



Evolución de la Propiedad Intelectual

Manuel Guerrero Gaitán Ph.D

AFIDRO

Tabla de Contenido

| | |
|---|----------|
| EVOLUCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL | 3 |
| ¿Qué es la propiedad intelectual? | 3 |
| Breve historia de la propiedad industrial..... | 5 |
| ¿Cómo funciona la propiedad intelectual en Colombia?..... | 14 |
| ¿Cuáles son las consecuencias de la transferencia de competencias a la CAN? | 16 |
| Conclusiones..... | 21 |
| Bibliografía..... | 22 |

EVOLUCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Manuel Guerrero Gaitán Ph.D

“Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible que todas las demás de propiedad exclusiva, es la acción del poder de pensamiento llamada idea, que un individuo puede poseer exclusivamente el tiempo que la mantiene para sí mismo; pero en el momento en que la divulga, se fuerza a ser la posesión de cada uno, y el receptor no puede despojarse a sí mismo de ella. Por su carácter peculiar, nadie posee menos, porque otros posean la totalidad de la misma. El que recibe una idea de mí, recibe ilustración sin disminuir la mía; igual que quien enciende su vela con la mía, recibe luz sin dejarme en la oscuridad. [...] La sociedad puede dar el derecho exclusivo de los beneficios derivados de ellas, como un estímulo a los hombres para perseguir las ideas que pueden producir utilidad, pero esto puede o no puede ser, de acuerdo con la voluntad y la conveniencia de la sociedad, sin reclamación o queja de cualquier organismo. [...]”

Thomas Jefferson

¿Qué es la propiedad intelectual?

En términos sencillos se podría decir que la propiedad intelectual es el mecanismo jurídico por el cual se otorga protección de la producción intelectual para asegurar su explotación y reivindicación por parte de sus creadores.

Para explicar la razón de otorgar esa protección a las creaciones del intelecto humano se han postulado diferentes teorías que podrían resumirse de la siguiente manera (Bently & Sherman, 2014):

1. La teoría iusnaturalista, según la cual las creaciones del hombre deben ser protegidas por el ordenamiento jurídico porque ellas emanan de la creatividad y el intelecto de una persona y desconocer su titularidad sobre la

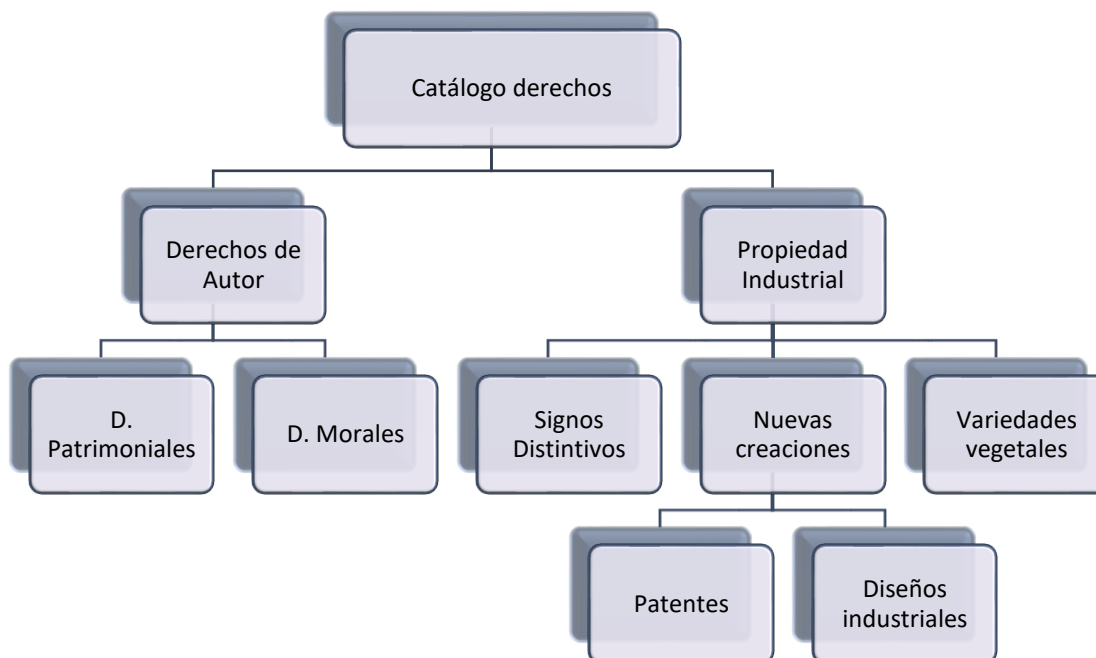
creación, sería un robo. Las creaciones de una persona son una manifestación de su personalidad. La propiedad intelectual, como un derecho positivo, es el reconocimiento ético del derecho de propiedad que tienen las personas sobre sus creaciones.

