quienes consideren tener un mejor derecho o quieran hacer valer sus razones en contra de ese posible otorgamiento. Ese trámite administrativo prevé también unas instancias que se surten dentro de los denominados recursos de la vía gubernativa y la decisión final que adopte la Superintendencia de Industria y Comercio puede ser objeto de una acción de nulidad ante el Consejo de Estado.

Adicional a lo anterior existen acciones que se pueden incoar ante la propia Superintendencia bien sea por la falta de uso de una marca, por su vulgarización, o por otras razones que son trámites meramente administrativos, aunque suponen la definición de conflictos de intereses entre particulares.

Muchas disputas que involucran derechos de propiedad industrial también es frecuente encontrarlas dentro de procesos en que se pretende establecer la posible comisión de actos de competencia desleal, por ejemplo, el aprovechamiento de la reputación ajena, actos de engaño, actos de confusión y otros más suelen requerir un estudio sobre derechos de propiedad intelectual y su alcance.

A continuación se hará una breve reseña de los procedimientos y recursos civiles de que trata la Decisión 486 de 2000.

4.2.2.1 Prohibición de uso de un signo notoriamente conocido:

El titular de un signo distintivo notoriamente conocido²⁶ tendrá acción para prohibir su uso a terceros y a ejercer ante la autoridad nacional competente las acciones y medidas que correspondan. Esta acción prescribirá a los cinco años contados desde la fecha en que el titular del signo tuvo conocimiento de tal uso, salvo que éste se hubiese iniciado de mala fe, en cuyo caso no prescribirá la acción. Esta acción no afectará la que pudiera corresponder por daños y perjuicios conforme al derecho común.

Esta es una acción que no tenía antecedente pero que se inscribe dentro de la necesidad de proteger los denominados signos notoriamente conocidos que según las propias voces de esta norma son aquellos que fueren reconocidos como tales en cualquier País Miembro

²⁶ Elementos a partir de los cuales se puede establecer si un signo es notoriamente conocido pueden ser consultados en el artículo 228 de la Decisión 486 del 2000.

por el sector pertinente²⁷, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido.

Constituye uso no autorizado del signo distintivo notoriamente conocido el uso del mismo en su totalidad o en una parte esencial, o una reproducción, imitación, traducción o transliteración del signo, susceptibles de crear confusión, en relación con establecimientos, actividades, productos o servicios idénticos o similares a los que se aplique. También constituirá uso no autorizado del signo distintivo notoriamente conocido el uso del mismo en su totalidad o en una parte esencial, o de una reproducción, imitación, traducción o transliteración del signo, aun respecto de establecimientos, actividades, productos o servicios diferentes a los que se aplica el signo notoriamente conocido, o para fines no comerciales, si tal uso pudiese causar alguno de los efectos siguientes:

- a) riesgo de confusión o de asociación con el titular del signo, o con sus establecimientos, actividades, productos o servicios;
- b) daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo; o,
- c) aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo.

4.2.2.2 Acción Reivindicatoria:

Esta acción se consagra para aquellos casos en que una patente o un registro de diseño industrial se hubiesen solicitado u obtenido por quien no tenía derecho a obtenerlo, o en

²⁷ Para establecer el sector pertinente consultar el artículo 230 de la Decisión 486 de 2000.

perjuicio de otra persona que también tuviese tal derecho. En este caso la persona afectada podrá reivindicarlo ante la autoridad nacional competente pidiendo que le sea transferida la solicitud en trámite o el derecho concedido, o que se le reconozca como co-solicitante o cotitular del derecho.

En el caso de las marcas cuando un registro de marca se hubiese solicitado u obtenido en perjuicio de otra persona que también tuviese tal derecho, la persona afectada podrá reivindicarlo ante la autoridad nacional competente pidiendo que se le reconozca como co-solicitante o cotitular del derecho. No es muy claro en la práctica en qué casos opera esta acción para las marcas, dado que si bien es cierto en el caso de las patentes es viable y de hecho la norma lo exige que se indique quién es el inventor y éste no coincide necesariamente con el solicitante la procedencia de la acción es indiscutible, pero en las marcas el derecho es de quien lo solicita primero sin mayores consideraciones sobre otro tipo de relaciones entre el creador de la marca y quien la solicita para su registro.

Esta acción prescribe a los cuatro años contados desde la fecha de concesión del derecho o a los dos años contados desde que el objeto de protección hubiera comenzado a explotarse o usarse en el país por quien obtuvo el derecho, aplicándose el plazo que expire antes. No prescribirá la acción si quien obtuvo el derecho lo hubiese solicitado de mala fe.

4.2.2.3 Acción por infracción de derechos:

El titular de un derecho de propiedad industrial podrá entablar acción contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción.

En particular, quien acredite ser el titular de una patente tendrá derecho a ejercer acción judicial por daños y perjuicios por el uso no autorizado de la invención o del modelo de utilidad durante el período comprendido entre la fecha en que adquiera carácter público y pueda ser consultada la solicitud respectiva y la fecha de concesión de la patente. El resarcimiento sólo procederá con respecto a la materia cubierta por la patente concedida, y se calculará en función de la explotación efectivamente realizada por el demandado durante el período mencionado.

En los casos en los que se alegue una infracción a una patente cuyo objeto sea un procedimiento para obtener un producto, corresponderá al demandado en cuestión probar que el procedimiento que ha empleado para obtener el producto es diferente del procedimiento protegido por la patente cuya infracción se alegue. A estos efectos se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto idéntico producido sin el consentimiento del titular de la patente, ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado, si:

a) el producto obtenido con el procedimiento patentado es nuevo; o

b) existe una posibilidad sustancial de que el producto idéntico haya sido fabricado mediante el procedimiento y el titular de la patente de éste no puede establecer mediante esfuerzos razonables cuál ha sido el procedimiento efectivamente utilizado.

En la presentación de pruebas en contrario, se tendrán en cuenta los intereses legítimos del demandado o denunciado en cuanto a la protección de sus secretos empresariales.

En relación con esta acción el accionante podrá solicitar que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas:

a) el cese de los actos que constituyen la infracción;

b) la indemnización de daños y perjuicios;

c) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;

d) la prohibición de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

e) la adjudicación en propiedad de los productos, materiales o medios referidos en el literal c), en cuyo caso el valor de los bienes se imputará al importe de la indemnización de daños y perjuicios;

f) la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en el literal c) o el cierre temporal o definitivo del establecimiento del demandado o denunciado; o,

g) la publicación de la sentencia condenatoria y su notificación a las personas interesadas, a costa del infractor.

Tratándose de productos que ostenten una marca falsa, la supresión o remoción de la marca deberá acompañarse de acciones encaminadas a impedir que se introduzcan esos productos en el comercio. Asimismo, no se permitirá que esos productos sean reexportados en el mismo estado, ni que sean sometidos a un procedimiento aduanero diferente.

Para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:

a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;

b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o,

c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.

La acción por infracción prescribirá a los dos años contados desde la fecha en que el titular tuvo conocimiento de la infracción o en todo caso, a los cinco años contados desde que se cometió la infracción por última vez.

4.2.2.4 Medidas cautelares:

Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir que se ordenen medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio y podrán ordenarse, entre otras, las siguientes:

a) el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;

b) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;

c) la suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

d) la constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,

e) el cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

En todo caso una medida cautelar se ordenará sólo cuando quien la solicita acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia.

Salvo norma interna en contrario, señala la norma andina, toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la medida.

4.3 MEDIDAS EN FRONTERA

Algo particular de los ADPIC, y ya también incorporado en la Decisión 486 de 2000, es la obligación de los Estados miembros de introducir medidas en frontera para la protección de los derechos de propiedad intelectual.

La estrategia de utilizar el control de fronteras para impedir el comercio de bienes infractores ya se había contemplado con anterioridad, encontrando que el artículo 9(1) de la Convención de París había establecido que: *"Todo producto que lleve ilícitamente una marca de fábrica o de comercio o un nombre comercial será embargado al importarse en aquellos países de la Unión²⁸ en los cuales esta marca o este nombre comercial tenga derecho a la protección legal."* Así mismo, se previó la función administrativa de quién aplicara la medida en frontera, al consagrar el artículo 9(3) de la misma Convención que: *"El embargo se efectuará a instancia del Ministerio Público, de cualquier otra autoridad competente, o de parte interesada, persona física o moral, conforme a la legislación interna de cada país."* Sin embargo, es de notar que esta disposición sólo está redactada a favor de las marcas²⁹, sin tener en cuenta otros derechos de propiedad intelectual.

La norma relevante en los ADPIC se encuentra consagrada en el artículo 51, establece que: *"Los Miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen, adoptarán procedimientos³⁰ para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de*

²⁸Se refiere a todos los países miembros del Tratado.

