



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA

DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

**APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS
PARA UNA PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO**

Compiladores

Elizabeth Roper Rosillo

Ricardo Bustamante Montero

DERECHO PRIVADO COLOMBIANO
APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS PARA UNA
PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO

Autores Coordinadores:

Elizabeth Roper Rosillo
Ricardo Bustamante Montero

Autores:

Víctor Amórtegui Molinares
Elizabeth Roper Rosillo
Rocío Vásquez Fruto
Jairo García Oñoro
Marlys Janeth Herazo Narváez
Ricardo Bustamante Montero

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área del Derecho.

Derecho privado colombiano : apuntes y reflexiones contemporáneas para una pedagogía prospectiva del derecho / Víctor Amórtegui Molinares ... [y otros seis] ; compiladores Elizabeth Ropero Rosillo, Ricardo Bustamante Montero -- Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2021.

151 p. ; ?? cm.

ISBN: 978-958-5512-71-9

1. Derecho privado colombiano contemporáneo -- Reflexiones. 2. Persona natural -- Estudio jurídico. 3. Persona jurídica -- Definición y estudio. 4. Derecho de familia -- Evolución y constitucionalización. 5. Derecho de familia -- Postconflicto. 6. Derechos de autor -- Protección. 7. Propiedad industrial -- Protección. -- Corporación Universitaria

Americana. I. Amórtegui Molinares, Víctor Raúl. II. Ropero Rosillo, Elizabeth. III. Vásquez Fruto, Rocío. IV. García Oñoro, Jairo. V. Herazo Narváez, Marlys Janeth. VI. Bustamante Montero, Ricardo. Comp. I. Ropero Rosillo, Elizabeth, Bustamante Montero, Ricardo.

346 D431 2021 cd 21 ed.

Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5512-71-9

DERECHO PRIVADO COLOMBIANO: APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS PARA UNA PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO

Autores Coordinadores:

©Elizabeth Ropero Rosillo, ©Ricardo Bustamante Montero

Autores:

© Víctor Amórtegui Molinares, © Elizabeth Ropero Rosillo, ©Rocío Vásquez Fruto, ©Jairo García Oñoro

© Marlys Janeth Herazo Narváez, © Ricardo Bustamante Montero

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

Director Sello Editorial

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González

1a edición: 2019-12-12

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

- 6** Prólogo
- 9** Introducción
- 12** DE LA PERSONA NATURAL Y SU EXISTENCIA
Víctor Amórtegui Molinares
- 22** DE LA PERSONA JURÍDICA
Elizabeth Roper Rosillo
- 46** LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y EL DERECHO DE FAMILIA EN
TIEMPOS DE POSCONFLICTO EN COLOMBIA
Rocío Vásquez Fruto & Jairo García Oñoro
- 65** PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LA ERA DE LA
INFORMACIÓN
Marlys Janeth Herazo Narváez
- 97** LA PROPIEDAD INDUSTRIAL
Elizabeth Roper Rosillo
- 128** APUNTES DE LA GLOBALIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA
Ricardo Bustamante Montero

La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana presenta una colección de textos pedagógicos que buscan fortalecer los procesos de formación de los estudiantes de derecho, a través de una reflexión sobre los principales temas de cada una de las áreas del derecho, con una mirada prospectiva desde lo pedagógico.

Los ejes estratégicos sobre los que descansa la acción de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, responden a una lectura integral, interdisciplinaria y actual del derecho y de sus retos y necesidades. Desde el eje estratégico de derechos humanos, se busca poner al derecho en función de un garante del reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos. El derecho, en su más amplia denominación, se concreta en la garantía de los derechos humanos. Esto a su vez, fortalece la democracia y consolida la acción del individuo, en el contexto de vivir en sociedad.

Este eje estratégico implica que, el proceso pedagógico del derecho se dirija a la promoción, al ejercicio y a la acción en perspectiva de derechos humanos, esto es, que la dimensión de cada derecho se concrete en acciones que superan la mirada tradicional de las áreas del derecho o de las divisiones entre derecho procesal y derecho sustantivo, o el derecho público y el derecho privado.

La forma en que se materializa este eje estratégico es la de analizar el contenido y alcance de cada derecho, para entender cómo se hará exigible desde las políticas públicas o la acción del gobierno, o en caso de que se vulneren, cómo será su respectiva judicialización. Esta lectura enriquece los derechos humanos y fortalece el rol del ciudadano, en la medida en que recupera la dimensión del ejercicio de los derechos humanos, como titular de los mismos. Un valor agregado de esta mirada es la focalización hacia las acciones afirmativas para la protección de los sujetos de especial atención constitucional, como los niños y niñas, los jóvenes, las mujeres, la comunidad LGBTI, las personas en condición de discapacidad, las comunidades étnicas, las personas mayores, entre otros.

Un segundo eje estratégico es la paz y la convivencia ciudadana. Esta dimensión se fundamenta en la acción, en la concreción y en el sentido del derecho en la práctica. Los abogados egresados de la Corporación Universitaria Americana son agentes de paz y de convivencia ciudadana, saben resolver los conflictos y hacen uso del derecho para promover la convivencia pacífica. Un ciudadano con formación jurídica es el aliado para establecer en el entorno la dimensión ética, cívica, justa y solidaria que se requiere para que la convivencia sea pacífica. El conflicto no desaparece, precisamente porque está asociado a la condición humana que interactúa. Pero lejos

de desconocerlo, los abogados americanistas, están en capacidad de identificarlos y, de esta forma, pueden promover la alternativa más pacífica para su solución.

El derecho debe ofrecer esa dimensión de acción que se concrete en la vida cotidiana y que el medio litigioso sea una alternativa, no la única. Por eso, la necesidad de promover la competencia de identificar los problemas, los actores que entran en ese proceso de solución y, así, la mejor forma de resolverlo, entendido por mejor, la forma más pacífica que materialice la acción ciudadana de los involucrados, es decir, la ejecución de actos realizados por actores relevantes que conocen sus derechos, sus obligaciones y plantean escenarios en los que se puedan beneficiar todas las partes involucradas.

El tercer eje estratégico es la transformación social. El entorno de nuestra comunidad educativa, representada en mayor medida por sus estudiantes y luego, egresados, debe transformarse, a medida que los estudiantes avanzan en su proceso de formación y aprendizaje del derecho. El derecho, como ciencia social aplicada, debe modificar el entorno. Su transformación no es aspiracional, desde las diferentes funciones sustantivas de la educación superior, esto es, la docencia, la investigación y la proyección social, se materializan acciones transformadoras.

El ejercicio del derecho, desde su proceso pedagógico, transforma los entornos. Esa apuesta estratégica se fortalece con las discusiones que se hacen desde las aulas, los proyectos de investigación que se realizan y, sobre todo, de las acciones resultantes de la proyección social, como son, la gestión del Consultorio Jurídico y el Voluntariado Social, en el que participa la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, en conjunto con la dirección de Proyección Social.

Estas apuestas estratégicas se aterrizan en la planeación de la formación superior, en cada uno de sus funciones. Desde la docencia se actualizan de forma permanente los syllabus para incorporar nuevos debates, actualizaciones o posiciones jurídicas de los altos tribunales o del derecho internacional o comparado que lo retroalimentan. De la investigación, los grupos de investigación están dirigidos a hacer investigación aplicada que permita una lectura real de las problemáticas, de cara a resolver de forma puntual, así como generalizada, para el tipo de muestra o universo que se aborde, respectivamente. Y desde la proyección social se conocen esas nuevas problemáticas, esos nuevos roles del ciudadano y del sujeto de derechos, para ser abordado desde diferentes ópticas del derecho.

Los abogados de la segunda década del Siglo 21, son o serán diferentes a los abogados de la tercera década del mismo siglo. El derecho evoluciona, las categorías para

interpretarlo también, por lo que esta serie busca traer los debates más álgidos e importantes para fortalecer el proceso pedagógico de cada una de las asignaturas que hacen parte del plan de estudios del pregrado en Derecho, de forma prospectiva.

Esta serie busca fortalecer el contenido agrupado por debates relacionados con un área disciplinar, con una visión holística, ciudadana, pragmática y prospectiva que permitirá cualificar el proceso pedagógico de los abogados de la Corporación Universitaria Americana.

La serie estará conformada por seis textos: derecho privado, derecho penal, derecho procesal, derecho público y derecho laboral. Se complementará con algunas reflexiones sobre cada uno de los ejes estratégicos mencionados, y el enfoque desde las humanidades. Esperamos que esta colección sea útil para todos nuestros estudiantes y docentes, y en general, para toda la comunidad que busca graduarse como abogado.

Mireya Camacho Celis

Decana Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
Corporación Universitaria Americana.

El derecho civil y el derecho comercial forman lo que tradicionalmente se denomina derecho privado; entre ambas ramas lejos de una completa separación encontramos que existen una serie de normas y conceptos comunes, remitiéndose muchas veces el derecho comercial a las normas y principios generales del derecho privado. Ello es particularmente cierto en fundamentos tales como las obligaciones, la teoría del acto jurídico o el incumplimiento contractual, de allí que, aunque parte de la doctrina exprese la necesidad de una marcada división nos encontremos con una afinidad que subsiste aún frente a una codificación separada.

Aunque los asuntos en materia comercial sean relativamente más flexibles y cambiantes que los de naturaleza civil, lo cierto es que el derecho privado colombiano ha evolucionado y se ha adaptado a una serie de fenómenos tales como su constitucionalización y en cierto grado, una actualización a nivel internacional. Cada cierto tiempo se discute la necesidad de reformar o unificar el derecho civil y el mercantil, con miras a lograr coherencia y armonía entre las actuales disposiciones y las necesidades y retos propios del presente siglo.

En algunos casos aún es necesario actualizar y transformar las instituciones existentes, en otros, ya se ha dado la modernización requerida producto de las tendencias del contexto internacional dentro del que se enmarca y con el cual interactúa el derecho privado colombiano. El presente libro pretende a través de 6 capítulos desarrollar diversos temas desde estas perspectivas, algunos de ellos explicando instituciones que atienden a las actuales necesidades del derecho a través de su modernización, otras que han sido adaptadas a la realidad sin modificar su esencia, y algunas que aún suponen un reto para el derecho privado colombiano contemporáneo.

El capítulo 1 – De la persona natural, su existencia, de Víctor Amórtegui Molinares hace una aproximación al concepto de persona, abordándolo desde el establecimiento mismo de la noción y resumiendo las reiteradas discusiones suscitadas acerca del momento en que el ser humano debe ser considerado como tal en el sentido jurídico. En tanto que en el derecho colombiano no ha existido claridad en cuanto al fenómeno de la existencia de la persona natural, el autor describe las tensiones normativas en torno a la determinación de esa figura jurídica de particular relevancia. Así entonces, el análisis de las normas legales y los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, evidencian dichas tensiones normativas sin desconocer que en esencia se entiende a la persona como titular de derechos u obligaciones.

El capítulo 2 – De la persona jurídica, de Elizabeth Roper Rosillo desarrolla el concepto de persona, ente capaz de ser sujeto de derechos y contraer obligaciones, deteniéndose desde luego en la ficción jurídica de la persona moral o jurídica

fundamentalmente distinta de la natural por tratarse de un ente con una finalidad específica dictada desde su creación. El capítulo les describe y clasifica desde varias perspectivas teniendo en cuenta su nacimiento, funcionamiento, características y extinción. Sostiene que es precisamente el reconocimiento de la capacidad para ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representadas judicial y extrajudicialmente el que evidencia la necesidad de su protección, así como el innegable valor que tiene para el sistema económico la constitución de estas personas. Así mismo, y como consecuencia de su naturaleza abstracta pueden llegar a utilizarse estas figuras como mecanismo para aprovechar el régimen de limitación de riesgo por medio de conductas reprochables, lo cual contraviene su propósito inicial.

El capítulo 3 – La constitucionalización y el Derecho de Familia en tiempos de posconflicto en Colombia, de Rocío Vásquez Fruto y Jairo García Oñoro evidencia el proceso de constitucionalización, entendido no únicamente como la supremacía de la Carta Política sino como la primacía de los Derechos Humanos, tesis defendida y respaldada desde el constitucionalismo moderno la cual goza de especial aceptación, y que da como resultado un enfoque novedoso incluso a conflictos considerados tradicionalmente como de la esfera privada de los individuos respecto de los cuales el Estado limitaba su intervención. En lo concerniente a la constitucionalización del derecho de familia se da lo que los autores plantean como una supervaloración de la dignidad humana demostrando una unión muy fuerte y una relación de doble vía entre dignidad humana y derechos humanos. El capítulo a su vez describe de manera detallada la transformación de la familia, los cambios que ha experimentado, así como las características propias de cada etapa y los desafíos actuales.

El capítulo 4 – Protección de los derechos de autor en la era de la información, de Marlys Janeth Herazo Narváez, explica el concepto de derecho de autor y sus diferencias frente a las demás formas de propiedad intelectual, partiendo de que la obra no es concebida únicamente desde las posibilidades de explotación económica sino fundamentalmente como una creación del espíritu, reflejo de la personalidad de su autor. El capítulo plantea los retos que han surgido para el derecho de autor en el entorno digital, afirmando que la propiedad intelectual no es ya simplemente un mecanismo para proporcionar incentivos y beneficios a los investigadores y creadores, sino un instrumento que fomenta la inversión y protege los recursos de los inversores. Además, desarrolla con detenimiento el cuerpo normativo vigente, clasificando y exponiendo las obras objeto de protección, los derechos morales y patrimoniales, y las limitaciones y excepciones de los derechos de autor, aclarando que la finalidad de la norma no es enunciar taxativamente formas de explotación o fijación de la obra, sino que su interpretación se debe adaptar a la realidad y posibilidades surgidas como consecuencia de las nuevas tecnologías.