2. Teorías basadas en la creación de recompensas para la creatividad y desarrollo de invenciones útiles para la humanidad. Estas teorías consideran que la propiedad intelectual existe como mecanismo para que la sociedad pague una compensación por la creatividad de las personas, por el servicio que prestan a la sociedad con su creatividad.
3. Teorías basadas en la creación de incentivos. La diferencia entre esta teoría y la anterior radica en que ésta centra el énfasis en los beneficios que recibe la sociedad de las creaciones intelectuales y, la propiedad intelectual no es una compensación de servicios, sino una herramienta para asegurar que la creatividad continúe siendo una fuente de progreso para el público en general.
4. Argumentos basados en teorías neoliberales. Estas teorías se basan en que los derechos de propiedad sobre cualquier recurso aseguran que ese recurso sea explotado de la forma óptima posible, de forma que los derechos de propiedad intelectual, al otorgar un derecho de propiedad, aseguran eficiencia en la explotación de las creaciones del intelecto.
5. Argumentos democráticos que están dirigidos a la importancia de que en sociedades democráticas existan pluralidad de ideas, pensamiento y la propiedad intelectual crea un ambiente propicio para la autonomía creativa y la libre expresión.

Ahora bien, la propiedad intelectual, entendida como el género, se divide en dos especies: el régimen de derechos de autor y los derechos conexos por un lado y, por el otro, la propiedad industrial (Sentencia C 148 - 2015). El régimen de derechos de autor protege las obras que sean fruto de la creatividad y el intelecto humano sin importar cuál sea el modo de expresión de las mismas y se divide a su vez en derechos morales y patrimoniales. De otra parte, la propiedad industrial también protege creaciones intelectuales, pero especialmente aquellas que tengan una

aplicación comercial o industrial, lo que integra los signos distintivos, las nuevas creaciones y los derechos de obtentor de variedades vegetales. La anterior clasificación o catálogo de derechos que hacen parte de la propiedad intelectual se ilustra en la siguiente figura:

Figura 1. Catálogo de derechos de Propiedad Intelectual



Breve historia de la propiedad industrial

El origen de la propiedad industrial como se conoce en la actualidad se encuentra en el Siglo XV¹. En 1421, el arquitecto Filippo Brunelleschi creador de la cúpula de la catedral de Santa María del Fiore en Florencia aseguró haber inventado una embarcación revestida en hierro que, según él, reduciría los costos del transporte de mercancías y especialmente de mármol por los ríos. Brunelleschi se negó a publicar y difundir su creación a menos que la ciudad de Florencia le garantizara el derecho exclusivo a explotar comercialmente su embarcación.

¹¹ Existen referencias a nociones de patentes entre los pobladores de las Islas de Andamán en Asia y de incentivos a la creatividad en Grecia y Roma. Sin embargo, estas no comparten las características de propiedad privada y la organización del sistema de patentes actual. (Mgbeoji, 2003)

En junio de 1421 Florencia accedió a tal solicitud por tres años, bajo la condición de que divulgara su creación y de esta forma se lograra utilidad tanto para el arquitecto como para la ciudad, además, de otorgarle un estímulo para que continuara su brillante carrera creativa (Mgbeoji, 2003). La embarcación se hundió en su primer viaje por el lago Arno y Florencia dejó de otorgar patentes, pero este sigue siendo el primer registro del otorgamiento de una patente sobre una invención real. En otros lugares de Europa se otorgaban “patentes” por el descubrimiento de recursos naturales como hierro y oro, estos derechos tenían como finalidad brindar seguridad a los mineros, pero no pueden considerarse como patentes en el sentido moderno porque no se referían a invenciones sino descubrimientos.

Más de cinco décadas más tarde, en 1474 se expidió el Estatuto de Venecia, el cual se considera como el primer régimen jurídico de patentes. En esa época la República de Venecia era una potencia comercial de Europa y todo el mundo, que contaba con grandes avances en la construcción de naves marítimas, dominio del vidrio y la imprenta. Con el objetivo de promover las artes y el beneficio comercial que podrían generar, se otorgaban recursos económicos para lograr ciertos desarrollos, como construir un molino de viento o una embarcación en un plazo específico. Esta fue una de las primeras formas de otorgar un reconocimiento a la creatividad humana (Prager, 1944).

En la Edad Media, la economía era manejada por gremios, los cuales controlaban el desarrollo de muchas artes y oficios, que solo podían ser desempeñados por quienes hicieran parte del mismo. Así, en la Venecia el Siglo XV se crearon los *Privilegios* como una autorización a realizar una actividad controlada por los gremios, estos *privilegios* no necesariamente eran otorgados al primer creador o inventor de algún artefacto o a su importador, sino que se otorgaban a cualquiera que quisiera realizar una actividad, como fabricar lentes para leer (Prager, 1944).

Este sistema de privilegios fue el antecedente del Estatuto de Venecia de 1474, el cual señalaba lo siguiente:

“[Hay aquí en esta ciudad, y también vienen temporalmente en razón de su grandeza y bondad, hombres de diferentes lugares y mentes más inteligentes, capaces de idear e inventar todo tipo de ingeniosos inventos. Se debe establecer, que las obras y artilugios inventados por ellos,

habiéndolos visto otros, no puedan copiarlos y tomar su honor, así hombres de esa clase esforzarían sus mentes, inventarían y harían cosas que no sean de poca utilidad y beneficien a nuestro Estado. Por tanto, se decidirá que, por autoridad de este Consejo, cada persona que en esta ciudad haga cualquier nuevo ingenioso dispositivo, no hecho hasta ahora en nuestro dominio, tan pronto como lo perfeccione, para que pueda ser utilizado y empleado, dará aviso a la oficina de nuestros Provisionadores de Common. Queda prohibido a cualquier otro en cualquier territorio y lugar nuestro realizar cualquier otro artificio en la forma y semejanza del mismo, sin el consentimiento y licencia del autor hasta diez años. Y, sin embargo, si alguien lo hiciera, el citado autor e inventor tendrá la libertad de citarlo ante cualquier oficina de esta ciudad, por cuyo cargo se obligará al citado que infrinja a pagarle la suma de cien ducados y el artilugio será inmediatamente destruido. Estando entonces en libertad de nuestro Gobierno a su voluntad para tomar y utilizar en su necesidad cualquiera de dichos artilugios e instrumentos, con la condición, sin embargo, de que nadie más que los autores los ejercerá.” (Prager, 1944, págs. 413-414)