²⁹ En la práctica, a pesar que muchos países han ordenado a las autoridades aduaneras el embargo y decomiso de bienes falsificados o piratas, es claro que esto no se aplica adecuadamente, toda vez que las prioridades de estas entidades generalmente han estado enfocadas más en el control y embargo del comercio de drogas, armas, y/o sustancias nocivas para el ser humano. La exigencia de este control de bienes infractores de propiedad intelectual es algo reciente y de capacitación obligatoria para los funcionarios de aduanas de cada país.

³⁰ Nota: (Queda entendido que no habrá obligación de aplicar estos procedimientos a las importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento, ni a las mercancías en tránsito).

mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas³¹ o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor ³²(Para los fines del presente Acuerdo). “

En la lectura de este artículo³³, se constata que los Estados miembros están obligados a implementar las medidas en frontera que permitan a los titulares de derecho de propiedad intelectual a contar con mecanismos frente a las autoridades administrativas que les permitan actuar en los casos en que exista una posible sospecha de una importación o exportación de productos falsificados o de piratería de bienes. Al observar la naturaleza de la norma, se puede apreciar que se consagran unas guías que se deben seguir para una adecuada aplicación de la misma y que las autoridades aduaneras juegan un papel principal en la implementación de estas provisiones.

Es importante notar que aparte de los productos protegidos por el derecho de autor que sean objeto de piratería, así como por las marcas registradas que estén falsificadas, no existe ninguna obligación de los Estados miembros de aplicar el artículo 51 de medidas en frontera a otras categorías o clases de bienes protegidos por el derecho de propiedad intelectual. Bajo este artículo los países tampoco tienen la obligación de aplicar estos procedimientos para las importaciones paralelas de mercancías auténticas, así como tampoco tienen la obligación de

³¹ Como complemento de esta provisión ADPIC define mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, como: “(...) cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven apuesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación;”

³² Así mismo ADPIC define mercancías pirata que lesionan el derecho de autor, como: “(...) cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.”

³³ Cámara de Comercio Internacional (CCI), “Enforcement Measures Against Counterfeiting and Piracy: An International survey”, ICC Publishing S.A., Paris, 1998, p. XIII. Ver también ADPIC, artículo 51.

aplicar estas normas para los bienes que están de tránsito, más solo para aquellos llegados a puerto³⁴.

En la práctica, el titular de los derechos hace una denuncia, luego debe demostrar evidencia suficiente de la infracción y posteriormente una detallada descripción de la falsificación o de los productos piratas, con el objetivo de otorgar a las autoridades de aduanas una fácil identificación de los productos y de conferirles el status para actuar de oficio con el fin de detener los productos que posiblemente puedan ser objeto de piratería o falsificación. Es necesario tener en cuenta que el artículo 52 exige al menos una prueba sumaria que acredite la titularidad de los derechos invocados, caso en el cual se deben proporcionar los documentos para aquellos casos en que la legislación nacional así lo requiera³⁵.

El artículo 53.1 otorga la facultad a las autoridades competentes para exigir al demandante el aporte de una fianza o garantía equivalente, suficiente para proteger al demandado y a las autoridades competentes e impedir cualquier posible abuso. Para algunos casos particulares, el artículo 53.2 permite que el propietario, el importador o el consignatario de las mercancías objeto de la demanda, tenga el derecho a que se proceda al despacho de aduana de las mismas previo depósito de una fianza por un importe que sea suficiente para proteger al titular del derecho en cualquier caso de infracción, y en cumplimiento de tres requisitos consagrados en el artículo en mención³⁶.

³⁴ Blakeney, Michael, *"Enforcement and Border Control of Intellectual Property Rights Under the TRIPS Agreement"*, 2001, pg. TRI-010-011.

³⁵En la práctica, los casos más importantes son de marcas reconocidas y de renombrados bienes de derecho de autor.

³⁶Este procedimiento de despacho de aduana procede siempre y cuando (art. 53.2): a) las autoridades aduaneras hayan suspendido el despacho para libre circulación de mercancías que comporten dibujos o modelos industriales, patentes, esquemas de trazado o información no divulgada, sobre la base de una decisión no tomada por una autoridad judicial u otra autoridad independiente; b) que el plazo estipulado en el artículo 55 haya vencido sin que la autoridad debidamente facultada al efecto dicte una medida

Por consiguiente, una vez iniciado el procedimiento, se le debe notificar al propietario, importador o consignatario de las mercancías y al correspondiente demandante, acerca de la suspensión del despacho de aduana de las mercancías de conformidad con el artículo 54. Si no se presenta ninguna causal para el levante de la medida³⁷, y una vez iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto, el artículo en mención le otorga al demandado el derecho a requerir una revisión y el derecho a una audiencia, con el objetivo de decidir dentro de un plazo razonable si esas medidas deben modificarse, revocarse o confirmarse. De confirmarse la suspensión decretada por la autoridad aduanera, se continuará con las acciones penales correspondientes conforme al artículo 61 de los ADPIC; de revocarse la suspensión, se procederá a una indemnización adecuada por todo daño causado por la retención infundada de las mercancías o por la retención de las que se hayan despachado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.

Así las cosas, los artículos de los ADPIC relativos a las medidas en frontera consagran un marco legal suficiente para que cada Estado miembro las adopte por medio de legislaciones que se adecuen a sus propias necesidades. Es claro que en los ADPIC se hace especial énfasis en los mecanismos internos de observancia como lo son los procedimientos civiles, administrativos y penales, los cuales, si son eficaces, permitirán detener la actividad infractora directamente desde

precautoria provisional, y c) que se hayan cumplido todas las demás condiciones requeridas para la importación.

³⁷ La duración de la suspensión depende del procedimiento consagrado por cada país para el artículo 55, pero en todo caso este artículo determina el posible levante de la medida por parte de las autoridades aduaneras y procediendo al despacho de las mismas, siempre y cuando se hayan cumplido todas las condiciones requeridas para la importación o exportación de los bienes, y para todos los casos en que en un plazo no superior a 10 días hábiles contados a partir de la comunicación de la suspensión, "las autoridades de aduanas no hayan sido informadas de que una parte que no sea el demandado haya iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión", o de que la autoridad debidamente facultada al efecto, haya adoptado medidas provisionales que prolonguen la suspensión del despacho de aduana de las mercancías. La otra causal para el levante de la medida, se aplica conforme a las disposiciones del párrafo 6 del artículo 50.

el lugar de origen, es decir, desde el mismo punto de producción. Sin embargo, en el Acuerdo se reconoce que esa observancia no siempre es posible y que adicionalmente, no todos los países son Miembros del Acuerdo sobre los ADPIC: por consiguiente, la parte III reconoce la importancia de los procedimientos de observancia en fronteras, que puedan permitir a los titulares de los derechos obtener la cooperación de las administraciones de aduanas con objeto de impedir el despacho de las mercancías infractoras para libre circulación.

Recientemente encontramos que el tema fue nuevamente tratado en el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, el cual incluye varias referencias a las medidas en frontera, dejando al Estado Colombiano la adopción de medidas concretas para la práctica de las mismas.

Posterior a la anterior normativa, luego de un esfuerzo compartido por diferentes sectores y entidades del Estado, se aprobó el 22 de diciembre del año 2006, el Decreto 4540 de 2006 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio del cual se adoptan controles en aduana para proteger la Propiedad Intelectual. Este Decreto consagra las medidas en frontera en las que se aplican las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales suscritos con anterioridad, y representa un paso muy importante y fundamental para un control adecuado u eficiente en la observancia de la propiedad intelectual en Colombia.

Es necesario tener en cuenta que las normativas en medidas en frontera anteriores a la expedición de Decreto en mención, ya habían sido parcialmente aplicadas por parte de los titulares de marcas y por las autoridades aduaneras³⁸, los que, una vez enterados del hecho y particularmente del ingreso de la mercancía a puerto, por medio de la DIAN, se separaban las mercancías a fin que el titular de la marca la revisara y determinara si se había presentado o no

³⁸ Para estos efectos se constituyó un "Directorio Marcario" implementado por las Autoridades Aduaneras y conforme a los registros de la Superintendencia de Industria y Comercio, que tenía por objeto identificar aquellas mercancías que pudieran constituir una infracción a los derechos de marca.

una violación a los derechos de propiedad intelectual. Es importante considerar que no era posible la suspensión del despacho de aduanas sin una razón fundamentada, razón por la cual la intervención del titular de la marca involucrada se debía hacer de manera inmediata y recién entrado el contenedor a puerto, y de presentarse la violación, se tenía que elaborar y radicar inmediatamente la denuncia penal por presunta usurpación de marcas, a fin que las autoridades de aduanas, una vez notificadas de la presentación de la denuncia, pudieran proceder a la suspensión del despacho.

Ahora bien, con la expedición del Decreto 4540 de 2006, los titulares de derechos de marca y de derecho de autor no tienen que recurrir al procedimiento descrito, toda vez que en la actualidad cuentan con un procedimiento claro y determinado para solicitar a las Autoridades de Aduana la suspensión de aquellas operaciones aduaneras de importación, exportación o tránsito, que contengan mercancías presuntamente infractoras de los derechos de marca o de autor, sea esta "mercancía pirata" o sea esta de "marca falsa", a fin de evitar que estos productos entren y sean comercializados en Colombia o, sean exportados, o para el caso de tránsito, que se exporten a otro país.