El capítulo 5 – La propiedad industrial, de Elizabeth Roper Rosillo sostiene que una de las áreas del Derecho Comercial que más preocupación e interés genera es la propiedad industrial por sus implicaciones económicas, jurídicas y sociales relacionándose estrechamente con el fenómeno de la globalización. La protección otorgada a estos bienes inmateriales enfrenta nuevos retos por el surgimiento de nuevas tecnologías y las novedosas plataformas, sistemas y modos de explotación que ellas ofrecen, en ocasiones poniendo en riesgo los derechos derivados de su titularidad, tal como sucede con el derecho de autor. En efecto, la propiedad industrial se clasifica con el derecho de autor en la llamada propiedad intelectual, disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales surgidas del esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. Dentro de esta disciplina, la propiedad industrial se ocupa de los derechos exclusivos y temporales que el Estado concede para usar y explotar económicamente invenciones o innovaciones aplicables a la industria y el comercio, de allí que, aunque su titularidad no está reservada exclusivamente a los comerciantes, por su naturaleza es a ellos a quienes está destinada primordialmente la protección. El comerciante utiliza entonces los signos distintivos y creaciones industriales –detallados en el presente capítulo– en sus procesos de producción aprovechando eficientemente sus recursos mediante el monopolio de explotación que se le otorga a través de los registros pertinentes, resultado de una regulación más exigente que la del derecho de autor.

El capítulo 6 – Apuntes de la globalización en América Latina, de Ricardo Bustamante Montero, explica minuciosamente el paulatino proceso de globalización que ha experimentado el subcontinente fruto de una serie de reformas, principalmente económicas, políticas y jurídicas, tomando el autor como punto de partida el contexto global de la finalización de la guerra fría. Reseña entonces entre otros, los procesos de reformas económicas que han impactado la región y señala como facilitadores del proceso latinoamericano de globalización a los vertiginosos avances tecnológicos y científicos, anteriormente inimaginables, los cuales permitieron acortar distancias en los intercambios económicos. Sin embargo, sostiene que, pese a estas grandes transformaciones, ninguno de los modelos de desarrollo y de Estado implementados en la región han logrado superar significativamente la marcada desigualdad social que es característica de toda la región, por lo que la brecha social y económica entre las grandes potencias y Latinoamérica lejos de reducirse, se ha incrementado.

Compiladores: Elizabeth Roper Rosillo y Ricardo Bustamante Montero

DE LA PERSONA NATURAL Y SU EXISTENCIA*

Víctor Amórtégui Molinares**

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación DeJhus y Law and Sciences

** Abogado de la Universidad del Atlántico, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Especialista en Responsabilidad y Seguros y Magister en Derecho del Comercio de la Universidad del Norte. Docente Medio Tiempo, correo: vamortegui@coruniamericana.edu.co

RESUMEN

La existencia de la persona natural ha sido un tema de abundante debate en la historia del derecho privado, en nuestro sistema jurídico la interpretación tradicional ha fundado el criterio genérico de que la persona existe desde el momento del nacimiento, siendo una falacia argumentativa por cuanto no puede establecerse esta verdad sin entrar a analizar todos los supuestos demarcados en las normas jurídicas, entrándose a determinar la existencia de tensiones normativas frente este tópico, que se resuelven con un análisis dogmático de los derechos reconocidos en cabeza de los concebidos.

Palabras claves: *Persona natural, persona física, concepto de persona, sujeto de derechos*

1. CONCEPTO DE PERSONA

La persona es el elemento central del derecho, pues es la persona el centro del mundo jurídico, sin persona no hablamos de derecho, esto si persona en sociedad, ahora referirnos a persona no necesariamente es hablar de ser humano, ontológicamente referirnos a persona, no implica referirnos al hombre.

Históricamente no todos los hombres en el derecho positivo han tenido la condición de persona, y en la actualidad no solo el hombre es persona, pues existen las personas jurídicas como creaciones del derecho, y que son entes distintos al hombre dotados de personalidad.

Ahora bien, los esclavos nunca dejaron de ser personas. Sólo se limitó, en diversa medida según las diversas épocas históricas, su capacidad de ejercicio. Nunca dejaron de ser seres ontológicamente libres y capaces y, por consiguiente, aptos para gozar de todos sus derechos naturales, aunque la ley o la costumbre restringieran su capacidad de ejercicio (Fernández Sessarego, 2001).

No existen antecedentes claros que permitan dilucidar el origen etimológico del término persona. La opinión más difundida, y la más invocada por los civilistas, es la que lo vincula al vocablo latino personare, con el cual se denominaba la máscara utilizada por los actores en el teatro para conseguir una mayor resonancia de su voz. Con un significado similar, algunos lexicógrafos relacionan la palabra con ciertos términos griegos que, según sostienen, se traducirían por rostro o máscara (De Castro y Bravo, 1984).

En el contexto jurídico, el concepto de persona difiere de la definición etimológica, estando estrechamente ligado a la titularidad de derechos y a la existencia de relaciones jurídicas; cuando un ser ostenta la titularidad de un derecho, es claro que tiene la condición de persona.

PERSONA= TITULAR DE DERECHOS

“Persona” es el sujeto de derecho. Sujeto de derecho, bien lo sabemos, es el ente al cual el ordenamiento jurídico positivo de cada país le atribuye “situaciones jurídicas subjetivas”, vale decir, un plexo de derechos subjetivos y de deberes (Fernández Sessarego, 2001).

Refiriéndonos al sujeto de derechos concretamente cuando la persona se sitúa en una relación jurídica, esto en el ámbito del derecho patrimonial, puede darse ya

sea en relación con derechos reales o derechos de crédito, a la luz de lo indicado en los artículos 665¹ y 666² del Código Civil Colombiano.

Respecto los derechos de crédito tenemos la existencia de un sujeto activo denominado acreedor, y un sujeto pasivo denominado deudor, siendo ambos sujetos determinados o determinables; en relación con los derechos reales el sujeto activo es el titular respectivo del derecho real, bien sea dueño o propietario en el dominio, heredero en la herencia, usufructuario en el usufructo, en fin; el sujeto pasivo es indeterminado en todos los derechos reales, puesto que la colectividad tiene el deber de respetar el derecho real que ostenta el titular, y el Estado es garante de estos derechos instituyendo acciones reales para su protección, o utilizando otros mecanismos como la tipificación de conductas punibles para salvaguardarlos.

Figura 1
Los derechos de crédito



Fuente: Elaboración propia

2. TENSIONES EXISTENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO SOBRE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA.

En el derecho colombiano no se ha abordado con claridad el fenómeno de la existencia de la persona natural, existiendo tensiones normativas en cuanto a la determinación de esa figura jurídica que tanta relevancia tiene en nuestro medio.

El código civil colombiano establece que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, extrínseco o condición, luego indica en su artículo 90 que la existencia legal de toda persona principia al nacer esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre

¹ Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin aspecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda* y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

² Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

En contraste con la disposición normativa anterior, el código civil en el artículo 90 enuncia que la ley protege la vida del que está por nacer; al mismo tiempo el artículo 93 hace alusión a los derechos diferidos de la criatura que está en el vientre materno, condicionando el reconocimiento de esos derechos al hecho del nacimiento.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 4), norma que hace parte integrante del derecho interno por el bloque de constitucionalidad.

Por su parte, la Ley de Infancia y Adolescencia reconocer en su artículo 111 que la mujer grávida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad.

El código general del proceso dispone que el concebido podrá ser parte procesal, para la defensa de sus derechos (art. 53 CGP).

La Corte Constitucional, por un lado siguiendo los planteamientos de la tradición civilista ha reiterado que la determinación de la existencia de la persona corresponde a la ley, y ha dado a entender que el nasciturus no ostenta la condición de persona (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 1995), y que la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida que es considerada como valor que no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida (Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 2016).

En otros pronunciamientos ha establecido la Corte Constitucional que el nasciturus es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana; señalando que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales; la Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. (Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998 y Sentencia T-179 de 1993).

El análisis de las normas legales y los pronunciamientos jurisprudenciales de

la Corte Constitucional, permiten avizorar la presencia de tensiones normativas referentes a la existencia de la persona, entendiendo la persona como, como titular de derechos u obligaciones.

Si bien se indica por parte del código civil que la existencia legal de la persona principia al nacer; encontramos disposiciones normativas que reconocen derechos en cabeza del concebido; entrando en contraposición estos dos postulados normativos.

2.1. Antecedentes de la determinación de la existencia de la persona.

Desde el establecimiento de la noción de persona, se han presentado opiniones y conceptos divergentes respecto el momento en que el ser humano debe ser considerado como tal en el sentido jurídico.

En Roma, según la teoría savigniana, Juliano estaba en desacuerdo con Papiniano y Ulpiano. Unos textos reputaban al concebido como ya nacido, lo asimilaba al infante (Andorno, 1989); otros por su parte indicaban que el concebido era parte integrante de la madre mientras no estuviese completamente separado de esta, en este sentido Ulpiano señalaba que “todo lo que está en el vientre antes que nazca, es parte de la madre o de sus entrañas” (Ulpiano (Digesto 25, 4,1,1).

En el Derecho germánico, en una primera etapa, para la adquisición de la capacidad jurídica, aparte del nacimiento, se requería el acogimiento del niño en el seno de su familia (Correa, 1990), es decir ya no solo era el nacimiento, sino que además debía ser acogido en una familia para ser considerado persona.

Con el advenimiento de la Edad Media se implementaron más requisitos para reconocer el estatus de persona; el Fuero Real exigía diez días de supervivencia de la criatura y el bautismo de esta. El Fuero Juzgo, solo el bautismo. Las Siete Partidas, en cambio, requerían que la criatura además tuviese forma humana. Finalmente, la Ley N.º 13 de Toro exigía nacer vivo, sobrevivir al menos veinticuatro horas y ser bautizado (Morales Zúñiga, 2018).

En la modernidad el código Napoleónico como referente de las codificaciones del derecho continental y de Latinoamérica, no se describió la problemática de la existencia de la persona en forma directa, si no se refirió a este hecho junto con la viabilidad como requisito para suceder (art.725.2); exigencias que por vía de interpretación se extendieron a otras situaciones; consagrándose la teoría de la viabilidad, que exige en el recién nacido una aptitud para mantener la vida (Correa, 1990).

El Código de Andrés Bello (Chile 1855), pionero y fundante de los códigos decimonónicos, el cual se incorporó de forma casi completa en Ecuador 1858, El Salvador 1859, Nicaragua 1867, Honduras 1880 hasta 1899 y, nuevamente, desde 1906; Colombia 1887 y Panamá 1903 a 1916, (Bravo Lira, 1982), estableció el nacimiento como regla para existir legalmente como persona, indicando al mismo tiempo la protección de la vida del concebido y la configuración de derechos en cabeza de este, condicionados al hecho del nacimiento.

En este mismo cuerpo normativo, encontramos que, en materia sucesoria, se estableció como requisito de la capacidad hereditaria la existencia natural al tiempo de abrirse la sucesión (Código Civil, Art. 1019), implicando este concepto el estar concebido al tiempo en que inicia el derecho real de herencia; en aplicación de la regla de los derechos diferidos del que está por nacer (Código Civil. Art. 93).

Por su parte Augusto Teixeira de Freitas y posteriormente Dalmacio Vélez Sarsfield establecieron que el comienzo de la existencia de la persona desde el momento mismo de la concepción en el seno materno, regla que apareció en el Esbozo de un Código Civil para o Brasil y en el Código Civil Argentino.

Demuestra lo anterior que en la redacción del código de bello se presentan divergencias para determinar de forma clara la existencia de la persona.

La corriente doctrinal con mayor reconocimiento en el Derecho Civil Colombiano encabezada por Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, parte del supuesto de no reconocer el estatus de persona en el nasciturus, pues el hecho jurídico del nacimiento determina la condición de persona; expresan que el reconocimiento de la personalidad del nasciturus puede darse a través de la ficción o como una excepción a la regla del nacimiento (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2016).

2.2. Teorías que justifican la existencia de la persona.

El estatus de nasciturus o concebido ha sido explicado por diversas teorías, destacándose en orden; la teoría de la portio muliers, esta posición surge del derecho romano, en la cual el concebido era considerado como un órgano, parte o porción de la madre (Villafuerte Philippsborn, 2012), justificándose de esta el razonamiento de determinación del nacimiento como elemento determinante de la personalidad.

En otra perspectiva de análisis la teoría de la ficción de Friedrich Karl Von Savigny, que somete al concebido a una condición suspensiva, pues se le reputa nacido siempre y cuando nazca vivo (Delgado Schneider 2007), parte de la base de

que el nasciturus no es un ser humano, no tiene existencia propia, es tan sólo una víscera o porción de la madre; pero se finge que existe para solucionar un elenco acotado de problemas prácticos, básicamente de tipo hereditario (Henríquez Herrera, 2006).

Otro enfoque de análisis lo encontramos en la teoría de la paridad, que establece que la personalidad del concebido se tiene por cierta, y se le reputa nacido para todo lo que le favorezca; la equiparación es general, siempre y cuando se trate del bien del nasciturus, no requiere texto expreso, puesto que constituye un principio general (Henríquez Herrera, 2006).

Algunos autores, para explicar la protección brindada al que está por nacer, manifiestan que deben distinguirse en este caso dos conceptos de personalidad y capacidad, de manera que, aunque no sea posible reconocer en el feto una persona, sí puede admitirse que goza de una capacidad, siquiera limitada y condicionada. Es el otorgamiento de esta capacidad provisoria, parcial o condicional, lo que permitiría al embrión adquirir derechos aun antes de su nacimiento (Correa, 1990).

La teoría de la personalidad del nasciturus reconoce en este la condición de persona, por cuanto en el mismo encontramos atribuidos una serie de derechos; FERNÁNDEZ SESSAREGO opina al respecto que la persona es el ser humano cuya conducta intersubjetiva está normativamente regulada, por lo que se constituye en un centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, es decir, de derechos y deberes (Fernández Sessarego, 2001).

De lo planteado en el marco teórico indicado, con fundamento en la dogmática jurídica haciendo un análisis exhaustivo de las categorías de persona y sujeto de derechos, solucionando a través de esta investigación las antinomias presentes en el derecho colombiano respecto de la existencia de la persona natural, se concluye que la existencia de la persona principia en la concepción.