El Estatuto de Venecia contiene varios elementos que aún conserva el derecho de la propiedad intelectual, específicamente las patentes. En primer lugar, hace reconocimiento expreso a que se protegerán las invenciones, “obras y artilugios” fruto de la creatividad de las “mentes más inteligentes”. Además, se exige que, para otorgar la patente, la invención esté perfeccionada al punto de que otros puedan usarla y emplearla, de forma que se exige que la creación tenga una utilidad material y no puramente teórica, como la embarcación de Brunelleschi, de forma que tenga beneficios para toda la ciudad, para toda la sociedad. Un punto fundamental, es que prohíbe que terceras personas copien la invención sin autorización de su creación e impone una sanción monetaria de cien ducados para quienes infrinjan el derecho de exclusividad del autor y, también, que la exclusividad que se confiere al inventor tiene una limitación temporal de 10 años.

Durante la Edad Media otros países europeos emplearon las patentes o sistemas similares para atraer comerciantes a sus territorios y fomentar el desarrollo, de forma que para otorgar las patentes bastaba con importar la tecnología al país así no se fuese el creador o inventor original de la misma (Prager, 1944). Además, los privilegios o derecho de exclusividad para realizar ciertas actividades económicas,

como importación y exportación de productos particulares, fueron empleados por las monarquías para asegurar que los mercaderes se quedaran en sus territorios, recaudar dinero y para crear mecanismos de supervisión de las actividades mercantiles por parte de privados. Este tipo de “patentes” se prestaron para abusos, crearon gran descontento entre la sociedad y el Parlamento Inglés estaba en constante enfrentamiento con la Corona respecto del alcance de sus poderes para otorgar tales monopolios o patentes. Con el ánimo de solventar tal situación, en 1623 Inglaterra promulgó el Estatuto de Monopolios (*Statute of Monopolies*) (Dent, 2009).

El principal avance del Estatuto de Monopolios consistió en resolver la tensión entre la corona y el parlamento inglés respecto a la competencia y criterios para otorgar patentes de invención (Nard & Morriss, 2006). Así, el Estatuto de Monopolios anuló todos los monopolios otorgados por la corona excepto aquellos otorgados sobre nuevas creaciones a los primeros y verdaderos inventores, además señaló que las cuestiones sobre la validez de las patentes serían decididas por los jueces siguiendo los principios del *common law* (Nard & Morriss, 2006).

De forma paralela al desarrollo y evolución de la protección de las invenciones con aplicación industrial, debido al surgimiento de la imprenta en el siglo XV, también en la Edad Media se estaba gestando el derecho de autor, dirigido a proteger obras literarias. Por muchos años, las imprentas se consideraron dueñas a perpetuidad de las obras que publicaban, de forma que podrían reimprimirlas y venderlas con total libertad, mientras que los autores recibían una compensación mínima por su obra y perdían todo control sobre la misma. En 1709 en Inglaterra se promulgó el Estatuto de la Reina Anna, el cual se considera como la primera legislación existente en temas de derecho de autor, ya que las que la antecedieron tenían un énfasis en controlar aquellos materiales que podían publicarse y aquellos que no, es decir, se referían a la censura aplicable a las obras.

El Estatuto de la Reina Ana, buscaba disolver el monopolio existente en el comercio de libros, ya que los editores congregados en la *Stationers Company* limitaba el otorgamiento de derechos sobre las obras a los editores que hacían parte de la misma y contemplaba tales derechos como perpetuos. Con ese objetivo, este estatuto señaló i) que los derechos sobre las obras podrían estar en cabeza de cualquier persona, es decir de los autores y de sus cesionarios que no

necesariamente tenían que ser editoriales que hacían parte de la *Stationers Company*; ii) limitó los derechos otorgados a un término de 14 años renovable por un periodo igual para los autores, de forma que si un autor cedía los derechos sobre sus obras esa cesión no era perpetua sino hasta por 14 años, luego de los cuales el autor podría renovar sus derechos; iii) los derechos sobre las obras que estaban en cabeza de los editores continuarían allí por 25 años más, al final de los cuales ingresarían al dominio público (Patterson, 1966). De esta forma, se otorgó por primera vez a los autores un derecho sobre su obra, particularmente sobre la impresión y reimpresión de sus obras.

Siguiendo el recorrido iniciado en Europa, en el nuevo continente, Estados Unidos fue el primer país en incluir disposiciones sobre patentes y *copyright* en su constitución en 1787. Durante los años en que Estados Unidos fue una colonia británica no tenía mayor interés en crear un sistema de propiedad intelectual porque su economía estaba basada en vender recursos naturales a Inglaterra a cambio de productos manufacturados, además, la difusión de conocimiento y tecnologías estaba controlada por el imperio. Con la Guerra de Independencia americana, cambió el panorama económico de la naciente nación, surgió la necesidad de adquirir bienes de otros mercados y surgió una demanda ideológica por lograr ser autosuficientes, de forma que el otorgamiento de patentes de alcance nacional cobró mayor importancia y valor económico como mecanismo para fomentar la industrialización de Estados Unidos (Nard & Morriss, 2006).

