

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Tutela administrativa. Justificación. Competencias.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Dirección Nacional de Derecho de Autor.

FECHA: 1-6-2005

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto del documento en copia del original, cortesía de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia

OTROS DATOS: Concepto emitido ante la Corte Constitucional, en el Expediente D-5741

SUMARIO:

“Tal como lo consagra el artículo 61 de nuestra Constitución Nacional «el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley». Así las cosas, corresponde al gobierno nacional implementar los mecanismos que garanticen una protección adecuada y eficaz a las obras, las interpretaciones y los fonogramas”.

[...]

“Las medidas de observancia buscan que calificadas autoridades administrativas, quienes poseen un conocimiento preciso sobre ciertas materias en razón de la actividad que desempeñan, ejecuten determinados procedimientos con el fin de concientizar al conglomerado social sobre la importancia de respetar las facultades que el Estado colombiano ha concedido en favor de terceros”.

[...]

“La observancia es una tarea multidisciplinaria en la que intervienen organismos estatales como la aduana, la policía o las propias alcaldías municipales. Con ella se busca, entre otras, garantizar el respeto por el derecho de autor y los derechos conexos”.

“Es claro que los derechos de propiedad intelectual en general, y el derecho de autor y los derechos conexos en particular, se encuentran presentes en la mayoría de las actividades que ejercemos, de tal manera, se han establecido medidas administrativas que por su naturaleza van dirigidas a ilustrar a los ciudadanos sobre la vigencia y el respeto de estas prerrogativas ...”.

TEXTO COMPLETO:

CARLOS ALBERTO ROJAS CARVAJAL, en mi calidad de representante judicial de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, tal como lo consagra la Resolución 160 del 9 de agosto de 2004¹, en atención al oficio secretarial 170, radicado en esta entidad el 17 de mayo de 2005, con el número 1-2005-9846, comedidamente me permito emitir concepto respecto de la constitucionalidad de las normas citadas en el asunto.

I. ANALISIS DEL ARTICULO 54 DE LA LEY 44 DE 1993

1. Texto de la norma:

Artículo 54. Las autoridades de policía harán cesar la actividad ilícita, mediante:

1. La suspensión de la actividad infractora.

2. La incautación de los ejemplares ilícitos, de los moldes, planchas, matrices, negativos, soportes, cintas, carátulas, diskettes, equipos de telecomunicaciones, maquinaria y demás elementos destinados a la producción o reproducción de ejemplares ilícitos o a su comercialización.

3. El cierre inmediato del establecimiento, si se trata de local abierto al público y la suspensión o cancelación de la licencia de funcionamiento.”

2. Fundamentos de la demanda

Los siguientes son los argumentos expuestos por el demandante:

- “La acusada norma a pesar de ser imperativa y precisa, no es determinada respecto de quien es la autoridad de policía encargada de cumplirla, requisito exigido por la jurisprudencia par que toda norma tenga fuerza vinculante para determinado funcionario público.”

- “Esta norma viola el artículo 2 de la Constitución Nacional, porque uno de los fines del Estado es garantizar la efectividad de los principios consagrados en la carta Magna y asegurar la vigencia de un orden justo”. (Subrayado en texto original).

- Los fines Estatales descritos en el párrafo anterior están desvirtuados con la vigencia de la acusada norma, como quiera que la redacción de la misma, también lleva implícita una violación al Principio Constitucional de las Competencias Reqladas, establecido en el artículo 122 de la Constitución Nacional. (Subrayado en texto original).

- En esta norma no se fijó ninguna atribución específica para que la administración Municipal, Nacional o Departamental, se atribuyera dicha competencia, lo cual implica que no es una disposición que obligue a ningún funcionario porque en derecho público la competencia es reglada y no discrecional.

- “...esta norma acusada sólo podría dársele aplicación, previa sentencia ejecutoriada por parte de un Juez Penal, en atención a que se trata de una sanción aplicable al hecho ilícito. Bien se sabe que el hecho ilícito, solo puede serlo después de una providencia que así lo califique.”

- En la circular que se anexa expedida por la Dirección Nacional de la Policía Nacional, se habla que en los ilícitos de derechos de autor se aplica la flagrancia, lo cual no es cierto.”

3. Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor

3.1. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio

Señala el accionante que la norma acusada “no es determinada respecto de quien es la autoridad de policía encarga de cumplirla”, por cuanto no fijó “ninguna atribución específica para que la administración Municipal, Nacional o Departamental, se atribuyera dicha competencia, lo cual implica que no es una

¹ De la cual anexo una copia.

disposición que obligue a ningún funcionario porque en derecho público la competencia es reglada y no discrecional”.

No obstante lo anterior, dicha manifestación no se ajusta a los parámetros establecidos por el artículo 135 de la Constitución Política al tenor del cual es posible reconocer a los alcaldes como “la primera autoridad de policía del municipio”². De tal manera, cuando el artículo demandado señala que las “autoridades de policía harán cesar la actividad ilícita”, debemos entender que dicha responsabilidad esta en cabeza del alcalde municipal.

En este mismo sentido, el artículo 84 de la Ley 136 de 1994 manifiesta: “Naturaleza del Cargo: En cada municipio o distrito habrá un alcalde quien ejercerá la autoridad política, será jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial. **El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio o distrito** y tendrá el carácter de empleado público del mismo”. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 1333 de 1986, señala como una de las atribuciones generales de los alcaldes “inspeccionar con frecuencia los establecimientos públicos del municipio, para que marchen con regularidad.”

Así las cosas, es apenas claro que los alcaldes Municipales y Distritales, en su calidad de primera autoridad de policía del municipio, son los encargados de establecer los mecanismos necesarios a fin de implementar el contenido el artículo 54 de la Ley 44 de 1993.

Vistos los anteriores parámetros constitucionales y legales resulta extraño para esta Dirección que el accionante señale como indeterminado el funcionario encargado de ejecutar el contenido del artículo analizado.

3.2. La implementación del artículo 54 de la Ley 44 de 1993, no se circunscribe de manera exclusiva a una orden judicial

Tal como lo consagra el artículo 61 de nuestra Constitución Nacional “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante

las formalidades que establezca la ley.” Así las cosas, corresponde al gobierno nacional implementar los mecanismos que garanticen una protección adecuada y eficaz a las obras, las interpretaciones y los fonogramas.

A este respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional manifestando lo siguiente:

“El artículo 61 de la Constitución establece que el “Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.” Esta norma implica -como ya la Corte lo ha anotado en la sentencia C-519 de 1999- que la propiedad intelectual y sus derechos conexos son inalienables, tienen un carácter imperativo, y su protección, a cargo del Estado, tendrá lugar por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley. Esta disposición indica entonces que es el legislador quien debe reglamentar estos temas, siempre y cuando no deje desprotegidos a los autores y establezca procedimientos razonables para el reconocimiento de los derechos de autor y sus derechos conexos.

Esta exigencia de razonabilidad no es un capricho, pues aunque el legislador goza de una amplia competencia para establecer las modalidades del amparo de este tipo de derechos, no puede esquivar la responsabilidad que la Constitución le ha confiado en la búsqueda de instrumentos aptos para obtener que en la práctica los autores no sean víctimas de imposiciones arbitrarias o abusivas por parte de quienes ejecutan, representan, exhiben, usan o explotan sus obras, para desconocer lo que constitucionalmente se les debe por tales conceptos. Admitir trabas excesivas sería hacer nugatoria la protección, eliminar cualquier garantía e ir en contravía de la Carta y la especial protección que ésta otorga a la propiedad intelectual.” (Negrillas fuera de texto original).

² Artículo 135 de la Constitución Política

(...)

“Cabe reiterar que la manera de proteger estos derechos, el diseño de los mecanismos adecuados y su implementación son potestad del legislador, quien debe tener como directrices todos los postulados constitucionales y los instrumentos internacionales de los cuales el Estado Colombiano es parte. Toda esta normatividad pretende garantizar procedimientos justos y equitativos, que no sean innecesariamente complicados o gravosos, ni comporten plazos injustificables o retrasos innecesarios. En conclusión, se trata de garantizar los derechos a través de un procedimiento razonable, pues sólo así se cumpliría la exigencia constitucional establecida en el artículo 61”³

De tal manera, estos mecanismos no se limitan a sanciones de tipo penal o civil. Cada vez con más fuerza se viene implementado, a través de instrumentos internacionales como los ADPIC⁴, el TODA⁵ y el TOIEF⁶, las denominadas medidas de observancia.