A partir de la concepción se instauran una serie de derechos de diferente naturaleza en el ser humano, pudiendo incluso tener la aptitud para ser titular de derechos de naturaleza patrimonial (arts. 93 y 1019 del Código Civil), aunado a la existencia del derecho de acción para la protección de sus derechos subjetivos (art. 53 C.G.P)

Referencias

- Andorno, R. (1989). El Derecho a la Vida: ¿Cuándo Comienza? (A propósito de la fecundación “in vitro”). EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL, 131
- Bravo Lira, B. (1982). La difusión del código civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, [online] Vol. 7, pp.71-106. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126621>
- Correa T, H. (1990). Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, [online] XIII, pp.33-50. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/231/212>.
- Congreso de Colombia. (Abril 15 de 1887) Código Civil. [LEY 57 DE 1887]
- Congreso de Colombia. (Julio 12 de 2012) Código General del Proceso. [LEY 1564 DE 2012]
- Congreso de Colombia. (Noviembre 8 de 2006) Código de Infancia y adolescencia. [LEY 1098 DE 2006].
- Convención Americana de derechos humanos. (22 de noviembre de 1969)
- Corte Constitucional. (Mayo 7 de 1993) Sentencia T-179 de 1993 [MP ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO]
- Corte Constitucional. (Diciembre 7 de 1995) Sentencia C-591 de 1995 [MP JORGE ARANGO MEJÍA]
- Corte Constitucional. (Mayo 18 de 1998) Sentencia T-223 de 1998 [MP VLADIMIRO NARANJO MESA]
- Corte Constitucional. (junio 22 de 2016) Sentencia C-327 de 2016 [MP GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO].
- De Castro y Bravo, F. (1984). Derecho civil de España. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, reimp. Civitas.
- Delgado Schneider, V. (2007). El principio de la protección legal de la vida y la salud

- del nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello. *Revista De Derecho Privado*, (12-13), 95-108. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/560>.
- Fernández Sessarego, C. (1988). Tratamiento jurídico del concebido en el “Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. 1st ed. Lima: Cultural Cuzco, p.42.
- Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» para el Derecho? In *DERECHO PRIVADO. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres* (1st ed., pp. 289-333). Buenos Aires: Hammurabi.
- Gómez Tamayo, D. (2008). La Vida Como Fuente Primigenia de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://docplayer.es/69336894-La-vida-como-fuente-primigenia-de-los-derechos-humanos.html>.
- Henríquez Herrera, I. (2006). La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo infans conceptus pro iam nato habetur en el derecho civil chileno. *Revista De Derecho De La Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, 27, 87-113. Recuperado a partir de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/614/579>
- Lamm, E. (2015). El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial. [online] Recuperado a partir de: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-comienzo-de-lapersona-humana-en-el-codigo-civil-y-comercial-eleonora-lamm/> [Acceso 18 oct. 2018]
- Melo Correa, J. (2018). Análisis crítico de la legislación colombiana frente al concepto de persona. *Revista Lumen*, Núm. 11, 95-103. Recuperado a partir de http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen11/95_Melo%20Correa.pdf.
- Morales Zúñiga, H. (2018). El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas. *Revista Ius et Praxis*, (Año 24, N.º 1), pp.361 - 39.
- Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, Á. (2016). *DERECHO CIVIL Tomo I PARTE GENERAL Y PERSONAS*. 18th ed. Bogotá: Themis, p.352.
- Villafuerte Philippsborn, L. (2012). El concebido debe ser persona. *Fides Et Ratio*, 5, 55-66. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-081X2012000100006

DE LA PERSONA JURÍDICA*

Elizabeth Roper Rosillo **

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación Delhus y Law and Sciences

** Abogada de la Universidad Autónoma del Caribe. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Norte. Magíster en Derecho del Comercio y la Responsabilidad de la Universidad del Norte. Docente tiempo completo. Correo: eroper@coruniamericana.edu.co

RESUMEN

El concepto de persona abarca a todo ser capaz de ser sujeto de derechos y contraer obligaciones, a su vez, las personas se clasifican en naturales y jurídicas; las primeras también denominadas personas físicas son todos los individuos de la especie humana sin distingo de ningún tipo, mientras que las segundas a las que también se les ha llamado personas morales son entes ficticios con capacidad jurídica, es decir, con capacidad para ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representados judicial y extrajudicialmente, estas ficciones o creaciones jurídicas son objeto de protección y de estudio por la importancia que comportan para la vida en sociedad.

Palabras clave: *Persona jurídica, persona moral, ficción jurídica, personalidad jurídica.*

1. ASPECTOS GENERALES

El Título XXXVI del Libro Primero del Código Civil colombiano denominado De las Personas Jurídicas expresa en su artículo 633 que

“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.” (Código Civil, 1887, art. 633)

Según la anterior definición la persona jurídica es una ficción creada por el legislador, la que debe entenderse como un ente incorporal, etéreo, inmaterial al cual se le suministra o reconoce capacidad jurídica y poder de representación. Esta ficción no es más que una práctica jurídica cuya finalidad consiste en separar las autonomías patrimoniales de las personas constituyentes y el ente societario naciente, la mencionada separación de los socios con la sociedad no tenía la misma connotación en el derecho romano, siendo planteado inicialmente como un desarrollo práctico en el derecho medieval italiano (González Benjumea, 2016).

El concepto de persona abarca a todo ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones; la persona en sentido general y más exactamente, el de persona jurídica ha variado significativamente, no obstante, el ser una ficción jurídica con una finalidad específica dictada desde su creación ha sido un aspecto determinante que le diferencia de los seres humanos en cuanto a su nacimiento, funcionamiento, características y extinción.

Las personas se clasifican en naturales y jurídicas; las primeras también denominadas personas físicas son todos los individuos de la especie humana sin distinción de edad, sexo, estirpe o condición, las segundas a las que también se les llama personas morales son entes ficticios con capacidad jurídica, es decir, con capacidad para ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representados judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas pueden, así mismo, clasificarse en aquellas de derecho privado y las de derecho público, estas últimas nacen por voluntad del Estado mismo.

Las personas jurídicas civiles se caracterizan por no perseguir un lucro en dinero, es decir, no tienen ánimo de lucro, sus miembros no aportan capital ni trabajo para la explotación de un objeto social y posterior distribución de las utilidades. El objeto de estas personas está orientado al beneficio común con propósitos altruistas, al perfeccionamiento moral o intelectual de los asociados, a la defensa de sus derechos, entre otros.

Por su parte, las personas jurídicas mercantiles o las sociedades comerciales se caracterizan por su ánimo de lucro y por el propósito económico de distribuir las utilidades que se logren en el respectivo ejercicio entre los socios.

Sobre estas figuras, César Vivante (1932) expresó que:

Las sociedades mercantiles son personas jurídicas, es decir, organismos autónomos provistos de derechos patrimoniales. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles es una conquista del derecho medieval italiano. El derecho romano reguló los efectos del contrato social, pero no se formó el concepto general de un patrimonio social distinto del de los socios y administrado por todos o alguno de ellos.

Si bien en la vida romana ocurrió constituir contractualmente una caja social a fin de no liquidar de cuando en cuando las ganancias o pérdidas de cada negocio, aquella caja vino siempre considerada como copropiedad de los socios, contra la que los acreedores podían accionar como si fuese una porción del patrimonio del deudor (Vivante, 1932, p. 9-10)

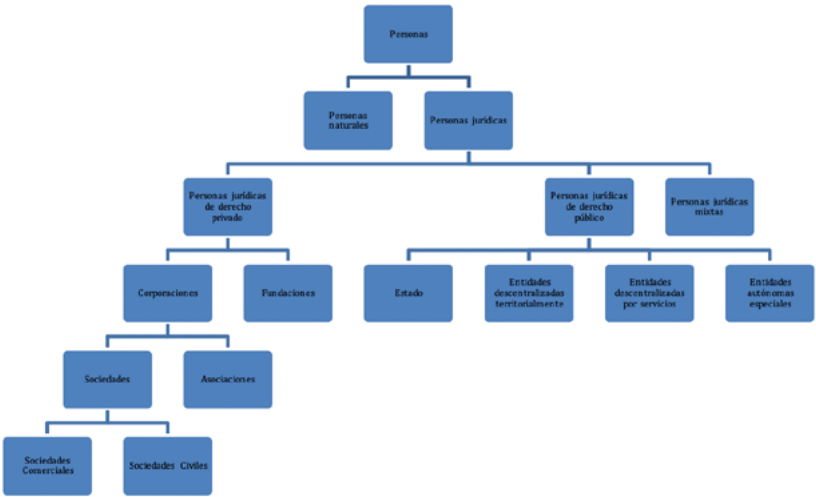
2. CLASIFICACIÓN

Podemos afirmar que de manera general las personas jurídicas se clasifican en personas jurídicas de derecho privado, personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas mixtas, puesto que cada una de ellas obedece a distintos propósitos y funciones, de allí el legislador determinara prudente establecer requisitos diferenciados para la constitución, funcionamiento y extinción para todas ellas.

2.1. Personas jurídicas de derecho privado

En esta primera clasificación encontramos aquellos entes que proceden de la iniciativa privada y que, por supuesto, han sido creadas con dineros de particulares, quienes tienen la posibilidad de crear personas jurídicas para la

Gráfico 1:
Clasificación de las personas.



Fuente: Elaboración propia basada en el Código Civil colombiano y la Ley 489 de 1998.

consecución de cualquier fin lícito. En tal sentido, la Constitución Nacional en su artículo 38 expresa que “se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” (Constitución Nacional de Colombia, 1991).

Las personas jurídicas privadas pueden ser creadas teniendo en cuenta dos perspectivas diferenciadas: aquellas que se crean para satisfacer intereses colectivos, propios o de terceros sin buscar la obtención de utilidades a las que se denomina sin ánimo de lucro reguladas en el Título XXXVI del libro I del Código Civil colombiano, y aquellas que se constituyen con el firme propósito de obtener ganancias, por lo que se les designa como entidades con ánimo de lucro y que son reglamentadas por el Código de Comercio colombiano .

Tabla 1.
Clasificación de personas jurídicas de derecho privado.

Clasificación de personas jurídicas de derecho privado	
Por su procedencia	Por su estructura
Nacionales	Corporaciones
Extranjeras	Fundaciones

Fuente: Elaboración propia basada en el Código Civil.

2.1.1. Entidades sin ánimo de lucro

Fundaciones: Estos entes surgen como consecuencia del derecho fundamental de asociación plasmado en los artículos 38 y 39 de la Constitución Nacional, a través de estas normas el Estado garantiza la libertad de las personas para reunirse y realizar actividades en común sin que ello comporte la búsqueda de un beneficio económico, no buscan entonces el reparto de las utilidades generadas entre los asociados, sino que tales entidades tienen como finalidad la de buscar acrecentar su propio patrimonio, para el cumplimiento de su objeto social.

Como personas jurídicas legalmente constituidas son entes distintos de las personas que las conforman, y al tener todos los atributos de la personalidad pueden ejercer derechos, contraer obligaciones, tener representación legal, judicial y extrajudicial, según las actividades a que se dediquen (Gaitán Sánchez, 2014).

Para Medina Pabón (2010) estas instituciones desarrollan sus actividades en pro de la comunidad utilizando para ello una serie de recursos a su alcance:

Tenemos, entonces, que las fundaciones se constituyen mediante la transferencia gratuita, incondicional e irrevocable de masas patrimoniales (por acto entre vivos o por causa de muerte) que han de ser destinadas a una actividad de beneficio general -beneficencia pública o servicio público- establecida por los fundadores a las que el Estado les reconoce el carácter de personas jurídicas. En las fundaciones se mira principalmente los recursos y su destino, por lo que los sujetos que crean la entidad, los administradores y los beneficiarios no tienen importancia real para la existencia de la persona jurídica y pueden morir, ser sustituidos o renunciar a sus ventajas sin que por ello se afecte la vigencia de la fundación.

Como lo hacen notar los tratadistas, una fundación cumple una función exógena, es decir, hacia el exterior de la misma. Siendo una masa patrimonial (*universitas rerum*) al servicio de terceros y sin directos titulares del patrimonio, durará tanto como duren sus recursos (Medina Pabón, 2010, p. 541).

Las fundaciones tienen entonces una destinación del capital por parte del fundador para la búsqueda de un interés general, de allí que las mismas existan con independencia de las personas naturales dado que no necesariamente las fundaciones serán dirigidas por quienes las crearon,

y a su vez, los beneficios que se produzcan en desarrollo de la actividad pertenecen a personas indeterminadas, es decir, los eventuales beneficiarios, quienes indudablemente serán distintos de los administradores de la entidad (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011).

Corporaciones civiles: Para Angarita (2005) se trata de una entidad conformada por individuos que vinculan un capital para la obtención de una finalidad determinada. En los casos en que el capital está destinado a que las utilidades sean repartidas entre los asociados se le denomina sociedad, a su vez, si se trata de sociedades que realizan actos de comercio de conformidad con el artículo 20 del Código de Comercio serán sociedades comerciales, de lo contrario, serán sociedades civiles. A su vez, cuando el capital de la corporación se destina a la obtención de fines científicos, de beneficencia, o que no se reparta el rédito obtenido, se le denomina asociación (Angarita Gómez, 2005).

Las corporaciones determinan en sus estatutos un objeto determinado que, por supuesto, no puede ser el de obtener un lucro económico y en cuanto a su duración, la misma estará determinada por la existencia de sus miembros, sin que obste la posibilidad de que unos puedan ser sustituidos por otros con lo que no necesariamente están llamadas a desaparecer. A modo de ejemplo, pueden citarse los clubes sociales o deportivos, las asociaciones de padres de familia, las cajas de compensación familiar, las cámaras de comercio, las copropiedades inmobiliarias, las entidades gremiales, los sindicatos de trabajadores, y las asociaciones o agremiaciones de profesionales; así mismo, tanto la ley –en el artículo 633 del Código Civil– como la doctrina admiten la posibilidad de que estas desarrollen algún beneficio general, en cuyo caso tendrá características de fundación.

2.1.2. Entidades con ánimo de lucro

Sostienen Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2011) que la división de las corporaciones en empresas con ánimo de lucro para repartirse entre los asociados, es decir, sociedades, y en instituciones que no persiguen primordialmente el lucro o que lo hacen con fines de beneficio general, se convierte en una clasificación fundamental de la legislación nacional, la que a su vez se encuentra a la par de las actuales orientaciones del derecho civil comparado. Afirman que sólo las sociedades están reguladas en su totalidad por el derecho privado en lo relativo a su creación, funcionamiento y extinción (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011).

La existencia de este tipo de personas jurídicas y la consecución de sus fines económicos dentro de los límites de la legalidad encuentra a su vez sustento en lo dispuesto por la Constitución Nacional en su artículo 333 cuando establece que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Constitución Nacional de Colombia, 1991, p. 333).