Para estos fines, en términos generales, el titular del derecho³⁹ cuenta con dos opciones, a saber: solicitar permiso a la División de Servicio al Comercio Exterior para inspeccionar personalmente las mercancías antes de solicitar la suspensión de la operación aduanera, con el objetivo de verificar si existe o no la violación; o, si se tiene certeza acerca de la existencia de las mercancías infractoras, presentar una solicitud de suspensión provisional de la operación aduanera a la Administración de Aduanas, esto, mientras la autoridad judicial competente resuelve la denuncia o demanda que el titular deberá presentar por la supuesta condición de piratería o de marca falsa. Una vez presentada la solicitud, la Administración de Aduanas

³⁹ Conforme al artículo 5 del Decreto 4540 de 2006: "la solicitud de suspensión provisional deberá presentarse personalmente por el titular del Derecho; por la Federación o Asociación facultada para representarlo; o por el representante legal o apoderado, debidamente constituido."

admitirá o rechazará la solicitud, en la cual se ordenará, si es procedente, la suspensión de la operación aduanera, la constitución de una garantía bancaria o de compañía de seguros, la comunicación al depósito sobre la suspensión de la operación aduanera, y la autorización al petitionario para examinar la mercancía⁴⁰.

Así las cosas, una vez que procede la medida, la mercancía permanecerá a disposición de la autoridad judicial que avoque el asunto hasta que se dicte sentencia, o en otras palabras, a disposición del juez o la jueza competente, sea éste o ésta, en materia civil o en materia penal. Ahora bien, si se declara por medio de providencia judicial la existencia de piratería o de falsedad marcaria, la autoridad aduanera rechazará el levante, la autorización de embarque o el tránsito de la mercancía, la cual quedará a disposición del juzgado designado, el cual podrá ejecutar las medidas pertinentes para reparar los perjuicios causados al demandante o denunciante, entre lo cual se puede proceder a la destrucción de las mercancías objeto de la sentencia. Para el caso contrario en el cual se decidiera que no existe piratería o falsedad marcaria, se restituirán los términos, la operación aduanera podrá continuar normalmente, y la aduana ordenará hacer efectiva la garantía en favor del afectado.

En este sentido, es posible observar que el Decreto 4540 de 2006 cuenta y cumple con las condiciones requeridas por los compromisos internacionales adquiridos, y particularmente con los ADPIC, toda vez que consagra un procedimiento sencillo y de fácil manejo para las autoridades aduaneras en Colombia, sin menoscabo de la participación activa que pueden tener los titulares de derechos de marcas y derecho de autor en la puesta en marcha de esta norma. Sólo resta observar los resultados de este nuevo procedimiento aduanero, toda vez que es una norma muy joven y por esto mismo, difícil de medir en la actualidad: es necesario observar el

⁴⁰ Conforme al artículo 7 del Decreto 4540 de 2006: "Cuando se trate de mercancías altamente perecederas, y sin perjuicio de la demanda ante la autoridad competente, no habrá lugar a la suspensión de la operación aduanera si el usuario así lo solicita y constituye una garantía bancaria o de compañía de seguros, equivalente al ciento por ciento (100%) del valor FOB de las mercancías, para garantizar los perjuicios que puedan ocasionarse por la presunta violación de los derechos de propiedad intelectual."

desarrollo y aplicabilidad de normas como la del artículo 7 núm. 1. que se refiere a la constitución de la garantía, toda vez que aparentemente resulta onerosa en un principio; o de normas como la del artículo 11 del "Directorio de Titulares de Derechos de Propiedad Intelectual", la cual aparentemente va a requerir de una actitud altamente pro-activa por parte de las autoridades de aduanas, para actuar de oficio sin que siempre medie la solicitud de parte de titular de los derechos involucrados.

4.4. ASPECTOS PENALES

Para empezar con la aproximación al tema es viable afirmar que una infracción contra la propiedad intelectual, es una acción u omisión tipificada y penada por la ley, que protege la propiedad de los bienes intangibles o inmateriales.

Nuestro ordenamiento jurídico agrupa a los delitos en especialidades a las cuales denomina bienes jurídicos protegidos.

Sanciones civiles, administrativas, disciplinarias y políticas no han sido lo suficientemente eficaces y eficientes para controlar la criminalidad que se ha desatado en los últimos tiempos alrededor de la propiedad intelectual. Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos, en materia de derechos de autor y propiedad industrial, cada vez más las sanciones penales aparecen como una forma de sanción efectiva en relación con este tipo de derechos.

Dentro del catálogo de bienes protegidos del libro segundo del Código Penal Colombiano, encontramos en el título VIII un capítulo único que se denomina "*los delitos contra los derechos de autor*", delitos de los cuales nos ocuparemos más adelante. En el título X del mismo cuerpo normativo se consagran "*los delitos contra el orden económico y social*" como bien jurídico de carácter colectivo, y en este título, en el capítulo primero, "*del acaparamiento, la*

especulación y otras infracciones “se ubican los delitos denominados genéricamente como de “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, Uso ilegítimo de patentes y violación de reserva industrial o comercial”.

4.4.1 DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR:

El Título VIII del Código Penal Colombiano está compuesto por tres artículos, el primero se denomina *“Violación a los derechos morales de autor”*, y corresponde al artículo 270; el segundo, *“Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos”* y corresponde al artículo 271 y el tercer delito el legislador lo denominó como *“Violación a los mecanismos de protección de derechos de autor y derechos conexos y otras defraudaciones”*, conductas tipificadas en el artículo 272.

Legislaciones anteriores como el Código Penal de 1936⁴¹, la Ley 86 de 1946⁴², la Ley 23 de 1982 y Ley 44 de 1993, no establecían qué conductas afectaban a los derechos morales de autor y cuáles afectaban los derechos patrimoniales, y mucho menos hacían referencia a la violación a mecanismos de protección de los derechos de autor.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de analizar este título que se ha referido y ha señalado lo siguiente:

“Lo que se protege con los tipos penales que regulan el tema de los derechos de autor, es la preservación del equilibrio que debe existir entre el interés privado de los autores, intérpretes, productores fonográficos, etc., y el interés público y social de acceder en condiciones justas y de

⁴¹ El artículo 285 de este Código castigaba con 2 años de prisión al que falsificara o alterara obras del ingenio, nombres o marcas, etc.

⁴² Primera ley que se ocupó de tipificar conductas que afectaban el derecho de autor.

*competencia leal al disfrute de todas aquellas manifestaciones en que se concreta la creación del intelecto*⁴³.

4.4.1.1 Violación a los Derechos morales de autor:

En el contenido del derecho de autor y de los derechos conexos se pueden apreciar dos tipos de intereses, los morales y los patrimoniales; en los primeros el autor está facultado para reivindicar en todo momento la paternidad de la obra, decidir si se publica o la deja en el inédito, o puede oponerse a cualquier deformación o mutilación que atente contra la integridad de la obra o la su reputación como autor. También, dentro de este conjunto de facultades de tipo moral está la de modificar en cualquier momento la obra, y la de ejercer el derecho de arrepentimiento, esto es, la posibilidad de retirar los ejemplares de la obra cuando éstos ya están en circulación. Finalmente recordemos que estos derechos son perpetuos, irrenunciables, inalienables e inembargables⁴⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 270 agrupa la protección a esta clase de derechos y tipifica la *"violación a los derechos morales de autor"*, en una norma que como se verá pertenece a la categoría de los tipos penales compuestos, ya que, presenta varios verbos rectores. El texto de la precitada norma es el siguiente:

⁴³ Sentencia de casación penal del 21 de marzo de 2007, radicación 25583, magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁴ Sentencia de casación penal del 30 de abril de 2008, radicación 29188, magistrado ponente Guillermo Vélez Murillo.

ARTICULO 270. VIOLACION A LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR. *Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:*

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

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

Las penas para este delito fueron aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005⁴⁵. El texto del artículo 14 es el siguiente: *"Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la parte especial del código penal se aumentarán en la tercera parte en el*

⁴⁵ La Ley 890 de 2004 fue publicada por el Diario Oficial No 45.602 de julio 7 de 2004.

mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la presente ley". Antes de esta modificación la pena para este delito era de dos (2) a cinco (5) años de prisión.

Se trata de un tipo penal compuesto el cual tiene varios verbos rectores alternativos, e ingredientes normativos⁴⁶ verbos que para efectos académicos se pueden agrupar de la siguiente manera:

- Publicación sin la autorización previa y expresa de su titular una obra inédita.
- La inscripción en el registro de autor, una obra con nombre de persona distinta del autor verdadero una obra, ("plagio") o,
- Inscripción en el registro de autor una obra con título cambiado o suprimido.
- Inscripción en el registro de autor, una obra con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado,
- Inscripción en el registro de autor una obra, mencionando falsamente el nombre del editor o productor de esa obra.
- La compilación, mutilación o transformación, de una obra u obras, sin autorización previa o expresa de su titular;

⁴⁶ El operador o la operadora judicial debe remitirse a las normas legales que dotan de sentido lógico y jurídico a las expresiones. V. gr. Obra artística, mutilación de una obra etc.