La Cláusula sobre Propiedad Intelectual en la Constitución de Estados Unidos de 1787 fue un gran logro porque creó una patente unificada para todos los Estados, lo que aumentó notablemente el valor de los derechos conferidos con las mismas. En efecto, antes de la constitución Estados como Pensilvania, Maryland y Carolina del Norte habían expedido normas sobre el otorgamiento de patentes, lo que en ocasiones condujo a litigios y controversias sobre el alcance de las mismas (Nard & Morriss, 2006), la duración de los derechos que confería cada Estado variaba y no había un criterio uniforme para otorgar tales patentes (Neumeyer, 2011). Además, la Cláusula sobre Propiedad Intelectual buscaba fijar principios fundamentales para

que el Congreso otorgara derechos exclusivos por un periodo limitado a los creadores sobre sus invenciones².

En ejercicio de esas funciones, el Congreso de Estados Unidos expidió la “*Ley para promover el progreso de las artes útiles*” de 1790, por la cual le otorgó funciones al ejecutivo para el otorgamiento de las patentes para lo cual se creó el *Board Patent*, que sería la entidad encargada de determinar si una invención era suficientemente útil para concederle una patente. Esta ley señalaba que “*cualquier arte útil, manufactura, motor, máquina o aparato o mejora en los mismos*” podría ser patentable si antes no era conocido o usado (Neumeyer, 2011, pág. 137). Las patentes eran otorgadas por 14 años y facultaban a su titular a fabricar, construir, usar y vender las invenciones en todo el territorio del naciente país.

Las patentes y los derechos de autor no fueron los únicos derechos de propiedad intelectual que se crearon en esta época, en 1712 y 1744 Francia expidió legislaciones sobre las marcas (*les marques*) que debían tener todos los productos fabricados por trabajadores de fábricas que contaran con permisos o licencias reales para funcionar. De esta forma se introdujo en Francia que la forma específica de, por ejemplo, bordar seda, podría ser una propiedad protegible por el derecho. Con estas leyes se buscaba identificar el origen, indicar el uso de ciertas técnicas y diseños y controlar el precio y la calidad de los productos (Neumeyer, 2011).

Al igual que sucedió en Estados Unidos, en Francia el otorgamiento discrecional de monopolios para la realización de ciertas actividades comerciales y para la importación de invenciones y maquinaria de otros países, como la producción de hilo y muselina, creó un caos sobre la validez de esos derechos, su alcance regional y su duración. Por lo anterior, se expidió en 1791 la primera ley francesa de patentes. En esta ley se acoge la teoría del iusnaturalismo sobre el origen de la propiedad intelectual, esto es y, como se explicó antes, que el hombre tiene un derecho natural sobre las obras de su creación, sobre el fruto de su intelecto (Neumeyer, 2011), seguramente estas ideas estuvieron íntimamente relacionadas con el pensamiento de la época que finalmente condujo a la Revolución Francesa

² Article I. Section 8. Clause 8. [Congress shall have power ...] “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;”

(Galvez-Behar, The Patent System during the French Industrial Revolution: Industrial Change and Economic Effects, 2019).

Es muy importante señalar que las leyes de 1791, tanto de Estados Unidos como de Francia, incluían fuertes disposiciones y reglas sobre la divulgación de las invenciones y creaciones que eran patentadas. Las leyes exigían que el inventor describiera la invención al punto que fuese factible reproducirla y, en Francia, se señalaba que las personas podrían tener acceso al catálogo de nuevas invenciones que debía estar disponible en cada providencia (Neumeyer, 2011). De esta forma se compensa a la sociedad por el otorgamiento de derechos de exclusiva sobre las nuevas creaciones, pues una vez cesen estos derechos la invención ingresa al dominio público y puede ser empleada por cualquiera.

Una característica especial de la Ley de patentes francesa de 1791 es que otorgaba tres tipos de patentes: i) de invención para las nuevas creaciones; ii) de mejora, para las formas de producción que perfeccionaran los productos y iii) las de importación para cualquiera que trajera por primera vez a Francia un descubrimiento extranjero. Estas últimas patentes fueron objeto de muchas críticas porque otorgaban a una persona que no era el inventor por el solo hecho de importar la creación a Francia, por eso la reforma a la ley francesa en 1844 eliminó estas patentes (Galvez-Behar, The Patent System during the French Industrial Revolution: Industrial Change and Economic Effects, 2019).

Vale señalar que en el siglo XIX varios países latinoamericanos adoptaron normas sobre propiedad intelectual como Brasil, México, Chile y Perú.

Durante los siglos XVIII y XIX, era habitual que las capitales de los países industrializados realizaran ferias y exhibiciones de los avances científicos de la época y que el público en general pudiera visitarlas, estas ferias eran organizadas por el Bureau International des Expositions (BIE). La Torre Eiffel fue construida por el ingeniero Gustav Eiffel para la Exposición Universal de 1889, la antorcha de la Estatua de la Libertad fue exhibida en la *Centennial Exposition* de Philadelphia en 1876 y en Tennessee hay una réplica a tamaño real del Partenón construida para la Centennial Exposition in 1897.