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995 la clasificación de las sociedades en civiles o comerciales solía depender más de un criterio subjetivo frente a los propósitos de la entidad que a la realidad, lo que solía provenir a su vez de aspectos relacionados con ventajas tributarias. Con la expedición de la norma en mención se eliminó el régimen diferenciado de la sociedad civil que hoy en día se encuentra derogado (art. 2079 del Código Civil), estableciendo que todas las sociedades se encuentran sometidas al régimen mercantil tal como se dispone actualmente:

Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil (Ley 222 de 1995, p. 100).

Al respecto, Reyes Villamizar (2016) explica que el sistema jurídico colombiano contempla un tratamiento homogéneo para las sociedades civiles y comerciales, por lo que para determinar el sistema jurídico aplicable a una

sociedad resulta irrelevante la actividad de explotación económica de su objeto social. En efecto, a pesar de que la norma colombiana no adopta un criterio de mercantilidad formal a la hora de definir las sociedades, sí permite que exista un régimen legal homogéneo aunque las sociedades civiles siguen funcionando como especies de compañías (Reyes Villamizar, 2016).

Clasificación de las sociedades comerciales

Tabla 2.

Características principales de sociedades comerciales.

Características principales de sociedades comerciales				
Sociedad	Razón social	Socios	Utilidades	Responsabilidad
Colectiva	Nombre completo o apellido seguido de "& Cía."	2 o más sin límite máximo	En proporción a la parte pagada del valor nominal de cada asociado	Solidaria e ilimitadamente, es subsidiaria porque debe requerirse a la sociedad
Sociedad en Comandita Simple	Nombre completo o apellido seguido de "& Cía." seguida de "S. en C."	1 o más socios 1 o más socios comanditarios	Entre gestores y comanditarios en la forma estipulada en los estatutos	Solidaria e ilimitadamente para los gestores, limitada a los aportes para los comanditarios
Sociedad en Comandita por Acciones	Nombre completo o apellido seguido de "& Cía." seguida de "SCA"	1 o más socios gestores 5 o más socios comanditarios	Entre gestores y comanditarios en la forma estipulada en los estatutos	Solidaria e ilimitadamente para los gestores, limitada a los aportes para los comanditarios
Sociedad de Responsabilidad Limitada	Denominación social seguida de "Ltda."	2 o más sin exceder de 25	En proporción a las cuotas de los socios se reparte el remanente de las utilidades líquidas	Responden hasta el monto de sus aportes
Sociedad Anónima	Denominación social seguida de "S.A."	5 o más sin límite máximo	En proporción a los balances de fin de ejercicio	Responden hasta el monto de sus aportes
Sociedad por Acciones Simplificada	Denominación social seguida de "SAS"	1 o más sin límite máximo	Entre los socios una vez se pagan todas las obligaciones	Responden hasta el monto de sus aportes
Empresa Unipersonal	Denominación social seguida de "EU"	No hay socios, se constituye por voluntad de una persona	Una vez se pagan todas las obligaciones	Hasta el monto de los aportes
Sociedad de Hecho	Carece de razón social porque no es persona jurídica	2 como mínimo	Según lo acuerden los socios	Solidaria e ilimitadamente

Fuente: Elaboración propia basada en el Código de Comercio.

2.2. Personas jurídicas de derecho público

Dentro de las personas jurídicas de derecho público la más relevante es, por supuesto, el Estado, le acompañan en esta clasificación las entidades descentralizadas territorialmente, es decir, los departamentos y los municipios. Los departamentos son zonas geográficas de considerable extensión establecidas por el artículo 297 de la Constitución Nacional con autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio” (Constitución Nacional de Colombia, 1991), así mismo, ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios. Por su parte, el municipio es una zona territorial de menor extensión que de conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política consiste en una entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado a la que corresponde prestar los servicios públicos determinados por ley, construir las obras para lograr progreso a nivel local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes (Constitución Nacional de Colombia, 1991).

Con el paso del tiempo surgieron otras entidades político-administrativas territoriales como el Distrito Capital conformado por Bogotá y municipios anexos, así mismo, surgen las áreas metropolitanas conformadas por una capital y los municipios aledaños; estas áreas tienen personería jurídica propia pero los municipios que las componen conservan las suyas propias.

El artículo 306 de la Constitución Nacional plantea que dos o más departamentos pueden agruparse a fin de crear las regiones administrativas de planificación y desarrollo las cuales además de contar con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio, tienen como finalidad propender por el desarrollo económico y social del respectivo territorio. En tal sentido, aparecieron las provincias creadas por las asambleas departamentales, las cuales agrupan municipios de un mismo departamento, así como los territorios indígenas quienes también cuentan con personería jurídica, figuras reguladas por los artículos 321 y 329 de la Constitución Nacional respectivamente (Constitución Nacional de Colombia, 1991).

De igual manera, las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible, entes integrados por las entidades territoriales que constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica,

biogeográfica o hidrogeográfica, nacen como consecuencia de la necesidad de administrar, dentro del área de su jurisdicción el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, estos entes están dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica.

Como clasificación de las personas jurídicas de derecho público encontramos que existen también las entidades descentralizadas por servicios, reguladas por la Ley 489 de 1998, y mencionadas de manera sucinta por el Código Civil en el segundo inciso del artículo 635 (Código Civil colombiano, art. 635) y que Medina Pabón (2010) define en los siguientes términos:

Además de las personas jurídicas estatales con autoridad político-administrativa sobre cierto territorio y que constituyen el eje o sector central del ejecutivo a los distintos niveles territoriales, el Estado, con el aumento en sus funciones y servicios, se vio en la necesidad de crear otras entidades para facilitar la prestación de servicios a la comunidad a las cuales les concedió personería jurídica. (Medina Pabón, 2010, p. 535).

Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios que ostentan personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y un patrimonio que cuenta con fondos públicos comunes y el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial como, por ejemplo, el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM.

Mientras que las empresas industriales y comerciales del Estado según el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 “son organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley” (Ley 489 de 1998, pág. art. 85) tales como Coljuegos o Satena; adicionalmente, la Ley 142 de 1994 establece un régimen especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), mientras que la Ley 100 de 1993 hace lo propio respecto de las empresas sociales del estado (Ley 100 de 1993).

En las entidades autónomas especiales se encuentran las unidades administrativas especiales las cuales obtuvieron personería jurídica a partir de

la Ley 489 de 1998 y las superintendencias que actualmente están clasificadas en Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de la Economía Solidaria, Superintendencia de Subsidio Familiar, Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia de Sociedades, Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Superintendencia de Notariado y Registro, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Superintendencia de Transporte.

Tabla 3.

Clasificación de personas jurídicas de derecho público.

Clasificación de personas jurídicas de derecho público			
El Estado	Entidades descentralizadas territorialmente	Entidades descentralizadas por servicios	Entidades autónomas especiales
La Nación	Departamentos	Establecimientos públicos	Superintendencias
	Municipios	Empresas industriales y comerciales del Estado (Empresas de servicios públicos domiciliarios y Empresas sociales del Estado)	Unidades administrativas especiales
	Distrito capital		
	Regiones administrativas de planificación y desarrollo		
	Provincias		
	Territorios indígenas		
	Corporaciones autónomas regionales		

Fuente: Elaboración propia basada en la Constitución Nacional y la Ley 489 de 1998.

2.3. Personas jurídicas mixtas

Esta clasificación incluye aquellas sociedades industriales comerciales constituidas con intereses públicos y privados, de allí que los aportes son de capital estatal provenientes de la Nación, departamentos o municipios y de capital privado; así mismo, son administrados por órganos del Estado y órganos particulares. De conformidad con los artículos 101 de la Ley 489 de 1998 y 468 del Código de Comercio la principal variedad de esta clase de personas jurídicas son las sociedades de economía mixta.

Según datos recientes de la Superintendencia de Sociedades, para el año 2018 en Colombia estaban activas 145 sociedades de esta naturaleza dedicadas a actividades en distintos sectores (Superintendencia de Sociedades, 2019).

Tabla 4.

Caracterización de las clases de personas jurídicas.

Caracterización de las clases de personas jurídicas			
	Persona jurídica de derecho privado	Persona jurídica de derecho público	Persona jurídica mixta
Creación	Acto estatal (Constitución Nacional, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos)	Iniciativa privada (negocios jurídicos)	Acto estatal o iniciativa privada
Recursos	Fondos públicos	Fondos particulares	Fondos particulares y públicos
Administración	Órganos estatales	Órganos particulares	Órganos privados y públicos

Fuente: Elaboración propia basada en la Constitución Nacional y la Ley 489 de 1998.

3. Nacimiento de la persona jurídica

El nacimiento de las personas naturales se determina si el ser humano sobrevive un instante siquiera a la separación completa del cuerpo de su madre. De allí que la Corte Constitucional se haya referido a este tema y al del inicio de la vida mediante Sentencia C-591 de 1995 explicando que:

Según el artículo 90 del Código Civil, "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre". Y de conformidad con el artículo 1019 del mismo Código, "Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión..."

De las dos normas anteriores se deduce que la existencia legal comienza en el momento del nacimiento; y la vida, en el momento de la concepción (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

No obstante, para que se pueda reputar que una persona jurídica ha nacido es necesario que se cumplan 3 condiciones esenciales: a. la realización del negocio jurídico constitutivo que puede ser un acto colectivo o acuerdo de constitución de la personalidad, b. la autorización por parte del Estado cuando así se requiera, c. la organización en sí de la persona jurídica constituida (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011).

Es necesario tener en cuenta que por ser las personas jurídicas conceptos

intelectuales, necesariamente deben tener como fuente la voluntad de otros sujetos que derecho que las crean siguiendo intereses y objetivos propios, no obstante, por la eventual trascendencia que pueden alcanzar estas entidades se les exigen requisitos para su constitución (Medina Pabón, 2010).

Para el caso de las personas jurídicas de derecho público, tal como lo plantea el artículo 150 de la Constitución Nacional, corresponde al legislador por razones de organización administrativa definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en sus distintas disposiciones, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar las entidades territoriales en los órdenes nacional y departamental, así como establecer las funciones que deban corresponder a cada una de ellas en razón de las actividades que estén llamadas a desarrollar (Constitución Nacional de Colombia, 1991, art. 150), a su vez, corresponde a las asambleas departamentales la creación de municipios y demás entidades descentralizadas del orden departamental según el artículo 300 de la norma en mención (Constitución Nacional de Colombia, 1991, art. 300)

En cuanto a las personas jurídicas de derecho privado es necesario que exista un acto de voluntad formal de una o más personas en el que medie un conjunto de declaraciones de voluntad bien sean de los asociados si se tratare de corporaciones o del fundador para el caso de las fundaciones.

Si hablamos de corporaciones las declaraciones de voluntad de los socios deben ser paralelas, esto es, estar encaminadas a los mismos fines y efectos, y coincidir en lo relativo al objeto de la corporación, sus estatutos, forma de administración, tiempo de duración, nombre y asiento de la corporación y demás aspectos relevantes; por el contrario, si se trata de fundaciones solamente se exige la declaración de voluntad del fundador acerca de la formación, su funcionamiento, los estatutos que la regularán y otros aspectos necesarios para su correcto ejercicio (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011).

En el caso puntual de las sociedades comerciales es necesaria la realización de una serie de actos necesarios para la creación de las mismas, sin los cuales no puede entenderse que esta persona haya nacido a la vida jurídica, Fernández (2017) los resume de la siguiente manera:

En el ámbito societario, las sociedades son generalmente jurídicamente personas jurídicas, con la clara excepción de las sociedades de hecho (Código de Comercio, artículo 499). Para constituir una sociedad que

sea una persona jurídica y sea oponible a terceros hay que cumplir tres pasos. El primer paso es realizar un contrato social que cumpla con los requisitos de existencia y validez establecidos en el Código de Comercio, arts. 98-109. El segundo paso es elevar dicho contrato a escritura pública, con lo cual se adquirirá la calidad de personalidad jurídica (Código de Comercio, arts. 98, 110 y 498). El tercer paso es inscribir dicho contrato en el Registro Mercantil, con lo cual dicho contrato será oponible a terceros; es decir, dicho contrato producirá efectos jurídicos frente a los terceros (Fernández, 2017, p. 2).

4. Personalidad jurídica de las sociedades y sbuso de la personalidad jurídica

Friedrich Karl von Savigny desarrolló la conocida teoría de la ficción, en virtud de la cual se reconoció a la formación de colectividades producto de la imaginación humana, como una técnica jurídica para solucionar problemas prácticos. Según esta teoría la persona jurídica es un ser distinto de las personas naturales a quien el derecho reconoce derechos patrimoniales; y la capacidad jurídica, en primera medida un atributo esencial y propio del ser humano, se otorga a esos sujetos ficticios para facilitar a las asociaciones de individuos el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que se derivan o son inherentes a un fin concreto y determinado que aquellas persiguen. En tal sentido, Atehortúa Ochoa (2005) señala que:

Esta doctrina consagra que cuando el derecho le atribuye capacidad jurídica a un ser que en realidad no tiene pensamiento ni voluntad, no es sino por ficción que se suple una condición naturalmente indispensable, y esta ficción consiste en admitir que este ser piensa y quiere, aunque en sí sea incapaz. La distinción planteada por SAVIGNY entre plena capacidad para ser titular de derechos adquiridos e incapacidad para ejercerlos figura en los artículos 633 y 1504 C. C.; el primero establece la capacidad de derecho, el segundo, la incapacidad de ejercicio en forma relativa. En este sentido, bajo esta teoría las personas jurídicas son en sí incapaces de obrar; por lo tanto, la persona jurídica debe estar representada en la misma forma que un incapaz. En síntesis, la teoría de la ficción es resultado del postulado de identificar la personalidad con la voluntad del ser humano (Atehortúa Ochoa, 2005, p. 13).

Nuestra legislación civil adoptó esta teoría de Savigny al estar también

integrada en el Código Civil de Andrés Bello, quien se inspiró en el Código francés y en Savigny, quien vinculó el concepto de sujeto de derecho o persona con el de la voluntad de los seres humanos y afirmó: “que el derecho positivo puede crear artificialmente una personalidad jurídica” (Savigny, 1879, p. 57).