Todos estos verbos rectores tienen como propósito, proteger los derechos de paternidad de la obra; la decisión libre y autónoma del autor frente a su publicación (teniendo la posibilidad de dejarla como obra inédita); o de oponerse a cualquier deformación o mutilación que atente contra la integridad de la obra o frente a su propia reputación como autor. Por su parte, el parágrafo de la norma crea un agravante a la conducta si en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, se utilizan en medios físicos, algún signo distintivo que identifique al autor.

La Corte Suprema de Justicia frente a este tipo penal advirtió:

"Las conductas que afectan el derecho moral de autor se relacionan con actos destinados a desconocer la paternidad de una obra cuando se le inscribe en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de la obra; de igual modo, con los actos que desconozcan la voluntad del autor de mantener inédita su creación, porque se publica, total o parcialmente, sin su autorización expresa; y con comportamientos que atentan contra la integridad de la obra, cuando se compendia, mutila o transforma sin la expresa y previa autorización de su titular".⁴⁷

Para efectos de comprender los aspectos técnicos de los verbos rectores en lo que tiene que ver con la inscripción en el registro de autor y su alcance, vale la pena recordar que el registro de una obra es el *"acto mediante el cual el autor puede inscribir en el registro nacional de derecho de autor sus obras, y los actos en virtud de los cuales se enajene el derechos de autor (en el aspecto patrimonial) así como cualquier otro acto o contrato vinculado a los derechos de autor y los derechos*

⁴⁷ Página 23, sentencia de casación penal 29188, de abril 30 de 2008, magistrado ponente Guillermo Vélez Murillo.

conexos"⁴⁸. En Colombia el registro nacional de autor lo administra la Dirección Nacional de Derecho de Autor que es una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia. No obstante, recordemos que el derecho de autor junto con sus prerrogativas propias, nace con la creación de la obra y no requiere de formalidad alguna. El registro es de carácter declarativo y no constitutivo de derechos. De todas maneras, el registro presume ciertos actos y hechos que en el consten, aunque se admite de estos actos y hechos registrados pruebas en contrario para desvirtuarlos, y cualquier medio probatorio es apto para ello⁴⁹.

En cuanto al sujeto activo de la acción en tipo penal para la ejecución de la conducta podemos decir que sólo se requiere de un único sujeto activo que la desarrolle, sujeto que NO requiere de cualificación alguna (mono subjetivo e indeterminado).

Se trata además de un delito de mera conducta en la medida que se describe como punible el simple comportamiento, sin que se requiera que éste produzca unas determinadas consecuencias o un resultado. También puede catalogarse como delito instantáneo, toda vez que la realización del comportamiento descrito en el tipo penal se agota en un único momento.⁵⁰

En cuanto a la tipicidad subjetiva⁵¹, este delito es de carácter doloso, es decir que el sujeto activo de la acción debe tener el conocimiento y voluntad de realizar la, o las conductas descritas

⁴⁸Artículo 51 de la Decisión 351 de la CAN, y artículo 3 de la Ley 44 de 1993.

⁴⁹Artículo 53 de la Decisión 351 de la CAN.

⁵⁰ Vicente E. Gaviria Londoño, Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, Pg. 574.

⁵¹ Dentro de la moderna teoría jurídica del delito denominada "IMPUTACION OBJETIVA" al tipo penal (tipicidad) se le atribuye la valoración de la conducta del autor ex - ante y ex - post, es decir la visualización por parte del autor de la conducta antes (comprendiendo su contenido) y después de su ejecución, visualizando las repercusiones de la misma (en términos de resultado de la conducta o en términos del mero peligro según se trate-delito de resultado o de peligro-), lo que ubica la forma de culpabilidad de la conducta en la tipicidad. Esta moderna teoría jurídica del delito fue desarrollada por

en los verbos rectores de la norma⁵². Lo anterior nos indica que el infractor debe tener el conocimiento que la conducta a desplegar es contraria a la ley, y que tiene la voluntad de ejecutarla.

Por lo demás en cuanto a la punibilidad, debemos advertir que si bien la Ley 890 de 2004 aumentó las penas para este delito junto con los demás delitos previstos en el libro segundo del Código Penal, el legislador en las reformas posteriores, y nos referimos en concreto a la Ley 1032 de 2006, que reformó el título VIII, inexplicablemente no incluyó a los derechos morales de autor para aumentar sus penas, quizás porque los consideró de menor importancia frente a los derechos patrimoniales de autor, en una por lo menos aparente contradicción con la legislación supranacional y nacional que en materia de derechos de autor considera como ya lo hemos señalado, a los derechos morales como unos derechos de carácter especial.

4.4.1.2. Violación a los derechos patrimoniales de autor:

Los derechos patrimoniales son ese conjunto de facultades que le permiten al titular del derecho beneficiarse económicamente de su trabajo intelectual; un componente patrimonial también se observa en los denominados "derechos conexos" de autor que son los derechos que protegen a personas distintas al autor como los artistas, intérpretes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Estos derechos son los que son objeto de protección a través del artículo 271 del Código Penal.

dogmáticos como ROXIN, JAKOBS, SANTIAGO MIR PUIG y JESUS MARIA SILVA. La teoría de la imputación objetiva ha sido acogida por la jurisprudencia moderna de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en muchas jurisprudencias. Para citar sólo un caso ver página 24 de la sentencia de casación penal No 31362 del 13 de Mayo de 2009, magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

⁵²Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

Frente a este tipo penal la Corte ha señalado:

"El bien jurídico que se tutela en el tipo específico del artículo 271 del Código Penal es el derecho patrimonial de autor, en virtud del cual ejerce actos de explotación o de disposición de la obra, es decir, actividades que envuelven contenido económico, valorables pecuniaria-mente, de manera que quien pretenda afectarlos ha de obrar con ánimo de lucro y con la intención de lesionar ese patrimonio para beneficio propio o de terceros⁵³. (Las negrillas y el subrayado es nuestro)

La Corte de suyo plantea en esta posición que quien pretenda afectar estos derechos, debe tener un ánimo de lucro y una intención de afectar ese patrimonio para beneficio propio o de un tercero. Con esta posición la Corte agrega a la norma un elemento o ingrediente subjetivo del tipo. Esta posición nos parece bastante discutible en la medida en que los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos no son absolutos, y existen excepciones y limitaciones a estos derechos permitidos por la Decisión 351 de la CAN y la Ley 23 de 1982, en las que se posibilita respecto de estos derechos, por ejemplo, el derecho de cita, o ciertas reproducciones de obras sin la autorización de su titular cuando tienes fines para la enseñanza, o para la preservación del ejemplar o con fines judiciales o para el uso privado eso sí sin fines de lucro, etc. Estas excepciones, de conformidad con reglas acordadas, entre otros, en el Convenio de Berna, deben ser expresas y ese "propósito de lucro" que refiere la Corte es de tal naturaleza amplio que excede en mucho lo que son esas claras limitaciones contenidas en las leyes sobre derecho de autor.

Sin más preámbulos de interpretación, veamos el contenido del artículo 271:

⁵³Sentencia de casación penal No 31362 de mayo 13 de 2009, magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

Artículo 271, modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

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

Esta norma fue modificada por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006, Ley publicada en el Diario Oficial 46.307 del 22 de junio de 2006. La modificación únicamente aumentó las penas, y suprimió el párrafo del artículo que suponía una rebaja de la pena hasta en la mitad, cuando las unidades reproducidas, comercializadas, alquiladas o fijadas eran inferiores a 100 unidades; por lo demás la norma original plasmada en la Ley 599 de 2000, se conservó intacta en su redacción. Las penas originales contenidas en la ley 599 para este delito, eran de 2 a 5 años de prisión y multa de 20 a 1.000 salarios mínimos legamente vigentes. No obstante esta norma también fue modificada transitoriamente en cuanto su pena a través del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y las penas fueron de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley.

Frente a estas transiciones de la norma en lo que tiene que ver con las penas habrá que tener cuidado en el momento de aplicar una pena privativa de la libertad y observar las reglas relativas a la aplicación de ley en el tiempo.

En cuanto al contenido del tipo penal y sus elementos habrá de decirse que se trata de un tipo penal compuesto, que contiene varios verbos rectores alternativos, en el que se requiere de un único sujeto activo que los desarrolle, y del cual no requiere de cualificación alguna (mono subjetivo e indeterminado).