Sin embargo, en 1873 muchos países se negaron a participar en la Exhibición de Viena alegando que la misma se prestaba para que sus desarrollos y avances fueran copiados por otras naciones y, de esta forma atentar contra el mercado internacional de sus productos. Por ello, Australia decidió realizar la primera conferencia internacional de patentes (Dhavan & Jain, 1990). En esta primera conferencia y varias que siguieron hasta 1880, las discusiones entre los países asistentes se centraron en determinar cuál debía ser el fundamento para el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, si las doctrinas del derecho natural o el beneficio que de esto deriva la sociedad.

De esta forma se presentaron los primeros intentos de lograr una unificación internacional – multilateral de los sistemas de patentes, lo cual se lograría en 1883 con el Convenio de París sobre Protección de la Propiedad Industrial. Con anterioridad a este tratado, entre países se celebraron acuerdos bilaterales para otorgar trato nacional a los titulares de obras protegidas en el extranjero, así se evitaba que en el país A se vendieran de forma ilegal las obras de los autores del país B (Gervais, 2002).

El Convenio de París tenía dos objetivos principales. Por un lado, reforzar las normas nacionales en la materia y, de otra parte, propender por la armonización de las legislaciones locales. Para ello se establecieron dos principios: el de trato nacional y el sistema de prioridades. En virtud del trato nacional, los países se comprometieron a otorgar a los nacionales de los demás países signatarios, el mismo trato que otorgan a sus ciudadanos. Las prioridades permitían que una solicitud de patente en un país miembro fuera empleada como base para solicitar el mismo derecho en otro país firmante (Galvez-Behar, 2020). El Convenio de París fue ratificado por Colombia en 1994 a través de la Ley 178.

En línea con la armonización internacional de la propiedad industrial, en 1887 se firmó el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. El origen de este convenio fue la constante preocupación de los autores por la piratería de sus obras, una vez publicadas, las obras de los ingleses eran copiadas y reimpresas en Irlanda mientras que los libros en francés eran reimpresos en Holanda, Alemania, Bélgica y Suiza. Esta situación desincentivaba la creación de nuevas obras, además de que los autores no recibían ninguna remuneración por sus obras copiadas y reimpresas en el exterior (Ricketson, 1986).

Aunque varios países europeos celebraron tratados bilaterales para proteger las obras de sus nacionales en el exterior, fue nuevamente la Exhibición Universal de París de 1878 la que creó el ambiente para la institucionalización de la *International Literary Association*, cuyo primer presidente sería el famoso autor Víctor Hugo. Esta institución, conocida en la actualidad como ALAI, fue la precursora de la Unión de Berna, un conjunto de reuniones y convenciones entre delegados de diferentes países que condujo a la firma del Convenio de Berna (Ricketson, 1986). Uno de los grandes aportes del Convenio de Berna fue definir las “obras literarias y artísticas” para incluir no solo los escritos sino también las obras teatrales, composiciones musicales, pinturas, esculturas, mapas, planos, esto es, obras que fueran publicadas por cualquier método de impresión o reproducción.

Tras la Primera y la Segunda Guerras Mundiales, surgió un nuevo orden mundial que vio en el comercio internacional el mecanismo apropiado para evitar futuros enfrentamientos, para lograr una paz estable y duradera. Esta nueva idea de un comercio internacional para fomentar la paz se materializó años después en la Organización Mundial del Comercio (OMC) de la cual hacen parte 164 países y que surgió luego de las negociaciones celebradas entre 1986 y 1994, denominada la Ronda de Uruguay.

Dentro del conjunto de normas que forman parte de la OMC el anexo 1c) se ocupa de los temas de propiedad intelectual, recibiendo el nombre de Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) o TRIPS por sus siglas en inglés. Este conjunto de normas fijó un estándar mínimo de protección para las creaciones intelectuales, tanto para el Derecho de Autor como para la propiedad industrial. De esta forma se alcanzó aun mayor homogeneidad en la protección otorgada a las obras del intelecto en todo el mundo.

Debido a que el nivel de desarrollo e industrialización no es homogéneo entre los países que integran la OMC y que están vinculados por el APIC, en el texto original del acuerdo se incluyó una disposición para otorgar a los países menos desarrollados una década antes de que empezaran a aplicar el Acuerdo a manera de periodo de adaptación. Además, se incluyeron flexibilidades para asegurar que el estándar mínimo de protección no impidiera a los países en desarrollo adoptar

medidas para proteger sus intereses o tener que modificar sustancialmente su sistema legal.

¿Cómo funciona la propiedad intelectual en Colombia?