El tema de la persona jurídica ha preocupado a los doctrinantes desde los albores del Siglo XX, surgiendo varias tesis en distintos sentidos. Algunos se reafirmaron en concepciones clásicas según las cuales sólo el ser humano tiene personalidad y, por consiguiente, sólo ellos serían sujetos de derechos y obligaciones, mientras que otros sostuvieron que el patrimonio de estas ficciones se integraba con bienes sin dueño cierto; y dado que dichos bienes estaban destinados a la consecución del fin social los mismos debían considerarse como propiedad colectiva de los miembros que la conformaban. Otros sostuvieron que el derecho sólo podía reconocer personalidad a los seres humanos pero que cuando estos se asociaban con fines específicos debía reconocerse personalidad al ente asociativo siempre que fuera evidente un interés unificado distinto de los intereses individuales y una organización con aptitud para expresar la voluntad colectiva (Narváez García, 2008).

Esta concepción de la unión de patrimonios fue quedando atrás y, en su lugar, se comenzó a desligar el patrimonio de los socios individualmente considerados respecto del patrimonio del ente societario constituido legalmente y nacido como consecuencia de la voluntad de los socios. Brunetti (1960), desarrolló este concepto señalando que:

El concepto de personalidad jurídica de las sociedades comerciales, tanto en Italia como en Francia, no tiene orígenes bien definidos. En Francia se ha derivado sobre todo de la idea de que existiese un activo y un pasivo distinto del activo y del pasivo de los socios (Brunetti, 1960, p. 284-285).

Según la concepción de la teoría de la ficción se entiende que la personalidad de las formas asociativas es una creación o artificio legal, lo que constituye una ficción jurídica y que da como consecuencia que, al no existir realmente, la sociedad no puede actuar independientemente de los socios que la conforman.

A su vez, la teoría de la realidad fue determinante desde el punto de

vista jurídico puesto que designó a la sociedad como un ser autónomo con una personalidad propia, dando así solución y respuesta a necesidades económicas tales como la separación patrimonial de la sociedad respecto de sus socios.

No obstante, en la práctica, la aplicación de la personalidad jurídica de la sociedad ha generado una serie de abusos y fraudes, que la doctrina suele resumir en la de socios que dominan y manejan la sociedad, la de grupos de sociedades con vínculos de subordinación o coordinación que deben estudiarse de manera indivisible. (Narváez García, 2008) De allí que se plantee con vehemencia la oposición a considerar la personalidad jurídica de la sociedad como infranqueable, dado que en ocasiones se constituye la misma con el propósito de burlar el ordenamiento jurídico o bien se desvirtúa su finalidad convirtiéndose en un mecanismo utilizado para actuar de mala fe o cometer actos ilícitos.

Con frecuencia suele hablarse de una crisis de la personalidad jurídica de la sociedad, Reyes Villamizar (2016) se refiere a esta circunstancia denominándole como una presunta incompatibilidad del concepto con la realidad económica y con las necesidades del tráfico mercantil (Reyes Villamizar, 2016). En efecto, si se considera el surgimiento de la persona jurídica se entenderá que la misma obedece al interés de minimizar los riesgos propios y de los demás socios trasladándolos a una ficción jurídica que servirá para desarrollar un objeto e interés común a sus miembros. De lo anterior se desprende entonces el innegable valor que tiene para el sistema económico la constitución de estas personas, pero que precisamente por su naturaleza abstracta puede utilizarse como mecanismo para utilizar el régimen de limitación de riesgo por medio de conductas reprochables.

En ocasiones, el régimen de separación patrimonial absoluta de las sociedades regulares de capital se utiliza para abusos dentro de los cuales encontramos el denominado fraude pauliano, el cual consiste en palabras de la Superintendencia de Sociedades en:

El conocimiento que tenga el deudor del mal estado de sus negocios, pese al cual celebra el acto que lo imposibilita para pagar sus deudas, es la mala fe del deudor, quien defrauda la confianza depositada en él por sus acreedores, quienes confiaron en que el deudor no abusaría de la libre administración de sus bienes, ejecutando actos que los perjudicaran y que a sabiendas lo condujeran a la insolvencia (Oficio 220-061870, 2013).

Este concepto de reciente desarrollo encuentra sentido en los comportamientos de los socios tales como disponer de los bienes de la persona jurídica como si fueran los propios, no obstante, estas conductas se pueden reprimir como en efecto se ha hecho en diversas ocasiones a partir de las teorías reduccionistas de la persona jurídica, entendiéndose como un resumen de normas que regulan la conducta de las personas naturales, pero que puede ser reprimido si se acoge en el sentido literal la metáfora de que las personas jurídicas son personas auténticas y que pertenecen al mismo género que la persona natural. (Zorzi, 2003).

Sobre la aplicación de esta figura, Arrubla considera que lo que en esencia sucede es que los accionistas utilizan la figura de las sociedades con el propósito de perjudicar a terceros y con fines contrarios a la creación legítima de sociedades, por lo que sería viable para establecer directamente responsabilidad a los accionistas de una sociedad al abusar de su derecho de crear personas jurídicas y clasifica a la desestimación de la personalidad jurídica como un tipo de abuso del derecho, especificada para el abuso del derecho de la creación de personas jurídicas (Arrubla Paucar, 2010).

Por su parte, Gil (2010) considera que la aplicación de la figura del abuso del derecho frente a la limitación de la responsabilidad de los accionistas se debe aplicar de manera restringida, puesto que por su naturaleza general el abuso del derecho debe utilizarse excepcionalmente, teniendo en cuenta además que la limitación de la responsabilidad en ciertos tipos societarios es un elemento fundamental para su adecuado funcionamiento y, por tanto “(...) el juzgador debe ser muy celoso y bastante exigente en su aplicación, puesto que por este camino deja sin efectos el principio legal y general de la limitación de responsabilidad de los socios de las sociedades anónimas, por acciones simplificadas y limitadas” (Gil, 2010, p. 125).

Mientras que Fernández enfatiza la trascendencia de esta figura en los siguientes términos:

(...) el régimen de limitación de la responsabilidad es fundamental para el funcionamiento adecuado de una economía. Es trascendental entenderlo, pues es precisamente por su importancia en el sistema económico que su desconocimiento jurídico debe ser una excepción y no una regla. Así, los jueces societarios deben considerar los efectos económicos que puede tener desconocer la limitación de la responsabilidad al momento de decidir un determinado caso (Fernández, 2017, p. 4).

De lo que podemos concluir que los particulares han aprovechado las ventajas otorgadas con la constitución de estas personas jurídicas de derecho privado, desconociendo que su finalidad propia no es la utilización arbitraria de las sociedades para su beneficio personal, sino que debe obedecer a los efectos y fines determinados desde su creación sin que los mismos sean desdibujados así como a consideraciones de responsabilidad social empresarial, no obstante, no es aconsejable utilizar la figura del abuso del derecho frente a la limitación de la responsabilidad de los accionistas de manera irrestricta toda vez que la limitación de la responsabilidad es un elemento esencial y determinante a la hora de constituir estas personas jurídicas de derecho privado, lo cual podría acarrear problemas desde el punto de vista de la economía al desincentivar a los empresarios a concurrir a los diferentes mercados.

5. Extinción de la persona jurídica

No menos relevante es el tema de determinar el momento en el que se extingue la personalidad jurídica, dado que podemos afirmar que la extinción de una persona jurídica equivale a la muerte de una persona natural.

Angarita (2005), sostiene que la persona jurídica muere o deja de existir para el Estado cuando se realiza el procedimiento de registro de su extinción por cualquiera de las causales contempladas en el respectivo libro de la oficina en la que se registró, a su vez, su nacimiento o creación, con lo que el Estado retira la personalidad jurídica que le había conferido cuando se inscribió su creación (Angarita Gómez, 2005).

Aunque enunciar de manera detallada las distintas causales de extinción sería una labor demasiado extensa por depender de las distintas modalidades de personas jurídicas que existen, Angarita (2005) resume de manera sucinta las causales de las personas de derecho privado, así:

a) Las asociaciones se pueden extinguir:

1) Por voluntad de los asociados o de la mayoría de ellos (C.C., arts. 638 y 1602), o sea, por la aplicación del principio de derecho que las cosas se deshacen como se hacen. Hubo voluntad para crear, puede haberla para acabar;

2) Por vencimiento del plazo señalado en los estatutos para su duración, si antes de vencerse no lo ha prorrogado el acuerdo colectivo de los

asociados, según los estatutos;

3) Por haberse realizado el objetivo o por imposibilidad de realizarlo;

4) Por muerte, renuncia o retiro de determinada cantidad de miembros que impidan la realización del fin que se persigue (C.C., art. 648).

5) Por resolución judicial o administrativa ejecutoriada, dictada por motivos legales (art. 1602).

b) Las fundaciones desaparecen por la extinción completa de los bienes destinados a su manutención, o por la obtención del objetivo para la cual fueron erigidas, o por la imposibilidad de obtenerlo (C.C., art. 652) (Angarita Gómez, 2005, p. 106).

Desde el punto de vista societario, se consideraba que la persona jurídica dejaba de existir a partir de su disolución, no obstante, la doctrina societaria actual ha sido prácticamente unánime basándose en lo dispuesto por el artículo 222 del Código de Comercio, en considerar que la entidad subsiste durante el proceso liquidatorio hasta que se extinga mediante la inscripción en el registro mercantil del documento que contiene la cuenta final de liquidación, lo que a su vez encuentra eco en la interpretación aceptada tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Superintendencia de Sociedades de que la sociedad conserva su capacidad jurídica únicamente para los actos tendientes a su liquidación (Reyes Villamizar, 2016).

6. Pregunta metodología Saber Pro

Para la culminación de su existencia debe configurarse alguna de las causales contractual o legalmente establecidas, a partir de lo cual es menester agotar el procedimiento de realización de activos y pago de las acreencias. Estos dos momentos se conocen como la disolución y liquidación, respectivamente.

La primera consiste en la satisfacción de las condiciones de hecho y de derecho exigidas para que se materialice alguna de los motivos de terminación del contrato de sociedad y, en consecuencia, finiquite la personalidad jurídica, momento a partir del cual el ente «no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación» (artículo 222 del Código de Comercio).

La fase liquidatoria es el procedimiento que permite la ordenada solución de las acreencias y el reparto de los remanentes entre los asociados, a través de la enajenación del activo social. El artículo 241 del estatuto comercial así lo establece:

No podrá distribuirse suma alguna a los asociados mientras no se haya cancelado todo el pasivo externo de la sociedad. Pero podrá distribuirse entre los asociados la parte de los activos sociales que exceda del doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de hacerse la distribución.

De esta forma se evita que la liquidación pueda utilizarse como estratagema para eludir obligaciones empresariales, pues los socios quedan relegados al final del proceso y su derecho está condicionado a la existencia de activos sobrantes después de pagados todos los débitos.

Igual regla debe aplicarse para las obligaciones condicionales o litigiosas, ya que corresponde a los liquidadores adoptar las medidas necesarias para garantizar su satisfacción, con independencia de la certidumbre sobre el momento de su exigibilidad, para lo cual deberá constituir una reserva que estará vigente hasta el cumplimiento o fracaso de la condición, o el finiquito del proceso judicial. (Corte Suprema de Justicia, SC19300-2017, 2017)

Teniendo en cuenta el texto anterior, podemos deducir que la función propia del liquidador de una sociedad es:

- a. Verificar la validez del acuerdo y fiscalizar las formas procesales generales del concurso.
- b. Estudiar la situación de la empresa y reorganizar la empresa a fin de actuar con eficacia.
- c. Actuar como administrador y representante legal de la entidad en proceso de liquidación.
- d. Participar en la negociación, diagnóstico y elaboración de los acuerdos de reorganización.

No es correcta la opción A toda vez que estas son funciones propias del juez del concurso.

No es correcta la opción B puesto que estas son funciones propias del promotor.

La respuesta correcta es la C, puesto que una vez la entidad entra en proceso de disolución y liquidación no puede continuar desarrollando el objeto social, por lo que el liquidador debe encaminar sus esfuerzos en tal sentido.

No es correcta la opción C puesto que estas son funciones propias del promotor y de los acreedores.

Referencias

- Angarita Gómez, J. (2005). Lecciones de Derecho Civil. Tomo I: Personas y representación de incapaces. Bogotá, Colombia: Temis.
- Arrubla Paucar, J. (2010). El levantamiento del velo corporativo en Colombia. En Colección de Textos de la Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Atehortúa Ochoa, J. (2005). Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano. La sociedad y la empresa como institución. Revista de Derecho Privado.
- Brunetti, A. (1960). Tratado del derecho de las sociedades. Buenos Aires, Argentina: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Congreso de Colombia. (26 de mayo 1873) Código Civil. [Ley 57 de 1887] (1887).
- Congreso de la República de Colombia. (11 de julio de 1994). [Ley 142 de 1994].
- Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre de 1995). [Ley 222 de 1995].
- Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). [Ley 100 de 1993].
- Congreso de la República de Colombia. (30 de diciembre de 1998). [Ley 489 de 1998].
- Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). 2da. Ed. Legis.
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de diciembre de 1995). Sentencia C-591 de 1995. Expediente D-973. Bogotá, Colombia: M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Suprema de Justicia. (21 de noviembre de 2017). Sentencia SC19300-2017. Radicación n° 11001-31-03-025-2009-00347-01. Bogotá, Colombia: M.P. Luis Alonso Rico Puerta.
- Fernández, J. P. (2017). Superintendencia de Sociedades y la desestimación de la personalidad jurídica. UNA Revista de Derecho, Volumen 2.