Bajo la perspectiva de la acción y dada su variedad de verbos rectores, se trata de un delito de resultado y de peligro, que contiene ingredientes normativos igual que los verbos rectores del precitado artículo 270. En cuanto a lo primero es decir en cuanto a los verbos rectores alternativos de resultado, recordemos que son delitos que se agotan en un solo momento y que afectan un único bien jurídico tutelado. En cuanto al verbo rector de peligro – ofrecer reproducciones ilegales obras de carácter literario artístico etc. - se trata de una situación

de riesgo y no menoscabo o destrucción del bien jurídico protegido. Veamos los verbos rectores de la norma:

En el primer numeral:

- REPRODUCIR por cualquier medio sin la autorización previa y expresa del titular una obra⁵⁴. (*entiéndase como titular de una obra, a quien tiene por ley o por convención el ejercicio de las facultades patrimoniales del derecho de autor, o derechos conexos según sea el caso*).
- TRANSPORTAR, ALMACENAR, CONSERVAR, DISTRIBUIR, IMPORTAR, VENDER, OFRECER, ADQUIRIR PARA LA VENTA O DISTRIBUCIÓN O SUMINISTRO a cualquier título las reproducciones de obras realizadas sin la previa y expresa autorización de su titular.

Los verbos rectores del segundo numeral son:

- **REPRESENTAR, EJECUTAR O EXHIBIR PÚBLICAMENTE** sin la autorización previa y expresa de su titular de las obras que se detallan en el numeral.

A su turno los verbos rectores del numeral tercero son:

- **ALQUILER** o la **COMERCIALIZACIÓN BAJO CUALQUIER MODALIDAD**, sin la autorización previa y expresa de su titular de las obras que se detallan en el numeral.

⁵⁴Para efectos de economía entenderemos que cuando utilizamos la expresión simplificada de "obra" nos referimos a obras de carácter literario, científico, artístico, literario, cinematográfico, videograma, soporte lógico o programa de ordenador.

Los verbos rectores previstos en el numeral cuatro son:

- **FIJACIÓN, REPRODUCCIÓN O COMERCIALIZACIÓN DE REPRESENTACIONES PÚBLICAS.**

Los verbos rectores del numeral quinto son:

- **DISPOSICIÓN, REALIZACIÓN O UTILIZACIÓN** por cualquier medio o procedimiento de obras.

El numeral sexto compila verbos rectores, pero dirigidos exclusivamente a las emisiones de los organismos de radiodifusión⁵⁵ (derechos conexos):

- **RETRANSMISIÓN, FIJACIÓN O REPRODUCCIÓN O DIVULGACIÓN** por cualquier medio las emisiones.

Y el numeral séptimo refiriéndose de manera exclusiva a las emisiones de televisión por suscripción (derechos conexos):

- **RECEPCIÓN, DIFUSIÓN, O DISTRIBUCIÓN**, por cualquier medio las emisiones.

Dada la complejidad y atendiendo a la composición de los verbos rectores se debe advertir que el intérprete y el operador o la operadora de justicia deben aplicar un análisis ponderado y técnico para tipificar las distintas conductas de la criminalidad que atenta contra esta clase de

⁵⁵Los organismos de radiodifusión en los términos del artículo 2 de la Decisión 351 de la CAN son las empresas de radio o televisión que transmiten programas al público.

derechos de autor. Recordemos que por un error técnico en la recolección de evidencias y elementos materiales probatorios y en la redacción de informes, la Corte Suprema de Justicia corrigió un supuesto yerro de otros operadores judiciales y determinó que la conducta de un procesado no era delito que porque PORTAR material pirata no era uno de los verbos rectores del tipo penal, y que por esa razón la conducta del implicado era atípica⁵⁶. Aunque no compartimos la posición de la honorable corte⁵⁷, esta decisión nos deja una lección frente a la necesidad de aplicar una buena técnica para tipificar las conductas frente a estos verbos rectores, apoyados de suficientes evidencias y elementos materiales probatorios para sustentarlas. Lo anterior por cuanto es muy difícil imaginar que un vendedor de la calle al que se le incautan 57 películas u otro tanto de obras musicales no tenga un ánimo comercial frente a éstas, y sólo persiga el fin de portarlas por el simple gusto de llevarlas consigo.

Otro asunto de cuidado frente a esta norma tiene que ver con la LESIVIDAD MINIMA en esta clase de delitos. Al respecto la Corte señaló decisión⁵⁸ sobre esta materia que el operador de justicia, puede buscar el archivo de las investigaciones a través de la figura del principio de oportunidad cuando haya insignificancia lesiva. Aunque la ausencia significativa de lesión en un esquema imputación objetiva de resultado como el nuestro también puede derivarse en ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA. El cuidado para el operador judicial y el intérprete frente a este tema radica la ponderación que se debe tener para aplicar el principio de lesividad mínima ya que en cada situación y caso particular se habrá de analizar en su verdadera dimensión la

⁵⁶Sentencia de casación penal No 25583 de marzo 21 de 2007, magistrado ponente, Sigifredo Espinoza Pérez.

⁵⁷ No estamos de acuerdo por cuanto esta norma tal y como lo señaló la propia Corte en el año 2009 tiene un ingrediente subjetivo del tipo que implica que quien pretenda afectar estos derechos, debe tener un ánimo de lucro y una intención de afectar ese patrimonio para beneficio propio o de un tercero. En este caso el hecho de portar en la calle 57 películas de video y 32 discos compactos, implica en realidad la acción de transportar con intención de lucro, pues ese transporte además traía consigo la actividad de ofrecer en venta.

⁵⁸Sentencia de casación penal No 31362 de mayo 13 de 2009, magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

forma como se afecta el bien jurídico protegido, y que la afectación de este bien no se puede medir con el rasero de las cantidades de copias ilegales o piratas que sean el objeto material de la conducta, ya que una sola copia ilegal o pirata de una obra puede afectar en gran medida el bien jurídico protegido. Sólo para citar un caso pensemos en un sistema operativo o aplicativo de software se pueda avaluar en millones de pesos; una sola copia ilegal o pirata de este programa puede afectar mucho al titular de esos derechos de autor.

Finalmente en cuanto a la tipicidad subjetiva, este delito al igual que el contemplado en el artículo 270 es eminentemente de carácter doloso, es decir que el infractor debe tener el conocimiento de que la conducta a desplegar es contraria a la ley, y que tiene la voluntad de ejecutarla.

En cuanto a la punibilidad ya nos referimos y advertimos que la pena para este delito había sido aumentada por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006, y que se suprimió el parágrafo del artículo que suponía una rebaja de la pena.

4.4.1.3. Violación a los mecanismos de protección de derechos de autor y derechos conexos y otras defraudaciones:

En desarrollo de sus atribuciones, los autores y en general los titulares de los derechos patrimoniales y/o conexos pueden limitar los usos de sus obras o restringirlos a los que ellos en su libre arbitrio estimen. Para estos efectos hoy por hoy la tecnología les ofrece alternativas para evitar que se hagan usos de las obras de manera indiscriminada o que se hagan los usos bajos ciertos parámetros o políticas.

El legislador con mucha certeza y conforme a los tratados internacionales, incluyó en el título de delitos VIII una norma que tipifica las actividades encaminadas a superar las medidas de carácter tecnológico implementadas por los titulares de los derechos de para evitar que se

realicen "USOS NO AUTORIZADOS"; también se tipificó la fabricación o comercialización elementos o dispositivos o sistemas de software, que permitan eludir o desenscriptar o descifrar señales codificadas, y penalizó algunos comportamientos mal intencionados que se pueden suscitar contra los titulares del derecho de autor.

Los numerales 1 y 3 del artículo 272 tipifican las conductas en comento. Veamos la norma:

Artículo 272. Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones. 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:

- 1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.*
- 2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.*
- 3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal; o, de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.*
- 4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.*

Los verbos rectores de los precitados numerales 1 y 3 se pueden agrupar de la siguiente manera.

Para el numeral 1:

- SUPERAR medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.
- ELUDIR medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados

Para el numeral 3:

- FABRICAR
- IMPORTAR
- VENDER
- ARRENDAR
- CUALQUIER FORMA DE DISTRIBUCION PUBLICA

De dispositivos o sistemas que permitan descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin la autorización del distribuidor legítimo de esa señal (elemento subjetivo del tipo).

- ELUDIR
- EVADIR
- INUTILIZAR
- SUPRIMIR

Dispositivos o sistemas que permitan restringir usos no autorizados

Eludir para la "Real academia de la lengua" es evitar con astucia una dificultad una obligación, esquivar el encuentro con alguien o con algo, no tener en cuenta algo, por inadvertencia o intencionadamente, y **superar** es vencer obstáculos o rebasar dificultades. En principio teniendo en cuenta estas definiciones se podría decir que son palabras sinónimas empero el legislador las dejó como palabras alternativas para tener mayor cobertura en las alterativas de tipificación de la conducta. Con respecto a las expresiones evadir inutilizar y suprimir tienen su propio significado teleológico frente al que no hay mayor dificultad. Estas expresiones conducen a tipificar cualquier forma o método para vencer esas medidas para evitar usos no autorizados. Respecto del numeral 3, la elaboración o comercialización de dispositivos o sistemas para eludir estas medidas tecnológicas para restringir usos no autorizados se tipifica en la medida que quien se toma la molestia de diseñar esta clase de dispositivos o sistemas está muy consciente del daño que puede producto al bien jurídico protegido.