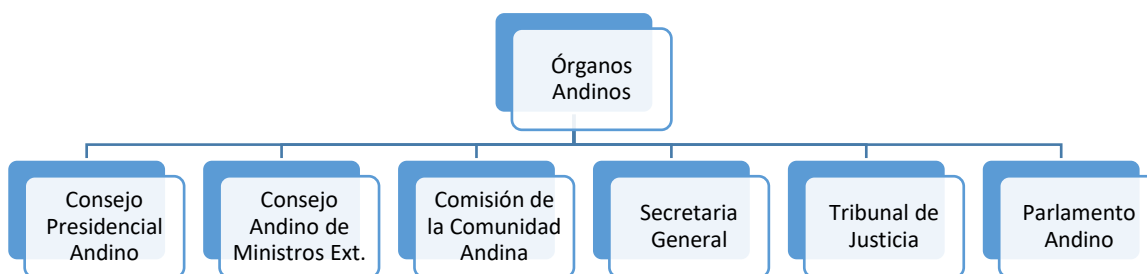
La Constitución Política de Colombia señala en el artículo 61 que *“El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”* Este artículo hace imperativa la protección de la propiedad intelectual en el país. La Corte Constitucional ha señalado que la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual es un tipo de propiedad *sui generis*, porque:

“[...] comparte, de un lado, los elementos esenciales de la propiedad, - como son ‘el usus, el fructus y el abusus, con las limitaciones que establecen la Constitución y la ley’-, y del otro, se separa de la noción clásica de propiedad, al presentar algunas de las siguientes características: (a) que el contenido moral del derecho que tiene el autor sobre la propiedad intelectual es inalienable, irrenunciable, imprescriptible e independiente del contenido patrimonial del mismo. Mientras que el derecho de propiedad común sólo tiene un contenido patrimonial, alienable, renunciable y prescriptible. (b) La propiedad intelectual recae sobre una cosa incorporal. Mientras que la propiedad común, generalmente, recae sobre cosas corporales; y (c) la propiedad intelectual, por determinación de la ley, es temporal (art. 11 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1520 de 2012), mientras que la común es perpetua.” (Sentencia C 148 - 2015, 2015)

Así mismo el artículo 150 constitucional señala que es función del Congreso aprobar tratados internacionales que celebre el ejecutivo con otros Estados o Entidades de Derecho Internacional y, que, por medio de dichos tratados, el Estado puede *“transferir determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover y consolidar la integración económica con otros Estados.”* Esto fue lo que sucedió con la competencia legislativa en materia de propiedad intelectual en Colombia, esta facultad fue transferida a la Comunidad Andina de Naciones a través de la Ley 8 de 1973, por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969.

El Acuerdo Subregional Andino tiene como una de sus finalidades principales la integración económica entre Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador, con el objetivo de promover el desarrollo de los países miembros en condiciones de equidad mediante la integración y la cooperación económica y social. Con este objetivo el Acuerdo de Cartagena creó un conjunto de organismos independientes y autónomos como se muestra en la siguiente figura:

Figura 2. Órganos de la Comunidad Andina



Fuente: Elaboración propia con fundamento en el Acuerdo de Cartagena

La Comisión de la Comunidad Andina, según lo establece el Acuerdo de Cartagena, tiene funciones legislativas que adopta a través de instrumentos jurídicos que se designan como: decisiones. En ejercicio de tales funciones ha expedido un conjunto de decisiones que son aplicables en Colombia respecto de la propiedad intelectual, estas decisiones son las siguientes:

- Decisión 345 de 1993, por la que se adoptó el Régimen Común de Protección de los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales
- Decisión 351 de 1993, que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos
- Decisión 391 de 1996, por la cual se adoptó el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.
- Decisión 486 de 2000, por la cual adoptó el Régimen Común sobre Propiedad Intelectual
- Decisión 632 de 2006, por la cual se aclara el segundo párrafo del artículo 266 de la Decisión 486 sobre la protección de datos de prueba.
- Decisión 689 de 2008, por la cual se adecuaron determinados artículos de la Decisión 486 de 2000- Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para

permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros

¿Cuáles son las consecuencias de la transferencia de competencias a la CAN?

La transferencia de competencias a la comunidad andina tiene principalmente tres consecuencias:

- i) Las normas que expida la Comisión Andina gozan de los atributos de aplicación directa y prevalencia frente a la legislación interna;
- ii) Se reduce la facultad de las autoridades internas para ejercer las competencias transferidas a los órganos de la CAN, por ejemplo, la de legislar los asuntos que fueron sometidos a la CAN como la propiedad intelectual;
- iii) En caso de incumplir con obligaciones andinas el país puede ser demandado ante el Tribunal Andino.

1. Los principios de aplicación directa y prevalencia

Los artículos 1 a 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia señalan cuáles son las disposiciones que hacen parte del ordenamiento andino y, consagran los principios de aplicación directa y prevalencia de las normas andinas con respecto a la legislación interna de cada país miembro. Así el artículo 2 señala que las Decisiones obligan a los países Miembros desde que sean adoptadas por la Comisión o por el Consejo de Ministros, el artículo 3 señala que esas decisiones serán aplicables desde su publicación, salvo que la Decisión misma indique otra cosa y, el artículo 4 establece que los Países Miembros *“están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”* y que a su vez se comprometen a *“no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”*.

De esa forma, en estas disposiciones se establece el principio de aplicación directa, que consiste en que su aplicación en cada uno de los países miembro no requiere de ninguna formalidad adicional para su incorporación; no requiere por ejemplo de una ley que ratifique las decisiones de la Comisión Andina. De esta forma, los

nacionales y las autoridades de los países miembros deben invocar las normas andinas para que sean aplicadas directamente, independientemente de si son del orden nacional, departamental, judicial o administrativo.