- Gaitán Sánchez, Ó. M. (2014). Guía práctica de las entidades sin ánimo de lucro del sector solidario. Obtenido de Cámara de Comercio de Bogotá: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/8345>
- Gil, J. H. (2010). Velo corporativo y jurisprudencia. En Colección de Textos de la Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- González Benjumea, Ó. (2016). Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. *Ratio juris*, 97-124.
- Medina Pabón, J. E. (2010). Derecho Civil aproximación al Derecho de Personas. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Narvárez García, J. (2008). Teoría general de las sociedades. Bogotá, Colombia: Legis.
- Oficio 220-061870, 2013-01-147607 (Superintendencia de Sociedades 29 de Mayo de 2013).
- Reyes Villamizar, F. (2016). Derecho societario. Bogotá, Colombia: Temis.
- Savigny, F. K. (1879). Sistema del derecho romano actual. Tt I-II.
- Sociedades, S. d. (2019). Superintendencia de Sociedades. Obtenido de <https://www.datos.gov.co/Econom-a-y-Finanzas/Sociedades-de-Econom-a-Mix-ta-2018-05-07/j9f6-ragz>
- Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, Á. (2011). Derecho civil. Tomo I: parte general y personas. Bogotá, Colombia: Temis.
- Vivante, C. (1932). Tratado de Derecho Mercantil - Tomo I. Madrid, España: Reus.
- Zorzi, N. (2003). El abuso de la personalidad jurídica. Seminario Internacional "Evolución del Concepto de Persona Jurídica". Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y EL DERECHO DE FAMILIA EN TIEMPOS DE POSCONFLICTO EN COLOMBIA*

Rocío Vásquez Fruto**

Jairo García Oñoro***

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación DeJhus y Law and Sciences

** Abogada y psicóloga. Doctorante en Ciencias Sociales. Magister en Educación. Especialista en Familia y Gestión de Proyectos Educativos. Docente universitaria e investigadora en temas relacionados con familia, Derechos Humanos, género, infancia y adolescencia. Correo institucional: rvasquez@coruniamericana.edu.co

*** Politólogo, Universidad de Los Andes. Magister en Desarrollo Social, Universidad del Norte. Master en Ciencias Humanas y Sociales, Universidad Paris del Este. Phd (c) en Política y Gobierno, Universidad Católica de Córdoba Argentina. Docente Tiempo Completo Corporación Universitaria Americana. Correo Institucional: jgarciao@coruniamericana.edu.co

RESUMEN

El presente capítulo pretende mostrar los efectos de la Constitucionalización del Derecho de familia, desde el punto de vista de su evolución normativa y jurisprudencial. Este análisis es importante porque facilita la comprensión de los fundamentos de algunos cambios significativos en las últimas décadas, y sobre todo en el contexto del postconflicto, situación determinante como momento histórico, político y social que vive el país. La referencia al conflicto y postconflicto invita a reflexionar acerca de las relaciones entre distintos tipos de violencia y su incidencia en las dinámicas familiares.

Palabras clave: *Constitucionalización del derecho de familia, concepto de familia, conflicto, postconflicto, violencia.*

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA.

La Constitucionalización del derecho ha sido un proceso muy interesante, que ha permeado cada uno de sus ámbitos, no sólo los más cercanos relacionados con el derecho público, laboral, sino al derecho privado y en especial al derecho de familia.

La comprensión de la Constitución y los derechos consagrados en ella, como el faro que ilumina y orienta la aplicación del derecho, incluyendo sus diferentes fuentes, legales, jurisprudenciales, doctrinales, culturales, reales y materiales, ha sido un aporte fundamental y que ha transformado la manera de estudiar y ejercer la profesión jurídica.

Este proceso de Constitucionalización no sólo implica la supremacía de la reconocida norma de normas, sino la primacía de los Derechos Humanos, por lo tanto, representó un nuevo enfoque para el análisis de los conflictos jurídicos, incluso, para aquellos que se consideraron durante mucho tiempo, parte de la esfera privada de los individuos, en los cuales el Estado limitaba su intervención.

Al lado de este proceso, cruzándose y alimentándose de él en varios aspectos, se ha vivido el proceso de evolución del concepto de familia, de la tipología de las familias y de las formas de creación de una familia. Evolución que ha generado reacciones en contra y a favor. Las primeras basadas en posiciones o fundamentos religiosos, prejuicios y estereotipos acerca de la familia que aún se mantienen en ciertas culturas y regiones.

La transformación de la familia no se ha construido estrictamente sobre cimientos de carácter jurídico, principios del derecho, normas y jurisprudencia, también tiene relación con fuentes del derecho que llamamos reales o materiales, como los hechos sociales, y dentro de ellos, los políticos. Entre estos hechos relevantes que han influido grandemente en la principal célula de la sociedad, es decir, la familia, se considera relevante analizar el conflicto político interno armado, que, durante más de 60 años, ha sido expresión de distintas violencias por parte de varios actores, que, a pesar de múltiples esfuerzos, tardaron muchos años en llegar a un acuerdo, aun no interiorizado, ni aceptado por parte de la población colombiana.

Un rasgo importante de la Constitucionalización del derecho en general y del derecho de familia en particular, es la supravaloración de la dignidad humana, puesto que “todas las disposiciones sobre dignidad humana sirven de base para la concreción de derechos fundamentales, podría afirmarse que los derechos fundamentales regulan las garantías mínimas de la dignidad humana” (Velandia, 2018, p.45). Existe entonces, una unión muy fuerte y una relación de doble vía entre dignidad humana y derechos humanos.

La superioridad de la Constitución ha sido una tesis defendida y respaldada desde el constitucionalismo moderno y goza de especial aceptación, por lo tanto, puede afirmarse que “La noción de Supremacía Constitucional es uno de los puntos angulares sobre los que reposa el ordenamiento jurídico, implicando reconocer a la Constitución, como norma fundamental del Estado, ubicada en la cima de la pirámide jurídica” (Velandia, 2018, p. 40).

2. HISTORIA, EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DE FAMILIA.

El concepto de familia tiene diversos enfoques, según la ciencia desde la cual se construya dicho concepto y no coinciden necesariamente. De tal manera que el enfoque sociológico se basa en las relaciones que dan origen a la conformación de la familia y a las que se dan en su evolución y desarrollo.

La psicología estudia la familia desde el punto de vista cómo influye en la constitución psicológica de las personas y en la posición que asumen en su grupo familiar, se tienen en cuenta sus relaciones considerando la familia como un grupo, con una dinámica propia, y también la influencia que los cuidadores tienen en el desarrollo humano de los individuos. Por otra parte, el derecho se fundamenta en los vínculos jurídicos que dan origen a las relaciones familiares y cumple la función de regular las relaciones entre sus miembros.

En cuanto al Concepto etimológico: “La voz “familia” proviene del latín *fames*, es decir hambre, la mayoría de los autores aceptan que procede del término *fámulos* que traduce esclavo. Al parecer, del término *famuli* del osco *famel*, provienen los *fámulos*, agregados de libertos y esclavos que viven con el señor en la “*Domus*”, bajo su autoridad, al igual que la mujer y los hijos” (Castillo, 2001, p. 11).

Concepto sociológico:

La familia es por sobre todo una institución social toda vez que no podría

encontrarse su desenvolvimiento sin que exista un reconocimiento social. Así, por ejemplo, para el profesor Eduardo Zannoni, la familia constituye, ante todo, un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación (Castillo, 2001, p. 11).

Como características de la familia en sus primeras etapas, especialmente en la barbarie, pueden resaltarse las siguientes:

Familia extensa: En los primeros tiempos, la concepción de familia era la de una familia extensa, formada por todos los parientes en sus diferentes tipos o por todas las personas que vivían juntas. De tal manera que el concepto de familia inicialmente se basó en dos fundamentos: el parentesco y la coresidencia.

Relaciones endogámicas: Las relaciones entre los miembros de la familia se daban indistintamente de la existencia del parentesco y la ley del incesto inicialmente, solo limitó las relaciones sexuales entre padres e hijos.

Incipiente división del trabajo: desde muy temprano se dividieron las actividades entre hombres y mujeres, en espacios públicos como la defensa de la familia, la búsqueda de alimentos, y espacios privados, como el cuidado de los niños, la preparación de alimentos, la realización de tareas en el lugar temporal de asentamiento. El trabajo realizado por los varones era considerado valioso, mientras que el trabajo realizado por las mujeres era considerado inferior, mínimo. Las mujeres se convertían en cargas para los hombres y su principal función era la reproducción y cuidado de los nuevos miembros de la familia.

Relaciones sexuales entre los miembros de una misma generación, generando lo que se conoce como familia consanguínea.

Poligamia: las relaciones sexuales eran múltiples y se encontraron diversas modalidades, varios hombres con varias mujeres, un hombre con varias mujeres, una mujer con varios hombres.

El matrimonio grupal: el matrimonio surge como un rito, de fondo religioso para algunos grupos y de fondo social para otros. En todo caso, las ceremonias, festejos y actos que sellaban o mostraban al resto de la familia y de las familias que algunas personas se relacionaban de una manera especial, desde el punto de vista sexual, se da inicialmente en grupos de hermanos y poco a poco pasa a realizarse con miembros de otras familias para dar el paso a la familia exogámica.

En la etapa feudal la familia mantiene características como su extensión, se consideraba que la familia era un grupo grande, formada por todos los parientes, en la cual se demarcan mucho más los roles y comienza a fortalecerse la estructura patriarcal.

También pueden resaltarse la unidad y solidaridad, pues la familia en el feudalismo es unida y solidaria en torno a las causas de sus miembros y asumen la responsabilidad por las deudas y compromisos todos los que conformaban el grupo familiar.

En la etapa de la pre industrialización e industrialización, la familia cambia radicalmente y entre sus principales cambios y características se encuentran:

La transformación de la familia rural a la familia urbana: el cual se da al desarrollarse las ciudades y conformarse familias nuevas de personas generalmente jóvenes que ingresaban a las nuevas formas de producción y trabajo.

La transformación de la familia extensa a la familia nuclear: dadas las nuevas circunstancias, trabajo en la ciudad, rompimiento de relaciones o distanciamiento de la familia extensa, necesidad de trabajar para los dos miembros de la pareja, avances científicos, influencia de la Iglesia Católica en la regulación de las relaciones de pareja y familia, crecimiento urbano desmedido, cambio en el tipo y estilo de vivienda, aparece la necesidad de regular o limitar el número de hijos. Todo lo anterior y otros factores, favorecen el fortalecimiento de la familia nuclear.

En la sociedad del conocimiento y de la información, se dan otras transformaciones y por lo tanto surgen otras características:

Valoración del conocimiento: el conocimiento se convierte en el bien más importante y esto no es ajeno a la familia, en la cual, el conocimiento se democratiza, ya no es exclusivo de los hombres, también las mujeres pueden acceder a él en relativa igualdad de condiciones. Sin embargo, esta accesibilidad fue resultado de las luchas por los derechos de las mujeres que el movimiento feminista alcanzó.

Liberación sexual: en este sentido cae el tabú sobre la sexualidad, evidente en temas como la virginidad, las relaciones sexuales prematrimoniales, entre otros. Esta nueva forma de pensar respecto a la sexualidad impacta especialmente a

las mujeres que se encontraban en la disyuntiva de ser vírgenes o mujeres de mala vida, a partir de la manera en que asumían su sexualidad. Las nuevas tendencias se distancian de posiciones religiosas y conservadoras, permitiendo que las personas, en especial, reiteramos las mujeres pudieran vivir de manera más libre su sexualidad.

Planificación familiar: la liberación sexual permitió desligar aspectos que parecían indefinida y obligatoriamente unidos, la sexualidad y la procreación. Se empieza a consolidar un cambio de mentalidad en este sentido, relacionado nuevamente con la liberación femenina; lo anterior porque a las mujeres casi que les estaba prohibido sentir, gozar y ser feliz con su sexualidad, pues esta solo debía servir al objetivo de la procreación como deber y función esencial de la familia, como grupo social.

Igualdad de género: en relación a los aspectos anteriores se encuentra esta característica, pues no se trata de un proceso aislado, sino evidentemente articulado a todo lo anteriormente descrito. Por eso, su gran influencia en el cambio del concepto de familia y de las relaciones de poder y autoridad que a su interior se da. Es importante anotar que esta igualdad desde la perspectiva de género, no solo se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones de pareja, pues la discusión se ha ampliado a distintos tipos de relación intrafamiliar.

La filiación ha sido uno de los aspectos más importantes para la constitución de la familia, para su definición, pues es la base para la generación de las obligaciones entre padres e hijos, como quiera que su prueba es la que permite la exigencia del cumplimiento de las mismas. En ella se origina el estado civil, por ello, “ha sido motivo de particular preocupación de los legisladores de las naciones, aún las más antiguas, como la asiria, la india, la egipcia, la griega y la romana, las medioevales, las de las épocas posteriores y en últimas por legisladores contemporáneos” (Suárez, 2015, p.4).

Es de la esencia de las relaciones familiares, la dinámica, el cambio, la sociedad es cambiante, y el derecho debe responder a los cambios que en ella se van dando. El concepto ha evolucionado en todos los países, en España, por ejemplo, uno de los cambios más importantes ha sido la valoración del enfoque interdisciplinar en el análisis de la problemática de la familia. Descentrandolo así del enfoque jurídico exclusivo y develando las conexiones con otras perspectivas disciplinares, tal como lo manifiesta Irene Lorenzo-Rego:

Este modelo de familia nuclear, que se instaló en el imaginario social como ideario desde la década del 70, sufre modificaciones en el interior de sí mismo, a partir de la transformación de las relaciones entre capital y trabajo. La irrupción del mercado transnacional, organizador de la vida de la sociedad, produce enormes transformaciones en el mundo del trabajo, aumenta la pobreza económica y en países como el nuestro pobre y dependiente - se registran enormes tasas de desempleo, subempleo, subocupación, pluriempleo, pluriocupación, que, concomitantemente con las transformaciones tecnológicas y culturales, impactan en el conjunto de la sociedad civil y necesariamente resuenan en la organización de la vida familiar (Lorenzo-Rego, citado por Baeza, 2005).

Durante mucho tiempo, incluso, podría decirse tradicionalmente se ha considerado a la familia como un ámbito de la vida privada de las personas. Esto tuvo sus implicaciones, por ejemplo, se constituyó en un freno para la intervención del Estado en asuntos de carácter familiar, distintos a los reglados en el Código civil, y en un obstáculo para que los particulares intervinieran o denunciaran ciertas prácticas se ha de crianza o de vida de pareja, nocivas para su integridad y contrarias a los derechos de los sujetos afectados. De hecho, algunos de los miembros de la familia, quizá la mayoría no eran considerados sujetos de derecho, como las mujeres, las personas en situación de discapacidad y los niños.

La familia está reglada por normas que vienen de la esfera pública. Pero cosas que pasan en la intimidad del hogar en realidad son cuestiones de Estado y cuestiones públicas, por ejemplo, el tema de la violencia. Que haya violencia dentro de la casa no es una cuestión privada. A partir de la conferencia Internacional de Derechos Humanos de Viena de 1993, quedó claramente establecido que la violencia doméstica es una violación a los Derechos Humanos y es responsabilidad del Estado garantizar que esto no ocurra. Aquí aparece claramente una de las funciones importantes de las instituciones, como la escuela, que están tan cerca del ámbito privado. Recordemos los casos que conocemos de violaciones y acosos sexuales que padecen los niños, en especial las niñas, dentro de algunos hogares y donde la escuela es, a veces testigo mudo, otras, cómplice. El abuso y la violencia son violaciones a los derechos humanos, no intimidad. Nuevamente lo público y lo privado son conceptos que deben ser re-examinados, tal vez deconstruidos y reconstruidos de otra manera. Hoy la familia está en crisis, pues los tres ejes centrales que menciona Jelin: sexualidad procreación - convivencia, han ido variando significativamente como producto de la significación que para los miembros adquieren las relaciones familiares en las actuales condiciones (Baeza, 2015).