Los otros dos numerales, el 2 y 4, son conductas muy particulares que tiene que ver con la gestión de recaudos, pagos, o liquidación de derechos de autor. La gestión colectiva es un mecanismo de mucha utilidad para hacer efectivos derechos que los titulares no quieren o no pueden realizar de manera individual. Así, las sociedades de gestión colectiva, como lo son en Colombia, SAYCO, ACINPRO, CEDER, EGEDA procuran el recaudo de unas remuneraciones, las administran y las distribuyen entre sus asociados, que ven de esta manera la materialización de derechos cuya administración individual es en la mayoría de los casos imposible. Pero un sistema de gestión colectiva parte de la confianza que exista en la información sobre las utilidades, en tanto que es a partir de este tipo de información que luego se puede proceder a un reparto justo y equitativo. Para preservar este tipo de información es que cobra particular sentido el tipo penal en comento.

Se trata de un delito de mera conducta en la medida que se describe como punible el simple comportamiento, sin que se requiera que este produzca unas determinadas consecuencias o un

resultado. También puede catalogarse como delito instantáneo, toda vez que la realización del comportamiento descrito en el tipo penal se agota en un solo momento.

La Corte Suprema de Justicia, no se ha preocupado mucho frente a este tipo penal, sólo ha hecho una mención general y meramente enunciativa de la norma en uno de los pronunciamientos sobre derechos de autor de la siguiente manera:

"Y las conductas que afectan los mecanismos de protección de los derechos de autor, comprenden actos destinados a: i) superar o eludir medidas tecnológicas adoptadas para restringir usos no autorizados; ii) suprimir o alterar la información esencial para la gestión electrónica de derechos; importar, distribuir o comunicar ejemplares con la información suprimida o alterada; iii) introducir en el comercio (mediante fabricación, importación, venta, arriendo, etc.), dispositivos o sistemas que permitan descifrar señales de satélite cifrada; o eludir, evadir, inutilizar o suprimir dispositivos que permitan al titular del derecho controlar la utilización de la obra o restringir usos no autorizados; y iv) la presentación de declaraciones o informaciones destinadas al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos, alterando o falseando los datos requeridos al efecto⁵⁹."

Por lo demás, como indicamos al comienzo esta norma proporciona una herramienta muy útil para proteger el bien jurídico de los derechos de autor, dado que a veces es más reprochable esta clase de conductas que las violaciones mismas a estos derechos dado que esta actividad implica una mayor sevicia en la tipicidad subjetiva.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, este delito se tiene que éste es eminentemente de carácter doloso, es decir que el infractor debe tener el conocimiento de que la conducta a desplegar es contraria a la ley, y que tiene la voluntad de ejecutarla.

⁵⁹ Sentencia de casación penal 29188, abril 30 de 2008, magistrado ponente, José Leonidas Bustos Martínez.

Finalmente se debe anotar que el legislador mediante la Ley 1032 de 2006, sustituyó la pena principal de multa prevista para este tipo penal, por la pena privativa de la libertad de 4 a 8 años de prisión; de la misma manera aumentó la multa a la cuantía determinada en el la norma transcrita.

4.4.2 DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL:

En nuestro ordenamiento penal, la Ley 599 de 2000, en el Libro Segundo, concretamente en el Título X, se tipifican los delitos contra el orden económico y social, bien jurídico que es de carácter colectivo y que protege la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, lo que supone colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.

Para la Corte suprema de justicia el bien jurídico del orden económico y social es:

"-sin dar por superada la controversia o dificultad en encontrar un criterio unánime para delimitar el bien que es objeto de garantía- de ser comprendido en sus dos diversas connotaciones, esto es, tanto referido a la libertad de competencia económica dentro de los límites que la dirección general de la economía que corresponde al Estado y que ejerce mediante su permanente intervención con miras a racionalizar la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, como también respecto de la actividad económica privada en concreto.

*De manera tal que el orden económico social como bien plural, estaría comprendido por la protección del justo equilibrio que debe surgir entre aquellos valores de orden económico privado y aquellos que son de carácter público e interesan al Estado"*⁶⁰.

Para nuestra doctrina el orden económico y social se ha concebido como la regulación jurídica de la organización económica y la intervención estatal⁶¹. En un sentido amplio es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios de alta importancia para el desenvolvimiento de la sociedad⁶². El bien jurídico se vulnera con respecto a la colectividad cuando con la conducta se distorsionan las reglas del mercado y respecto de sujetos individualmente considerados cuando con la acción de les vulneran sus intereses o derechos de contenido económico.

4.4.2.1 Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales", Uso ilegítimo de patentes y violación de reserva industrial o comercial"

Bajo este catálogo encontramos los delitos contra la propiedad industrial, que como lo señalamos en la parte general de este capítulos están compuestos por los delitos conocidos genéricamente como "*Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales", Uso ilegítimo de patentes y violación de reserva industrial o comercial"*.

⁶⁰ Sentencia de casación penal, 19702 del 21 de julio de 2004, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero.

⁶¹ Ángela María Buitrago y William Monroy Victoria, Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Universidad Externado de Colombia, p g. 675.

⁶² Miguel Córdoba Angulo y Carmen Eloisa Ruiz, Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Universidad Externado de Colombia, p g. 228.

Este delito contra la propiedad industrial se encuentra tipificado en el Artículo 306, el cual para efectos académicos que requerimos lo transcribimos:

Artículo 306. USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES. Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1032 de 2006. El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior."

Este artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006, ley publicada en el Diario Oficial 46.307 del 22 de junio de 2006. La modificación únicamente aumentó las penas, las cuales inicialmente eran de pena privativa de la libertad de 2 a 4 años y multa de veinte (20) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta norma también fue modificada transitoriamente en cuanto su pena a través del artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Frente a estas transiciones de la norma al igual que en el caso del artículo 271 en lo que tiene que ver con las penas habrá que tener cuidado en el momento de aplicarse una pena privativa de la libertad y observar las reglas relativas a la aplicación de ley en el tiempo

Ocupándonos ya de este tipo penal, de esta norma podemos iniciar señalando que se trata que se trata de un tipo penal compuesto, que contiene varios verbos rectores alternativos

compuestos, en los que se requiere de un único sujeto activo que los desarrolle, y del cual NO se requiere de cualificación alguna (mono subjetivo e indeterminado).

Se trata por lo demás de un delito de mera conducta en la medida que se describe como punible el simple comportamiento, sin que se requiera que se produzcan unas determinadas consecuencias o un resultado, es decir que no se requiere que en efecto el orden económico y social de la nación se haya afectado, basta con que se ponga en peligro. También puede catalogarse como delito instantáneo, toda vez que la realización del comportamiento descrito en el tipo penal se agota en un solo momento.

Veamos los verbos rectores de la norma:

- UTILIZACIÓN FRAUDULENTA (como núcleo del verbo rector) de:

Nombres comerciales,
Enseñas,
Marcas,
Patentes de invención,
Modelos de utilidad,
Diseños industriales.

Todos estos protegidos legalmente.

- USURPACIÓN DE DERECHOS DE OBTENTOR DE VARIEDAD VEGETAL protegidos legalmente.

Similarmente confundibles (elemento subjetivo) con una de estas clases de propiedad industrial protegidas legalmente.

Para el segundo inciso del Artículo en estudio los verbos rectores de la conducta son:

- FINANCIAR,
- SUMINISTRAR,
- DISTRIBUIR,
- PONER EN VENTA,
- COMERCIALIZAR,
- TRANSPORTAR, O;
- ADQUIRIR CON FINES COMERCIALES O DE INTERMEDIACIÓN, bienes que son objeto de utilización fraudulenta de, marcas patentes etc.

Teleológica, y jurídicamente la frase “UTILIZAR FRAUDULENTAMENTE” representa un uso falaz, engañoso, malicioso, indebido o ilegal de algo. Así, dentro del contexto del artículo 306, podemos definir la utilización fraudulenta como un uso indebido, falaz malicioso o ilegal de una marca o nombre comercial o enseña etc., es decir, es el uso de signos distintivos o nuevas creaciones sin tener el derecho para ello, con propósitos fútiles y maliciosos de aprovechar el esfuerzo del titular de la creación del intelecto con aplicación industrial. De igual manera, esta expresión en nuestro criterio distingue entre el ilícito penal y el ilícito civil, en la medida que la conducta descrita en el tipo penal sea la más restrictiva y exclusiva para aquellas conductas que constituyan una utilización dolosa del bien⁶³.