Por otra parte, el atributo de prevalencia implica que las normas andinas deben aplicarse sobre las normas nacionales. Es decir, si una materia está regulada por la norma andina, la regulación local expresa en ley, decreto o resolución, se considera suspendida e inaplicable. Este atributo tiene a su vez dos efectos: i) las normas andinas sólo pueden ser modificadas por los órganos de la comunidad y ii) no es dable a los países miembros incumplir normas andinas con fundamento en el ordenamiento interno (Herrera & Espíndola, 2008).

La Corte Constitucional ha explicado estos atributos de la siguiente manera:

*“Como es sabido, el concepto de supranacionalidad - dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena - implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un **efecto directo** sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un **efecto de prevalencia** sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) - dentro del efecto conocido como *preemption* - a la norma nacional.”* (Sentencia C 137 de 1996, pág. 44).

A modo de ejemplo, la inmensa mayoría de los artículos del Código de Comercio relacionados con Propiedad Industrial se encuentran suspendidos, dada la regulación contenida en la Decisión 486. Se exceptúan los casos en los que la misma norma andina remite a la legislación nacional la aplicación del supuesto (por ejemplo, la Decisión Andina permite que un país adopte un sistema de depósito de nombres y enseñas comerciales, de suerte que en Colombia sí se aplica para ese efecto el Código de Comercio).

2. Restricción de las facultades de las autoridades internas

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de febrero de 1975 por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino suscrito en 1969 explicó la segunda consecuencia de la transferencia de competencias a favor de los órganos comunitarios así:

“(...) las disposiciones regionales, en el seno de los Estados que han de aplicarlas, se confunden a menudo, por sus results, con las prescripciones del derecho interno, del cual se diferencian por su origen: mientras las primeras derivan de un ente supranacional las últimas proceden de las autoridades internas. Pero versan sobre parecidas materias. La adquisición de poderes reguladores por los órganos comunitarios, en el derecho de integración económica, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes les hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y 'así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional. Sean cuales fueren las denominaciones apropiadas, en la integración económica de varios países constituye nota relevante y diferencial que éstos pierdan potestades legislativas que ejercían con exclusividad por medio de disposiciones de derecho interno sobre materias determinadas y que las ganen a su favor los organismos regionales.” (Se resalta) (Sentencia del 27 de febrero de 1975)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C 069 de 2019 explicó cómo la libertad de configuración legislativa en materia de derechos de autor se ve sujeta a varios límites como son: i) otros derechos de rango superior como la libertad de expresión y el derecho al libre desarrollo de la personalidad; ii) los principios de proporcionalidad y razonabilidad cuando se vayan a crear excepciones o

limitaciones a los derechos de los autores; y iii) los tratados internacionales sobre la materia dentro de los que se destacan las decisiones de la Comunidad. Sobre este tercer límite a la libertad de configuración del legislador el tribunal Constitucional en la sentencia en comento señaló que *“esta Decisión [Andina No. la 351 de 1993] hace parte del derecho comunitario y resulta plenamente exigible en Colombia, por lo que la legislación que se expida en el país, así como su reglamentación, debe estar acorde con las previsiones que allí se consagran (...)*”. (Sentencia C 69 / 2019)

Así mismo ocurre con los demás derechos de propiedad intelectual que están sujetos a la normativa andina. En algunos casos, la normativa andina señala expresamente límites a la reglamentación puedan adoptar los países miembros sobre tales derechos. En ese sentido, la Decisión 486 dice expresamente en su artículo 32 que *“Ningún País Miembro exigirá, respecto de la solicitud de patente, requisitos de forma adicionales o distintos a los previstos en la presente Decisión. (...)”*

El complemento indispensable. Este principio, explicado con el ejemplo del Código de Comercio para el caso de los nombres comerciales, despunta importante, pues consiste en la permisión de aplicación de normas domésticas cuando i) no exista norma andina; ii) la norma andina remita a la norma interna.

“[...] serán legítimas aquellas [normas] complementarias que resulten estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen. [...]

Es decir, los Países Miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, no pueden, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.” (94-IP-2019)

3. Acciones de incumplimiento contra los Países Miembro

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional del ordenamiento andino, tiene dos funciones de especial importancia para el funcionamiento de la Propiedad Intelectual en el país. La primera función hace referencia a actuar como intérprete legítimo de las normas andinas.

Así, por disposición del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, modificado por el Protocolo de Cochabamba de 1996, las autoridades judiciales de los países miembros que resuelvan en última instancia asuntos relacionados con derecho andino deben solicitar una interpretación de las normas andinas que resulten aplicables al caso concreto al Tribunal Andino. Esta interpretación prejudicial tiene como finalidad que haya uniformidad en la aplicación de las normas andinas entre los miembros de la Comunidad.

La segunda función, está dirigida a asegurar que los Países Miembros cumplan con los compromisos asumidos en el contexto andino, lo que incluye no adoptar legislación que sea contraria a las normas comunitarias. Con este objetivo se creó la Acción de Incumplimiento que puede ser iniciada por actores privados o por los Países Miembros mediante la denuncia ante la Secretaría General de la Comunidad. Una vez presentada la denuncia, la Secretaría debe adelantar una fase prejudicial regulada en la Decisión 624 de 2005, si al final de esta fase el dictamen de la Secretaria es que en efecto hay un incumplimiento y, no se adoptan medidas para corregir el incumplimiento, la Secretaría interpondrá la acción de incumplimiento ante el Tribunal Andino.