La Constitucionalización del derecho de familia se traduce en una transformación del concepto de familia, que a su vez pasa por una nueva visión de la persona en el Estado social de derecho consagrado por la Constitución Política de 1991, así lo plantea Alcides Morales Acacio (2015), cuando expresa que:

Como la mayoría, sino todos los derechos constitucionales que tienen que ver con la familia son fundamentales, es necesario mirar que es un derecho fundamental y para ello es importante señalar que la actual Constitución concibe a Colombia como un Estado Social de derecho, porque el sujeto, razón y fin de la compilación suprema es la persona humana; la integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal, razón por la que el respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado (Morales, 2015).

La protección constitucional se aplica a todos los tipos de familia, no solo a la familia nuclear, sino a todas las posibles combinaciones o formas de crear una familia; esto se establece principalmente en los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución Nacional.

El artículo 5 expresa que el Estado se compromete a reconocer sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y por lo tanto, protege la familia como institución básica de la sociedad. En este artículo se consagra la protección a todos los tipos de familia sin discriminación alguna y la interpretación de los derechos y relaciones de familia como un asunto de derechos humanos.

En el artículo 13 de la Constitución Política Nacional, en que se consagra la igualdad, en su doble naturaleza de principio y derecho, se aprecia en el texto constitucional, nuevamente el compromiso con la igualdad desde el punto de vista de la familia, hacia dentro, en cuanto a las relaciones entre sus miembros, y hacia fuera, en cuanto a los diferentes tipos de familia, al decir que nadie podrá ser discriminado en razón de su origen familiar, por lo tanto no puede haber un trato que discrimine, etiqüete o de alguna manera afecte los derechos de una persona por razón del tipo de familia al que pertenece.

En el artículo 42 de la Constitución Política nacional, se establecen una serie de principios constitucionales para aplicar al derecho de familia, entre ellos, pueden mencionarse: igualdad, protección, reserva, respeto. Se pueden reseñar como los más importantes, el de igualdad, por ejemplo, que se aplica tanto a los

miembros de la pareja, como a los hijos, sea que se trate de hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos o procreados con asistencia científica. El de protección, implica un amparo integral a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, como a todas las personas que hacen parte del grupo familiar. El principio de respeto que proscribió de las relaciones familiares el uso de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones.

Por todo lo anterior, se confirma la gran importancia que la Constitución de 1991, y en general la sociedad le ha dado a la familia, en este sentido, Morales (2015) expresa que: “la familia es una célula básica para el desarrollo social de las naciones civilizadas que cumple con las más nobles e importantes de las funciones que corresponden a los grupos humanos, la crianza, educación y establecimiento de sus miembros” (p.22).

En el contexto colombiano, la familia sigue algunos de los patrones ya comentados, pero matizados en las etapas más recientes, ya que el desarrollo industrial, tecnológico y del conocimiento no se han llevado a cabo de manera uniforme en el territorio nacional, debido a la desigualdad social y a las condiciones muy particulares de la geografía, política e ideología del país. De este modo, en el país se conserva, por ejemplo, una relación muy cercana con la familia extensa, en unas regiones más que en otras, pero existe un encuentro y una comunicación que, en otros países, se rompió hace varias décadas. Por otra parte, los cambios que la tecnología ha traído a las relaciones familiares, no cobijan a todas las familias, pues aún se cuenta con un amplio territorio rural, que no cuenta con acceso a los beneficios y retos que la tecnología ha traído.

Para hacer una revisión de la historia y evolución de la familia en Colombia, hay que acudir sin duda alguna a uno de los referentes más importantes, Virginia Gutiérrez de Pineda, quien realizó estudios pioneros y por lo tanto determinantes en la construcción del conocimiento acerca de las familias indígenas y su sistema de parentesco y demás relaciones. Gutiérrez (1997), afirma que existía un sistema de filiación, es decir, unas reglas para organizar las relaciones con la descendencia. La importancia de este sistema radicaba, como en parte sucede hoy en día, en que este indica la posición social de las personas dentro del ámbito familiar y social. Este sistema se relacionaba con el parentesco, la forma de unión y el territorio, entre otras variables, y predominaba el concepto de familia extensa, en el que se incluían todos los parientes cercanos y lejanos que viviesen en un mismo territorio.

En los relatos de los historiadores españoles se identifican, la promiscuidad,

el incesto, entre otras situaciones, como características del sistema de filiación. Sin embargo, es más una interpretación de los sistemas nominales que utilizaban los grupos indígenas. Es importante anotar que se llamaban hermanos, en la mayoría de los grupos, sobre todo en la región Caribe, no solo los hijos de un mismo padre y madre, son todos los que pertenecían a una misma generación en una familia, de tal modo que los que hoy conocemos como primos se denominaban hermanos y se relacionaban sexualmente entre ellos, por lo que los españoles asumían estas relaciones como incestuosas, considerando que se trataba de hermanos desde el punto de vista biológico y en estricto sentido.

Lo anterior hace recordar que las columnas sobre las cuales se ha sostenido el concepto de familia a lo largo de la historia son el parentesco y la coresidencia, complementadas en las últimas décadas por la solidaridad, fundamento que soporta diversos tipos de familia en la actualidad, cuyos derechos han sido reconocidos, como en el caso de las familias de crianza.

A principios del Siglo XXI, en el 2001, ya se reconocían cambios sustanciales y se avizoraban otros, a partir de lo consagrado en la Constitución Política, de los hechos sociales de la contemporaneidad y de las apuestas doctrinales del momento; así Pabón (2001) expresó lo siguiente:

El nuevo esquema familiar que se encuentra en proceso de advenimiento podríamos llamarlo realista o auténtico, se acerca más a la cambiante naturaleza del comportamiento humano y a la mutación casi permanente de sus pasiones y afecciones. El modelo idealizado, hipócrita e ideal de la familia, fruto del naturalismo radical, imponía una familia sin rupturas, ni conflictos “hasta que la muerte los separe pase lo que pase” sin aceptar la posibilidad de la unión marital de hecho auténtica, fundamentada exclusivamente en la mutua comprensión y aprecio y en la responsabilidad personal y social de la procreación, la comprensión naturalista no acepta el conflicto intrafamiliar, del cual las estadísticas fueron muy bajas en la primera mitad de la centuria pasada a cambio de la hipocresía, del sufrimiento y sometimiento silencioso de la mujer, el menor o el anciano (Pabón, 2001, p.36).

3. PRINCIPALES TRANSFORMACIONES DERIVADAS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA.

Entre las principales transformaciones realizadas en el país como consecuencia de la evolución en el concepto de familia, se pueden mencionar, el reconocimiento de la unión marital de hecho y los derechos a los compañeros

permanentes, de diferente o del mismo sexo; el reconocimiento de los efectos de los matrimonios religiosos no católicos; el matrimonio igualitario; la adopción de personas solteras, de parejas con unión marital de hecho y de personas o parejas constituidas por personas del mismo sexo.

En cuanto al matrimonio igualitario, después de varios años, varios fallos al principio ambiguos, pero que fueron a su vez, marcando una nueva tendencia y una nueva forma de entender la familia, se logra por fin afirmar que ha evolucionado lo suficiente el concepto y el contexto.

De acuerdo a la Sentencia SU 214 de 2016 se encuentra que:

La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. Una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 214 de 2016).

La Sentencia T-233 de 2015, expresa que:

Se vulnera el derecho fundamental a la igualdad y los mandatos constitucionales de protección familiar cuando las entidades administrativas desconocen la existencia de familias distintas a la conformada por vínculos de consanguinidad y/o jurídicos, en tanto las situaciones de hecho, por ejemplo, la creada por padres e hijos de crianza, también son objeto de protección por parte de los mandatos establecidos por el Constituyente de 1991

4. RELACIONES DEL CONFLICTO ARMADO EN LA PROBLEMÁTICA DE LA FAMILIA EN COLOMBIA.

El conflicto armado en Colombia es multidimensional, lo que significa que traspasa diferentes dimensiones de la realidad nacional. No solo las dimensiones política y económica se han visto afectadas a lo largo de más de 60 años de enfrentamiento entre distintos grupos armados. También la esfera social y la familia como su núcleo básico, ha experimentado sus consecuencias.

Las consecuencias del conflicto interno armado han impactado directa e

indirectamente, variables relacionadas con la calidad de vida de las personas y por ende de sus familias. El acceso a vivienda o las posibilidades de formalizar o conservar la tenencia de un terreno (ante perspectivas de desplazamiento forzado), la posibilidad de recibir o brindar educación a los hijos, de tener cobertura en salud, un medio ambiente sano, alternativas de recreación, ofertas de empleo, entre otras, son variables que determinan en gran medida las posibilidades de éxito de proyectos de vida personales, familiares y en última medida del mismo ordenamiento social, teniendo en cuenta que se trata de derechos fundamentales para las personas.

El efecto de la violencia en el campo colombiano sobre la productividad de este, ha sido ampliamente documentado. Y son las familias rurales las que han experimentado en mayor medida esta problemática. La informalidad rural ha sido histórica y significativamente más alta que en las ciudades, manteniendo un promedio del 80%.

Lo anterior, sumado a las cifras de desempleo rural, pinta un panorama de desprotección por parte del sistema de seguridad social, casi total para los trabajadores del campo y sus familias (Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, 2018). Es en ese entorno económico y social que las familias, como núcleo social de referencia, son las que experimentan de manera directa las consecuencias de la guerra.

Tal y como lo señala Cifuentes (2009):

...los impactos de la guerra golpean de múltiples maneras a las familias y a cada uno de los sujetos que la constituyen. En una misma familia, cada miembro puede sufrir diversos impactos: secuestro, viudez, desplazamiento, muerte, amenazas, extorsión, lo que, en conjunto, erosiona la vida familiar y obliga al grupo a recomponerse por desmembramiento y por cambios en la estructura de relaciones, en las funciones, en los roles y en el manejo de la autoridad (p.88).

Ante los impactos de la guerra experimentados por los miembros de la familia, ya sea de manera individual o colectiva, sus miembros empiezan a interactuar con el contexto circundante a partir de dinámicas adaptativas de supervivencia que les permitan lidiar con situaciones de estrés extremo y, en ocasiones, postraumático no tratado (Más información acerca de los efectos del conflicto sobre la familia pueden observarse en la Tabla 1).

Plantea Cifuentes (2009):

La guerra rompe con las formas tradicionales de relación e introduce nuevas dinámicas de poder y dominación que intentan llegar hasta lo más íntimo de la vida familiar. Por ello, lo hasta entonces establecido empieza a ser frágil, se ve amenazado o tambalea. La familia se ve obligada a reorganizarse para enfrentar las nuevas situaciones, ofrecer protección a sus miembros y encontrar estrategias de subsistencia que le permitan conservarse a pesar de los embates del conflicto armado, secuestros, amenazas, asesinatos selectivos, masacres, desplazamiento, vinculación de sus miembros a los grupos irregulares, despojo de bienes, enfrentamientos en el territorio habitado por la familia o muy cerca de este (p.89).

La dificultad para desarrollar proyectos de vida exitosos mencionada anteriormente, genera otras consecuencias sobre la familia. Colombia es desde hace muchos años, el segundo país de América Latina (superado solo por Brasil) con mayor número de ninis, población joven que ni trabaja ni estudia (Observatorio laboral de la Universidad del Rosario, 2018).

Según Otero (2006), una de las razones por las cuales los jóvenes se involucran con grupos armados o delincuenciales es la de conferirle sentido a una vida que, en sus condiciones, es por demás aburrida y sin perspectivas. También Goodwin, Jasper y Pollera (2003) hacen referencia a cómo condiciones estructurales como la marginación social, pueden ser motivaciones suficientes para la vinculación de los jóvenes con grupos al margen de la ley.

En el mismo sentido, Daza y Valencia (2010) explican cómo en algunos contextos familiares, la vinculación a grupos criminales “trae para sus miembros ciertos beneficios que pueden considerarse emocionales, tales como el empoderamiento, el hacerse admirar o respetar, los lazos de amistad y afecto” (p.431).

Brett y Specht (2005) crearon una lista de seis factores que pueden llevar a los jóvenes a tomar la decisión de vincularse con grupos armados. El segundo es precisamente el de la carencia de un círculo familiar estable, en el que se desarrollen vínculos afectivos y de apoyo. Así mismo, los autores mencionan aquellos entornos en los que, si bien existe una familia constituida, al interior de la misma se presentan situaciones de abuso físico, sexual o psicológico.

Es innegable que la familia juega un papel fundamental en la decisión (o reclutamiento sin decisión voluntaria) de los menores de edad de vincularse con actores del conflicto. Diversos estudios han demostrado que en la mayoría de los casos existe una fractura en el núcleo familiar, previo al ingreso a estos grupos.

A nivel mundial, el World Center for Research and Training in Conflict Resolution (como se cita en Valencia y Daza, 2010), encontró que las familias pueden ser catalizador de esta situación de dos maneras: Puede suceder que la misma familia induzca al reclutamiento porque esté o haya estado involucrada con el grupo. Otra posibilidad consiste en que el joven se encuentre en situación de abandono por parte de sus padres, o viva con uno solo de ellos (generalmente la madre), pero mantienen una relación poco cercana o afectiva.

Lo anterior va en el mismo sentido de lo que ya Bello y Ceballos (2002) habían mencionado en cuanto a los niños o jóvenes que nacen en el contexto de la guerra y “heredan” la vinculación. Y aquellos que nacen en “familias expulsoras” que los convierten en presa fácil de grupos ilegales.

Un caso aparte es el de la situación familiar de las mujeres y niñas. De acuerdo a Specht (2006), para el caso colombiano se ha encontrado evidencia de que un gran número de mujeres que se involucran con grupos irregulares lo hacen principalmente con el propósito de escapar de situaciones familiares de abuso y violencia. No deja de ser paradójico que busquen una salida a la violencia intrafamiliar a través del involucramiento con grupos a su vez violentos.