De igual forma, este artículo 306 contiene elementos normativos, los cuales para su comprensión se tienen que consultar en la Decisión 486 de 2000, y legislación que para el caso

⁶³ No todos los usos prohibidos por la legislación civil, y planteados en la Decisión 486, son considerados como delito.

concreto define, a la MARCA,⁶⁴ como *"cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios del mercado"*, y se adquiere el derecho para su protección desde su registro, y al NOMBRE COMERCIAL⁶⁵ como *"cualquier signo que se identifique a una actividad económica, a una empresa, o un establecimiento de comercio"*, etc. Ya nos ocupamos en el capítulo anterior de los contenidos normativos de este tipo penal, y para lo cual nos remitimos a él.

Una creación del intelecto con aplicación industrial, para que tenga protección legal (expresión considerada como elemento normativo del tipo que nos remite a la legislación especializada para dotarla de contenido), debe contar con el registro de concesión que expide la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y para el caso de los derechos de obtentores de variedades vegetales el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO –ICA-, que son las autoridades competentes que conceden los derechos sobre esta clase de propiedad. Una vez concedidos los derechos, la ley le brinda al titular las prerrogativas y potestades propias de esta clase de derechos tales como la facultad exclusiva para su uso, la administración del mismo, y la protección legal del Estado.

De otra parte, el uso de signos distintivos similarmente confundibles con uno protegido legalmente como se pudo observar en los verbos rectores del tipo también hacen parte de la tipicidad de la conducta y como tal, se debe analizar si el signo distintivo objeto verificación evidentemente es similarmente confundible con uno registrado; para ello la jurisprudencia supranacional, y con ello nos referimos al Tribunal Andino de Justicia ha diseñado un método que con anterioridad había sido insinuado por la dogmática.

Al respecto el Tribunal Andino observa que:

⁶⁴ Artículo 154.

⁶⁵ Artículo 190.

"La determinación de la confundibilidad debe responder a una decisión unilateral de la administración o en su caso del juzgador, decisión no exenta de discrecionalidad pero que necesariamente deben ser tenidas en cuenta las siguientes reglas para establecer si se está frente a una marca similarmente confundible con otra:

a) La similitud ortográfica, que se presenta por la coincidencia de letras entre los segmentos que van a ser objeto de comparación, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea palpable u obvia.

b) La similitud fonética entre signos que al ser pronunciados revelan una fonética similar. Aquí la determinación de tal similitud depende de la identidad en la sílaba tónica, o de la coincidencia en las raíces o terminaciones, entre otras. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las particularidades que conserva cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión.

c) La similitud visual, en la que al realizar la comparación, el examinador debe inspirarse en una sencilla visión de las denominaciones, o bien en el impacto visual inmediato de las mismas.

d) La similitud ideológica, que conlleva el riesgo de confusión, deriva del mismo contenido conceptual de las dos marcas o de la evocación que aquellas produzcan por medio del signo, aunque las palabras no sean las mismas o el signo no sea idéntico. En uno u otro caso, en la mente del consumidor se reproduce la misma idea o concepto.

Para el caso de las marcas denominativas las reglas para efectuar el cotejo marcario, según el tribunal, son las siguientes:

1. *La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas, regla que se ha considerado de máxima importancia, por lo que obliga a que ese cotejo deba ser realizado en conjunto, sea cual fuere el tipo de marcas;*
2. *Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea, de tal manera que en la comparación debe predominar el método de cotejo sucesivo, excluyendo la necesidad de un análisis simultáneo, ya que el consumidor identifica las marcas individualizadamente y no simultáneamente.*
3. *Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas. Al decir del profesor BREUER MORENO la similitud general entre dos marcas depende más bien de los elementos semejantes o de la semejante disposición de ellos, y no de aquellos distintos que en las mismas aparezcan.*
4. *Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos identificados junto con las marcas confrontadas⁶⁶."*

Vistas estas reglas a la luz del tipo penal y de los verbos rectores diríamos entonces que el operador o la operadora judicial y el o la intérprete, bien directamente o a través de conceptos de expertos en la identificación de signos distintivos, deben establecer con estas reglas si se está ante la utilización de una marca o signo que es similarmente confundible con otra que se encuentra protegida por la ley, y si por esta vía generan confusión a los consumidores de los productos y servicios que identifican estos signos distintivos acerca de su origen. Este verbo rector evidentemente no cabe para las patentes de invención o modelos de utilidad u obtentores de variedades vegetales los cuales no constituyen medios de identificación sino que persiguen

⁶⁶Interpretación prejudicial 67-IP de 2001, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES.

otra finalidad. En el tema de las nuevas creaciones podría decirse que hay inventos con efectos equivalentes, pero no de nuevas creaciones confundibles pues lo no tendría sentido.

Por lo demás, en el segundo inciso de la norma en estudio los verbos rectores de la conducta son financiar, suministrar, distribuir, poner en venta, comercializar, transportar o adquirir con fines comerciales o de intermediación, bienes que son objeto de utilización fraudulenta de, marcas patentes etc. Estos verbos describen otras de las modalidades de esos comportamientos a través de los cuales es posible comercializar los bienes espurios o ilegales.

Existe una Jurisprudencia que vale la pena mencionar en materia de usurpación de derechos de propiedad industrial, y es la sentencia de casación del 21 de julio de 2004, que la que se abordan temas como la diferencia entre una marca notoria y una marca estándar, y como en los dos casos se debe probar la existencia del acto de concesión del derecho de la autoridad nacional competente, esto es el registro bien sea de la marca, estándar o de la marca notoria. La Corte sostuvo al respecto:

"Para la Sala es indescognible que tratándose de una marca comercial, definida como un signo distintivo de un producto o servicio dentro del mercado (artículo 134 Decisión 486 de 2.000 Comisión Comunidad Andina), ella deriva su protección legal del registro, por ser éste el que le defiende la propiedad sobre la marca e igualmente su exclusividad; registro que -consiguientemente- debe aparecer acreditado dentro de la investigación penal.

Dicha protección legal, sin embargo, es también predicable de una marca notoria, toda vez que la notoriedad de una marca determina -según el derecho mercantil- un grado de alto reconocimiento por parte del público consumidor de un producto y la hace susceptible de una especial cualificación en el derecho marcario, que a su turno la privilegia en el tráfico comercial frente a terceros que en un momento determinado pretendan usarla o registrarla indebidamente. Así lo disponen los

artículos 224 y ss de la Decisión 486, actualmente vigente, al igual que lo hacía la Decisión 344 de 1993 del Acuerdo de Cartagena.

En efecto, el artículo 224 en cita señala: "Se entiende por signo distintivo notoriamente conocido el que fuese reconocido como tal por el sector pertinente en cualquier país miembro, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido" y el artículo 225, a su vez, dispone: "Un signo distintivo notoriamente conocido será protegido contra su uso y registro no autorizado conforme a este título, sin perjuicio de las demás disposiciones de esta decisión que fuesen aplicables y de las normas para la protección contra la competencia desleal del país miembro".

Esta posición resulta acertada si se tiene en cuenta que los derechos sobre el uso de los signos distintivos nacen con el registro de acuerdo con lo que dispone el artículo 154 de la Decisión 486 de 2000, cuyo tenor señala: *"El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente. "*

Advierte la Corte, que la prueba de la existencia de la titularidad del derecho sobre el signo distintivo se acredita a través del registro, y que éste NO puede reemplazarse por el conocimiento privado del juez o la jueza (nosotros agregamos que por cualquier operador u operadora de justicia) y que por esta vía se pueda dar por probado un hecho, así éste se califique de notorio. Es que, el conocimiento privado del juez o la jueza no podría conducir a dar por demostrado un elemento típico, como lo es en el caso concreto un ingrediente normativo. Esto sería tanto como atribuirle al funcionario o la funcionaria la condición de juez y parte y ello por supuesto no es dable en las modernas teorías jurídicas de los procesos penales.

Finalmente en cuanto a la tipicidad subjetiva, este delito debemos señalar que también es de carácter doloso, es decir que el infractor debe tener el conocimiento de que la conducta a desplegar es contraria a la ley, y que tiene la voluntad de ejecutarla.

4.4.2.2 Uso ilegítimo de patentes:

Recordemos que las patentes pertenecen a la propiedad industrial, a la variedad de las nuevas creaciones, que estas están reguladas en la Decisión 486 de la CAN y que dogmáticamente se ha definido como el derecho al uso exclusivo de un nuevo invento durante un período determinado de tiempo, que en nuestro caso es de 20 años a partir de la presentación de la solicitud. Recordemos además que este derecho nace cuando para el caso de Colombia LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO concede mediante un acto administrativo la patente, y que finalizado este periodo de 20 años la patente pasa al dominio público.

El texto del artículo 307 de nuestro ordenamiento penal, norma que tipifica el delito de USO ILEGITIMO DE PATENTES prevé:

“El que fabrique producto sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente, o use sin la debida autorización medio o proceso patentado, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que introduzca al país o saque de él, exponga, ofrezca en venta, enajene, financie, distribuya, suministre, almacene, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación producto fabricado con violación de patente.