Ahora bien, el Protocolo de Cochabamba permitió que si transcurridos 60 días desde la expedición del dictamen de incumplimiento sin que la Secretaría presente la acción de incumplimiento ante el tribunal, el País Miembro que interpuso la denuncia acuda directamente ante el Tribunal³.

³ Cfr. Artículo 24 el Tratado de Creación del Tribunal Andino.

Conclusiones

Desde sus orígenes en la Venecia del Siglo XV, la propiedad intelectual ha sido un instrumento para dinamizar el comercio, que históricamente ha sido empleado por los gobiernos para promover el desarrollo de nuevas tecnologías y atraer creadores a sus territorios. Como ocurrió con Inglaterra y Francia que otorgaban patentes para la importación de tecnologías creadas en el exterior a la primera persona que las introdujera en el territorio de estos países. Así mismo el surgimiento de nuevas naciones, como la independencia de Estados Unidos, mostró que la propiedad intelectual también sirvió para impulsar el desarrollo de la industria en la naciente nación y asegurar su independencia y autonomía de sus colonizadores.

El comercio internacional entre los países europeos y las naciones emergentes de América hizo evidente la necesidad de lograr unanimidad en los derechos que se otorgan a los creadores de obras y de nuevas tecnologías, lo que dio lugar al proceso de internacionalización de la propiedad intelectual y a la creación de tratados internacionales que continúan vigentes como el Convenio de Berna y el Convenio de París, los cuales fueron adoptados por el régimen de comercio internacional que surgió luego de las dos Guerras Mundiales y que daría lugar a la creación de la OMC y en consecuencia al ADPIC.

América Latina no ha sido la excepción a los procesos de internacionalización y armonización de las normas de propiedad intelectual, con la creación de la Comunidad Andina surge un ente supranacional facultado para expedir normas en la materia y exigir a los países miembros de forma coercitiva el cumplimiento de los compromisos adquiridos. Así, en virtud del Acuerdo de Cartagena, las competencias legislativas sobre propiedad intelectual fueron trasladadas a la Comisión Andina, que está dotada de facultades para expedir normas que tienen aplicación directa y prevalente frente a las normas internas. De forma que las autoridades internas sólo pueden regular aquellos asuntos que no hayan sido abordadas por el ordenamiento andino o las que sean complemento indispensable del mismo.

Bibliografía

- 13-IP-95 (Tribunal Andino de Justicia 19 de 03 de 1996).
- 94-IP-2019 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 19 de 11 de 2019).
- Bently, L., & Sherman, B. (2014). *Intellectual Property Law*. Oxford University Press.
- Corte Constitucional . (12 de 10 de 2004). Sentencia C-988/04 .
- Corte Constitucional. (9 de abril de 1996). Sentencia C 137 de 1996.
- Corte Constitucional. (24 de 01 de 2001). Sentencia C 053 01.
- Dent, C. (2009). Generally Inconvenient: The 1624 statute of Monopolies as Political Compromise. *Melbourne University Law Review*, 415-453.
- Dhavan, H., & Jain, G. (1990). Conquest by patent: The Paris Convention Revisited. *Journal of the Indian Law Institute*, 131-178.
- Dictamen No. 004 de 2020 (Secretaría General de la Comunidad Andina 11 de 12 de 2020).
- Galvez-Behar, G. (2019). The Patent System during the French Industrial Revolution: Industrial Change and Economic Effects. *Patent Law and Innovation in Europe during the Industrial Revolution*, 31-56. doi:<https://doi.org/10.1515/jbwg-2019-0003>
- Galvez-Behar, G. (2020). The 1883 Paris Convention and the Impossible Unification of Industrial Property. En G. Gooday, & S. Wilf, *Patent Cultures: Diversity and Harmonization in Historical Perspective* . Cambridge University Press.
- Gervais, D. (2002). The internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the very old and the very new. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* .
- Herrera, D. L., & Espíndola, C. A. (2008). El Sistema Jurídico Andino: ¿Utopía o realidad jurídica? *Criterio Jurídico*, 8(1), 35-64.
- Jefferson, T. (1813). *Thomas Jefferson to Isaac McPherson. Writings 13:333--35. Member of the U.S. House of Representatives from Missouri's 15th congressional district.*
- Mgbeoji, I. (2003). The Juridical Origins of the International Patent System: Towards a Historiography of the Role of Patents in Industrialization. *Journal of the History of International Law*, 403-422.
- Nard, C., & Morriss, A. (2006). Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia. *Faculty Publications. School of Law. Case Western Reserve.*

- Neumeyer, F. (2011). Contribution to the history of modern patent legislation in the United States and in France. *Scandinavian Economic History Review*, 126-150.
- Patterson, L. (1966). The Statute of Anne: Copyright Misconstrued. *Harvard Journal on Legislation*, 223-256.
- Prager, F. (1944). A history of Intellectual Property from 1545 to 1781. *Journal of the Patent Office Society*, 711-760.
- Ricketson, S. (1986). The Birth of the Berne Union. *Colum.-VLA J. L. & ARTS* (11) 9. Obtenido de <http://www.peteryu.com/intip/class2.pdf>
- Sentencia C 148 - 2015, C 148 (Corte Constitucional. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO 2015).
- Sentencia C 69 / 2019 (Corte Constitucional 20 de 02 de 2019).
- Sentencia del 27 de febrero de 1975 (Corte Suprema de Justicia. M.P. José Gabriel de la Vega 27 de 02 de 1975).