³ Sentencia C 509/04, Magistrado ponente EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2004).

⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (Este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 170 de 1994)

“Observancia de los derechos de propiedad intelectual Sección 1: Obligaciones generales.

Artículo 41, numeral 1

1. Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso.

⁵ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. (Este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 565 de 2000)

Artículo 14: **Disposiciones sobre la observancia de los derechos:**

Las medidas de observancia buscan que calificadas autoridades administrativas, quienes poseen un conocimiento preciso sobre ciertas materias en razón de la actividad que desempeñan, ejecuten determinados procedimientos con el fin de concientizar al conglomerado social sobre la importancia de respetar las facultades que el Estado colombiano ha concedido en favor de terceros.

La observancia es una tarea multidisciplinaria en la que intervienen organismos estatales como la aduana, la policía o las propias alcaldías municipales. Con ella se busca, entre otras, garantizar el respeto por el derecho de autor y los derechos conexos.

Es claro que los derechos de propiedad intelectual en general, y el derecho de autor y los derechos conexos en particular, se encuentran presentes en la mayoría de las actividades que ejercemos, de tal manera, se han establecido medidas administrativas que por su naturaleza van dirigidas a ilustrar a los ciudadanos sobre la vigencia y el respeto de estas prerrogativas. Entre estas disposiciones contamos con el artículo 54 de la Ley 44 de 1993, en donde se adoptan medidas dirigidas a concientizar a los usuarios de obras, interpretaciones y fonogramas musicales sobre

1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado.

2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

⁶ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. (Este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 545 de 1999).

Artículo 23: **Disposiciones sobre la observancia de los derechos.**

1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado.

2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos

la importancia del cumplimiento de las normas de protección a este tipo de bienes intangibles.

Ahora bien, al tenor de lo descrito por el artículo 271 del Código Penal, quien por cualquier medio o procedimiento, **sin autorización previa y expresa del titular**, reproduzca, represente, ejecute o exhiba públicamente, comercialice, una obra protegida por el derecho de autor, se identificará como el sujeto activo del delito tipificado como defraudación a los derechos patrimoniales de autor.

Así las cosas, cuando una persona es sorprendida reproduciendo, exhibiendo o comercializando una obra, y no está en capacidad de acreditar la correspondiente autorización expedida por el titular de la creación, se configuran los requisitos propios de la figura denominada flagrancia, momento en el cual la autoridad de policía podrá adelantar las acciones descritas en el artículo 54 de la Ley 44 de 1993.

Por los motivos expuestos en precedencia, esta Dirección considera que de ninguna manera el artículo analizado desconoce el contenido de los artículos 2 y 122 de la Constitución Nacional.

II. ANALISIS DEL ARTICULO 160 DE LA LEY 23 DE 1982

1. Texto de la norma:

Artículo 160. Las autoridades administrativas del lugar no autorizarán la realización de espectáculos o audiciones públicas, sin que el responsable presente su programa acompañado de la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes.

2. Fundamentos de la demanda

Argumentos expuestos por el accionante:

- “La acusada norma a pesar de ser imperativa y precisa, no es determinada respecto de quien es la autoridad administrativa del lugar encargada de cumplirla,...”

- “Como consecuencia de tal falencia, la disposición en comento viola de manera flagrante el Principio Constitucional de las Competencias Regladas, establecido en el artículo 122 de nuestra Carta Fundamental;...”

- Como quiera que esta norma viene siendo aplicada de manera discrecional por todos los Alcaldes del país, sin que la misma les este entregando dicha competencia, dicha aplicación está generando una clara transgresión del artículo 2 de nuestra Constitución.