La penas para este delito se aumentaron mediante el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. Las penas para este delito antes de la reforma oscilaban entre 1 y 4 años de prisión y multa de 20 a 1.000 salarios mínimos legalmente vigentes.

Ocupándonos del tipo penal diríamos, que se trata al igual que las anteriores normas analizadas de un tipo penal compuesto alternativo, que contiene varios verbos rectores, en el que se requiere para su perfeccionamiento de un único sujeto activo, y del cual NO se requiere de cualificación alguna (mono subjetivo e indeterminado).

Dada la variedad de verbos rectores, igual que a lo que sucede con el artículo 306, se trata por lo demás de un delito de mera conducta y de peligro, en la medida que se describe como punible el simple comportamiento, sin que se requiera que éste produzca unas determinadas consecuencias o un resultado, es decir que no se requiere que en efecto el orden económico y social de la nación se haya afectado, basta con que se ponga en peligro. También puede catalogarse como delito instantáneo, toda vez que la realización del comportamiento descrito en el tipo penal se agota en un solo momento.

De la misma manera como se estructura el artículo 306, este precitado artículo 307 también contiene elementos normativos, los cuales para su comprensión requieren consultar la Decisión 486 de 2000, y legislación que para el caso concreto señala qué es una PATENTE, y cómo se adquiere el derecho a su uso, y cuáles limitaciones tiene o puede tener el derecho sobre ellas. Veamos los verbos rectores:

Para el primer párrafo:

- **FABRICAR PRODUCTO** patentado sin autorización (ingrediente subjetivo).

- **USAR SIN AUTORIZACIÓN MEDIO O PROCESO** patentado sin autorización (ingrediente subjetivo)

Como se advirtió en la parte general de este documento, las patentes pueden recaer sobre productos es decir objetos de carácter material (sustancias, combinación de elementos, máquinas aparatos, partes de estos etc.); también pueden recaer sobre la invención de un procedimiento cuando su objeto sea sobre una manera de obrar a través de una serie de operaciones o acciones a ejecutar con determinados componentes etc.⁶⁷

En el segundo inciso los verbos rectores son:

- INTRODUCIR AL PAÍS,
- SAQUE DEL PAÍS,
- EXPONER,
- OFRECER EN VENTA,
- ENAJENAR
- FINANCIAR,
- DISTRIBUIR,
- SUMINISTRAR,
- ALMACENAR,
- TRANSPORTAR,
- ADQUIRIR CON FINES COMERCIALES O DE INTERMEDIACIÓN,

Productos fabricados violando patentes.

⁶⁷Artículo 14 de la Decisión 486 de la CAN.

Esta situación es diferente al primer inciso, dado que la conducta del primero se refiere a la utilización ilegal de la patente bien sea para fabricar un producto o a través del uso un medio o proceso; en el segundo inciso lo que se tipifica es la conducta, de la mercantilización de productos elaborados habiéndose utilizado una patente sin la autorización del titular. No necesariamente el que comercializa un producto elaborado habiéndose infringido los derechos sobre la patente, es el mismo que elaboró o fabricó el producto con la violación de esa patente.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, este delito tenemos que de carácter doloso, es decir que el infractor debe tener el conocimiento de que la conducta a desplegar es contraria a la ley, y que tiene la voluntad de ejecutarla.

4.4.2.3 Violación de reserva industrial y comercial:

No podemos iniciar el estudio de este tipo penal, sin antes recordar que un secreto empresarial es una forma de propiedad industrial etiquetada dentro de las en las nuevas creaciones; empero, es la versión antónima o contraria de la patente en cuanto a su publicidad y el acceso al público.

En efecto, recordemos que un secreto empresarial puede ser cualquier conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que le permite al empresario una ventaja sobre sus demás competidores y por ello lo desea mantener oculto. Los requisitos para que una información sea considerada como secreto empresarial fueron vistos en el Capítulo II de este Módulo de formación.

Bajo esta perspectiva la recolección de los elementos materiales probatorios y evidencias que demuestren que una información determinada constituye para el empresario un secreto, es complejo y dispendioso, y ello sólo para determinar el objeto material del delito. Lo es mucho más, demostrar la tipicidad de la conducta en la medida que probar que sujeto activo de la acción empleo, reveló o divulgó o reveló un secreto empresarial es bastante dispendioso y técnico, no obstante ya se han adelantado en el país este tipo de investigaciones con éxito.

Veamos el tipo penal:

"ARTICULO 308. VIOLACION DE RESERVA INDUSTRIAL O COMERCIAL. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

La pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses de prisión y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero."

Las penas para este delito al igual que en el caso de las otras normas analizadas a partir del 1o. de enero de 2005, fueron aumentadas en virtud del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

De este tipo penal se puede decir que se trata también de un tipo penal compuesto alternativo, que contiene varios verbos rectores, en el que se requiere para su perfeccionamiento

de un único sujeto activo (monosubjetivo). En este caso para que se tipifique la conducta no se requiere que el secreto se revele a una pluralidad de personas basta con que se revele a una sola, claro está con la potencialidad de vulnerar el bien jurídico⁶⁸. Sin embargo, a diferencia de las otras normas analizadas, en ésta para el primer inciso se requiere de un sujeto activo cualificado, de unas características personales especiales, y es la de conocer de manera previa el secreto en razón a su relación con este producto en razón de su cargo, oficio o profesión. A manera de ejemplo, podríamos decir que un sujeto activo de la acción podría ser, el jefe de producción de una empresa que en razón al cargo que ocupa revela a un tercero el método químico especial para deshidratar alimentos, que le permite a la empresa una utilidad importante en el proceso y una ventaja importante sobre sus competidores.

En el segundo inciso, el sujeto activo no se requiere que tenga cualificación alguna (mono subjetivo e indeterminado), cualquier persona puede incurrir en la conducta.

Se trata un delito de resultado y de peligro. Los verbos rectores de resultado plasmados en esta norma agotan en un solo momento la conducta y afectan un solo bien jurídico tutelado, de estos verbos podemos enunciar por ejemplo el empleo, la revelación la divulgación del secreto empresarial etc. En cuanto al conocimiento simple del secreto o la obtención del mismo o el copiarlo son meramente situaciones de riesgo, en las cuales no se requiere que en efecto se menoscabe o destruya el bien jurídico protegido.

Los verbos rectores de la norma se pueden agrupar de la siguiente manera:

- EMPLEAR,
- REVELAR,

⁶⁸Miguel córdoba Angulo y Carmen Eloisa Ruíz, Lecciones de Derechos Penal Especial, Universidad Externado de Colombia, p.g. 254.

- DIVULGAR,

Descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

Para el segundo inciso los verbos rectores son:

- CONOCER,
- COPIAR,
- OBTENER,

Secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial

En el inciso se plantea un agravante mediante un ingrediente subjetivo, el cual se traduce en la obtención de provecho propio o de un tercero cuando se ejecuta una de las acciones descritas en la norma.

Es un delito de mera conducta, en la medida que se describe como punible el simple comportamiento, sin que se requiera que este produzca unas determinadas consecuencias o un resultado, es decir que no se requiere que en efecto el orden económico y social de la nación se haya afectado, basta con que se ponga en peligro.

También puede catalogarse como delito instantáneo, toda vez que la realización del comportamiento descrito en el tipo penal se agota en un solo momento.

Finalmente en cuanto a la tipicidad subjetiva, este delito debemos señalar que también es de carácter doloso, es decir que el infractor debe tener el conocimiento de que la conducta a desplegar es contraria a la ley, y que tiene la voluntad de ejecutarla.

A nivel mundial se ha tipificado este delito bajo la denominación más o menos uniforme de apropiación y utilización de conocimientos y experiencias ajenas en forma indebida.

Con esta aproximación a los delitos contra la propiedad intelectual, se intenta hacer más visibles los posibles estragos y consecuencias de toda índole que se producen cuando se atentan contra estos y se intenta hacer más visible y humano el flagelo que atacada cada día a esta forma de propiedad.



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

BIBLIOGRAFÍA

Alemán, Marco Matías. MARCAS, Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios. Top Management International

Bergel, Salvador D. Disposiciones generales y principios básicos del Acuerdo TRIPs, Propiedad Intelectual en el GATT. Ediciones Ciudad Argentina.1997.

Buitrago, Ángela María. Monroy Victoria, William. Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Universidad Externado de Colombia.

Córdoba Angulo, Miguel. Ruíz, Carmen E. Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Universidad Externado de Colombia, p g. 228.

Gaviria Londoño, Vicente E., Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Universidad Externado de Colombia.

Lipzyc, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Edición UNESCO – CERLALC – ZAVALIA. 1993

Lipzyc, Delia. Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Edición UNESCO – CERLALC-ZAVALÍA. 2004

Pachón, Manuel. Manual de Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino. Editorial Legales, Bogotá, 1990.