- No es para nada sinónimo de justicia que gracias a la violación del artículo 122 de la carta, la norma en cuestión este aplicándose de manera general para exigir el pago de un derecho de autor, cuando la redacción de la norma acusada, no obliga a ninguna autoridad administrativa del país, porque la competencia de las autoridades administrativas tiene que ser reglamentada y no es una potestad discrecional.

- “...la norma acusada viola el artículo 333 de la Constitución, sobre Libertad económica, porque su aplicación esta sirviendo para que dicha actividad se restrinja de manera injusta, pues la norma en comento tiene un vacío respecto de quien es la autoridad administrativa del lugar encargada de hacerla cumplir y eso la hace inaplicable”

3. Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor

El alcalde como jefe de la administración local

Señala el accionante que la norma acusada “a pesar de ser imperativa y precisa, no es determinada respecto de quien es la autoridad administrativa del lugar encargada de cumplirla”.

Desconoce el actor, que al tenor del artículo 314 de la Constitución Nacional, el alcalde municipal es el “jefe de la administración local”, y en ejercicio de dicha dignidad debe “cumplir y hacer cumplir la constitución, la ley, los

decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del Consejo”⁷

En este mismo sentido, el artículo 84 de la Ley 136 de 1994 manifiesta: *Naturaleza del Cargo: En cada municipio o distrito habrá un alcalde quien ejercerá la autoridad política, será jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio o distrito y tendrá el carácter de empleado público del mismo. (Negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, es apenas claro que los alcaldes Municipales y Distritales, en su calidad de jefes de la administración local, son los encargados de implementar el mandato que de forma expresa les ha atribuido el artículo 160 de la Ley 23 de 1982.

Como quiera que el artículo analizado delegó en los alcaldes la facultad de no “autorizar la realización de espectáculos o audiciones públicas, sin que el responsable presente su programa acompañado de la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes”, no es apropiado invocar una violación a los artículos 2 y 122 de la Constitución, cuando precisamente el artículo 160 de la Ley 23 de 1982, describe una más de las funciones que deben ejercer dichos funcionarios públicos.

Vistos los anteriores parámetros constitucionales y legales resulta extraño para esta Dirección que el accionante señale como indeterminado el funcionario encargado de ejecutar el contenido del artículo analizado.

En relación con una supuesta violación al artículo 333 de la Constitución Política, es necesario advertir que de manera equivocada el accionante señala la imposibilidad para determinar “la autoridad administrativa”, indicando posteriormente que dicha circunstancia restringe de manera injusta la libertad económica.

Al respecto es necesario advertir que acorde con lo expuesto en párrafos precedentes es claro que en todos los casos se entiende por

autoridad administrativa a las alcaldías municipales y distritales, razón que resulta suficiente para desvirtuar el alcance de dicha afirmación.

III. ANALISIS DEL ARTICULO 162 DE LA LEY 23 DE 1982

1. Texto de la norma:

Artículo 162. El Ministerio de Comunicaciones no permitirá a los organismos de radiodifusión que utilicen en sus emisiones obras científicas, literarias o artísticas, y producciones artísticas que no hayan sido previamente y expresamente autorizadas por sus titulares o sus representantes.

2. Fundamentos de la demanda

Nos permitimos resumir los argumentos expuestos por el accionante, de la siguiente manera:

- “...una estación radial es un establecimiento Comercial de los definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, obligada al pago de derechos de Autor por la Ley 232 de 1995, porque ella esta ejecutando públicamente obras musicales en cumplimiento del objeto comercial del Organismo de Radiodifusión al que pertenece.”

- “La existencia del artículo 162 de la ley 23 de 1982, acusada en esta demanda, hace posible que por disposición del Ministerio de Comunicaciones exista una orden perentoria de ese ente administrativo, para que las estaciones radiales y de televisión, cancelen antes del 15 de marzo los derechos de autor a Sayco y Acinpro,..”

- Tal exigencia hace que los organismos de radiodifusión no puedan ejercer libremente su actividad económica que lleva implícita la ejecución pública de obras musicales en muchos de sus programas, porque a pesar que sus establecimientos comerciales están sujetos a lo descrito en el literal C de la Ley 232 de 1995; **la presión que ejerce el Ministerio de Comunicaciones para el cumplimiento de la norma acusada, hace imposible acogerse a**

⁷ Artículo 315 de la Constitución Nacional

la ley que los regula directamente como establecimientos de comercio que son.

3. Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor

Prevalencia de la ley especial

Manifiesta el demandante que “una estación radial es un establecimiento comercial de los definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, obligada al pago de derechos de autor por la Ley 232 de 1995, porque ella esta ejecutando públicamente obras musicales en cumplimiento del objeto comercial del organismo de radiodifusión al que pertenece.”

Al parecer, es suficiente para el accionante concebir que las condiciones de funcionamiento para los establecimientos de comercio atienden a requisitos idénticos sin importar su función, especialidad o servicio que presten. Es así como, apela a la norma general expuesta en la Ley 232 de 1995, para indicar que los alcaldes, de manera exclusiva, deberán actuar contra quien no obtenga la previa y expresa autorización necesaria al momento de ejecutar públicamente obras musicales.

Sin embargo, pasa por alto que los organismos de radiodifusión efectúan una especial forma de comunicación pública de las obras musicales, identificada como emisión⁸. Así las cosas, de la misma manera que nuestro legislador ha subordinado su funcionamiento a ciertos requisitos establecidos conforme a su actividad, ha querido implementar un control diferente al de los demás establecimientos comerciales.⁹

Bajo este entendido, nuestro legislador ha procurado que la facultad para corroborar que los organismos de radiodifusión emitan obras con la correspondiente autorización previa y expresa de sus titulares, esté en cabeza del

⁸El artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 define emisión como: Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.

⁹ Es pertinente anotar que no podemos catalogar como establecimientos comerciales a todos los organismos de radiodifusión, por cuanto también existen organismos de radiodifusión que no persiguen fines empresariales. (Emisoras estatales, universitarias, comunitarias, etc.)

Ministerio de Comunicaciones, descartando que los alcaldes puedan ejercer dicha atribución.

De esta manera, el contenido del artículo demandado se ajusta al mandato consagrado por el artículo 75 de la Constitución Nacional, al tenor del cual el Estado deberá intervenir en el uso del espectro electromagnético a fin de evitar las prácticas monopolísticas. Siendo así las cosas, se han implementado diferentes instrumentos a través de los cuales se regulariza el uso de este espacio, de manera que el Ministerio de Comunicaciones, una vez ha verificado el cumplimiento de ciertos requisitos, concede a favor del usuario una concesión que le permite hacer uso del espectro electromagnético. Entre estos requisitos se cuenta la autorización expedida por el titular de los derechos patrimoniales de obras literarias y artísticas.

*Así las cosas, cuando el artículo 162 de la Ley 23 de 1982 señala al Ministerio de Comunicaciones como la entidad facultada para no permitir la **emisión** de obras musicales sin la autorización de su titular o representante, se está implementando una norma de carácter especial en los términos del artículo 5 de la Ley 57 de 1987. Endentemos que es especial por cuanto se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a los organismos de radiodifusión y atiende a una forma de comunicación pública de obras musicales denominada emisión.*

Respecto de la prevalecida de la ley especial, la Corte Constitucional se ha manifestado en el siguiente sentido:

El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados

en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año¹⁰.

De otra parte, consideramos que los artículos 162 de la Ley 23 de 1982 y 2 de la Ley 232 de 1995 no son incompatibles, es más, podrían entenderse complementarios siempre que se aplique este último cuando se trate de establecimientos comerciales que no ostenten la categoría de organismo de radiodifusión.

Así las cosas, se tiene que el artículo 162 de la Ley 23 de 1982 no contradice ninguna norma constitucional, pues tal como lo hemos señalado

es una norma de carácter especial que complementa el contenido de la Ley 232 de 1995.

IV. PETICIONES

De acuerdo con las anteriores consideraciones, respetuosamente esta Dirección se permite solicitar a la Honorable Corte Constitucional declare la exequibilidad de los artículos 54 de la Ley 44 de 1993, 160 y 162 de la Ley 23 de 1982.

¹⁰ Sentencia C-005/96, M.P. José Gregorio Hernández, 18 de enero de 1996.