Y el efecto del conflicto armado sobre las mujeres no se limita a su reclutamiento o vinculación a grupos violentos. Cifuentes (2009) señala que ellas además soportan la carga emocional de la destrucción de los hogares por el asesinato del padre o su reclutamiento, la carga económica por viudez o pérdida del proveedor principal por desaparición, secuestro o reclutamiento, comprenden el mayor porcentaje de actividades de “rebusque” y por ende de desamparo por parte de las redes formales de seguridad social. Y si además de ser mujer, se pertenece a una minoría étnica la situación es aún peor.

De acuerdo a Suescún y Egea (2011), son los grupos poblacionales indígenas y afrocolombianos los que presentan mayores índices de desplazamiento de sus mujeres por razones del conflicto. En pocas palabras, las mujeres llevan sobre

sus hombros la responsabilidad económica, emocional y de reubicación de la familia cuando esta se fractura por causa del conflicto.

Las consecuencias del conflicto sobre los niños, niñas y adolescentes en Colombia también han sido extensamente documentadas. En este grupo poblacional, la violencia y demás consecuencias del conflicto invaden las etapas más importantes del desarrollo de los fundamentos físicos y psicológicos sobre los que se producen los procesos de construcción de la identidad, del proceso mental de toma de decisiones y de la forma de relacionarse con los demás en la vida social.

Todo impacto sobre la familia trasciende de manera directa y duradera sobre la personalidad de los niños y niñas y su proceso de desarrollo emocional, ético y cultural (Cruz, 2016).

Eventos o situaciones como perder a uno de los padres a muy temprana edad o de manera violenta, ser testigo de torturas u otros hechos de fuerza, tener que desarraigarse por el desplazamiento, de lo que ha conocido, como relaciones comunitarias, de amistad, familiares, entornos físicos, presenciar y padecer escases y falta de recursos para cubrir las necesidades básicas, entre otras, violentan los derechos de esta población y crea nuevos escenarios de propensión a vulnerabilidades potenciales sobrevinientes (Pontes & Muñoz, 2015).

En síntesis el conflicto armado ha tenido durante décadas un impacto directo en la familia colombiana, principalmente aquellas ubicadas en sectores rurales, generando una espiral destructiva que tendría la siguiente dinámica: inicialmente la familia sufre los efectos de la violencia en términos de muerte, desaparición o reclutamiento de alguno de sus miembros, desplazamiento, empobrecimiento, informalidad, déficit de acceso a servicios sociales y oportunidades de mejoramiento de la calidad de vida.

Como consecuencia de estas diversas formas de violencia como el desplazamiento forzado, se produce la fractura, desarticulación y desarraigo de la familia, lo que a su vez genera efectos negativos en términos psicológicos, físicos, morales, culturales, entre otros. Esto se revierte entonces sobre el núcleo familiar a través de la generación de entornos propensos y proclives a crear nuevas situaciones de vulnerabilidad que propician una repetición del ciclo.

Siendo la familia el núcleo central de la sociedad, esta espiral destructiva

como dinámica autoalimentada, sólo profundiza más la crisis social nacional, reproduciendo las condiciones para la persistencia de la violencia en Colombia. Es en este contexto que el derecho de familia adquiere relevancia central como instrumento de restitución y salvaguarda de los derechos de la familia y sus miembros. Los planes, programas y proyectos necesarios para detener la espiral destructiva, que deben crear e implementar tanto el gobierno nacional como los gobiernos locales, necesitan de legislación coherente, clara y aplicable. Sólo un andamiaje institucional y legal sólido, estable y con penetración en todo el territorio nacional, puede crear las condiciones para la implementación de estrategias que, actuando de manera coordinada, contribuyan a romper con el ciclo negativo descrito anteriormente.

Tabla 1.

Las familias en contextos de conflicto armado

Efectos del conflicto armado en las familias	
Las pérdidas de diferente naturaleza que impactan su composición y estructura relacional.	• La pérdida de sus miembros por asesinato, secuestro, vinculación a los grupos armados, huida, desaparición, etc. • La pérdida de pertenencias. • El abandono de los lugares de origen, la pérdida de propiedades (tierra, cultivos, animales, casa...) y la consecuente transformación del nicho afectivo y cultural. • El debilitamiento de la confianza en aquellos con quienes tradicionalmente se habían tejido lazos de confraternidad y vecindad.
La injerencia de actores y factores externos en la dinámica relacional de las familias.	• La imposición externa por parte de los grupos armados de normas que regulan la vida cotidiana, lo cual despoja a los sujetos a su derecho a negociar estas en la interacción, en el marco de las pautas culturales construidas a lo largo de la historia colectiva. • La aceptación pasiva, la naturalización y, en algunos casos, la exaltación de los estilos de vida impuestos por los grupos armados.
Los conflictos en las relaciones intrafamiliares generados por el impacto de las nuevas condiciones del contexto inmediato de desarrollo de la familia.	• Las situaciones de crisis emocional generadas por las amenazas, los riesgos, los miedos, los odios, los dolores, la inseguridad y la desconfianza. • Los conflictos internos generados por la simpatía o la adscripción de los miembros de la familia a grupos diferentes. • La culpabilización entre los miembros de la familia o el sentimiento de impotencia de quienes se consideran responsables de ella y ven menguadas sus posibilidades de protección ante la fuerza de las amenazas externas. • La agresividad que el ciclo de culpa, rabia, dolor e impotencia genera en los miembros de la familia y los bajos niveles de tolerancia. • Los cambios comportamentales en los miembros de la familia como fruto de las situaciones de estrés, las pérdidas, los duelos y la crisis emocional que la incertidumbre y la complejidad del conflicto imponen.
Las transformaciones y los conflictos en la relación con el medio interactivo en el que se desenvuelven las familias.	• El asesinato a líderes, la restricción de reunirse y el cambio —abrupto o paulatino— de la dinámica comunitaria que empieza a ser dominada por la lógica que imponen los actores del conflicto. • La enajenación del contexto interactivo inmediato, bien sea por las transformaciones que se imponen en él o porque la familia debe abandonarlo para ubicarse en uno nuevo, por lo cual los sentimientos de incertidumbre, inseguridad e impotencia se exacerban. • El debilitamiento en la organización y los cambios en la estructura de poder y las relaciones de solidaridad comunitaria. • La discriminación, la segregación, el señalamiento, la estigmatización y demás situaciones a las que se ven sometidas las familias víctimas de la exclusión, después de haber sufrido el flagelo del desplazamiento. • La desescolarización, el desempleo, la desvinculación del sistema de seguridad social y de los sistemas de intercambio comunitario (veredal o barrial). Es decir, la imposición de nuevas limitaciones (sobre las preexistentes) para el acceso a los bienes y servicios necesarios para una vida digna. • Las situaciones de hacinamiento y la escasez de recursos para cubrir las necesidades básicas de subsistencia. • La inseguridad, el miedo y la incertidumbre que generan los procesos de entrega, delación, negociación, en el marco de la política de Seguridad Democrática.

Fuente: Tabla elaborada por Cifuentes (2009).

Referencias

- Bello, M. & Ceballos, S. (2002). *Conflicto armado, niñez y juventud: una perspectiva psicosocial*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- Brett, R. & Specht, I. (2005). *Jóvenes soldados combatientes: por qué van a luchar*. Filadelfia, Estados Unidos: American Friends Service Committee.
- Cifuentes, R. (2009). Familia y Conflicto. *Trabajo Social*, 11, 87-106.
- Cruz, B. (2016). *Los niños víctimas de la guerra en el marco del conflicto armado en Colombia (tesis de pregrado)*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.
- De Hoyos, R. Halsey, R. y Székely, M. (2016). *Ninis en América Latina*. Banco, Washington DC, Estados Unidos: Editorial del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial.
- Goodwin, J., Jasper, J. & Pollera, F. (2003). Why Emotions Matter. En Goodwin, J., Jasper, J. & Pollera, F. (Eds.), *Passionate Politics*, (pp. 1-26). Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Gutiérrez, V. (1997). *La familia en Colombia. Trasfondo histórico*. Medellín, Colombia: Ministerio de Cultura. Editorial Universidad de Antioquia.
- Morales, A. (2015). *Lecciones de Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario. (2018). *Perfil actual de la informalidad laboral en Colombia: estructura y retos*. Recuperado de: <https://www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Documentos/Reporte-LaboUR-Informalidad-Mayo-2018-PERFIL-ACTUA.pdf>
- Otero, S. (2006). Emociones y movimientos sociales: algunas claves útiles para estudiar el conflicto armado. *Colombia Internacional*, 63, 174-187.
- Pontes, P. & Muñoz, G. (2015). Conflicto armado en Colombia y sus consecuencias sobre niños y jóvenes. *Espacio Abierto*, 8, 30-39.
- Specht, I. (2006). *Juventud y Reinserción*. Bogotá, Colombia: Fundación Ideas para la Paz.

- Suescún, J. & Egea, C. (2011). El análisis del desplazamiento interno en Colombia con base en el registro único de población desplazada (RUPD): localización y características. *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, 15(359), 741-98.
- Valencia, O. & Daza, M. (2010). Vinculación a grupos armados: un resultado del conflicto armado en Colombia. *Diversitas*, 6(2), 429-39.
- Constitución Política de Colombiana. (1991).
- Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]: DO: 46.446
- Suárez, R. (2015). *Derecho de familia. Tomo II*. Filiación. Régimen de los incapaces. Cuarta Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de abril de 2016). Sentencia SU 214 de 2016. MP:
- Velandia, E. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad La Gran Colombia.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN*

Miguel Mercado Baena**

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación DeJhus y Law and Sciences

** Abogada egresada de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo: marlysherazo@gmail.com

RESUMEN

Uno de los grandes retos que han surgido para el derecho en el entorno digital estriba en cómo posibilitar el flujo de la información a través del Internet, a la vez que se procura una protección efectiva de los derechos de autor, en un contexto en el que la propiedad intelectual pasó de ser un mecanismo para proporcionar incentivos y beneficios a los investigadores y creadores, a una herramienta para fomentar la inversión y proteger los recursos de los inversores.

Si bien es cierto que desde la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se han generado herramientas jurídicas para la protección de estos derechos en entornos digitales, en la práctica los autores se han encontrado con limitaciones y situaciones que escapan del alcance del Tratado sobre Derechos de Autor (1996) y del Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996) y sus desarrollos en las legislaciones internas de los países adherentes.

Esto genera la necesidad de que el abogado desarrolle las habilidades y destrezas requeridas para la interpretación jurídica, con especial énfasis en aquellos escenarios en los que la utilización y aplicación de las nuevas tecnologías parece entrar en conflicto con los derechos de autor.

Para facilitar este propósito, en este capítulo se partirá de un análisis general de la definición de los derechos de autor, su naturaleza jurídica y el marco legal nacional e internacional que lo regula. Luego se abordará el estudio del contenido, el objeto y los sujetos de los derechos de autor. Finalmente se procederá a analizar algunos de los principales retos y oportunidades que se han logrado identificar para la protección de los derechos de autor en la era de la información.

Palabras clave:

1. GENERALIDADES SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR

1.1 Definición

En términos generales, los derechos de autor pueden definirse como aquella rama de la propiedad intelectual que tiene por objeto la protección de los derechos del creador de una obra, producto de su intelecto, a quien se le denomina autor. Estos derechos podrán ser de contenido patrimonial y de contenido moral, estando estos últimos más relacionados con diferentes prerrogativas de carácter personalísimo y por tanto no transmisibles, que se radican en cabeza del autor a partir del hecho de la creación, sin necesidad de acto de reconocimiento previo o intervención de autoridad alguna.

Canaval (2008) lo define como “la protección jurídica que se otorga al creador o autor de una obra artística, científica o literaria, producto de su ingenio, inventiva o intelecto” (p. 33), mientras que la Corte Constitucional lo concibe en forma plural como “aquellos que surgen en virtud de la relación entre personas naturales creadoras de obras originales, sean éstas literarias, artísticas o científicas, y que recaen exclusivamente sobre las expresiones de las mismas” (Corte Constitucional, Sentencia C-1023, 2012).

En el sistema jurídico continental del cual hacemos parte, se acostumbra estudiar este tema junto con los llamados derechos conexos, que son todos aquellos que protegen a los artistas, intérpretes y ejecutantes, así como a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión. Sin embargo, en el desarrollo de esta obra no se profundizará en el análisis de los mismos.

1.2 Naturaleza jurídica

A lo largo de la historia se han expuesto diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de los derechos de autor. Se encuentran teorías monistas, eclécticas y dualistas, dependiendo de la forma como conciben la integración de estos derechos, lo cual estuvo influenciado por diversas circunstancias históricas. A continuación, se sintetizan los principales aspectos de cada una de estas teorías utilizando la información disponible en los estudios realizados por Anaya-Quintero y Cruz-Fino (2018), Álvarez, Padilla y Herrera (2015) y Canaval (2008).

Tabla 1.
Teorías sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor.

	Nombre teoría	Exponente(s)	Postulado(s)
Monistas	Derecho de la personalidad	Otto Van Gierke Immanuel Kant Gaspar Bluntschli	- La obra es una prolongación de la personalidad de su autor y el derecho que este adquiere frente a la misma se equipara al que se tiene frente a la honra y el honor. - El derecho moral del autor es más predominante y lo patrimonial es sólo una consecuencia para garantizar el respeto por la obra.
	Derechos intelectuales	Edmond Picard	Los derechos de autor deben ser ubicados en una nueva categoría de derechos intelectuales porque la clasificación clásica de derechos reales y personales no es suficiente para explicar su naturaleza.
	Monopolio de explotación	Remo Franceschelli Marcel Planiol Ambroise Colin Henry Capitant	El autor tiene el derecho a explotar económicamente su obra, de forma temporal y exclusiva, lo que lo faculta para impedir que terceros la copien o se lucren de ella sin su autorización.
Ecléctica	Derecho personal-patrimonial	No identificados	El derecho de autor es de naturaleza mixta, por cuanto protege intereses personales e intereses de la personalidad.
Dualistas	De los bienes inmateriales	Josef Kholer	El derecho de autor puede entenderse como un derecho bifurcado en dos derechos separados pero paralelos: Un derecho individual que sustenta las facultades morales y patrimoniales del autor y un derecho de bienes inmateriales, entendido como el poder que tiene el autor sobre el bien creado, dado el carácter inmaterial que tiene la obra (Álvarez, Salazar & Padilla, 2015).

Fuente: Elaboración propia

De todas estas teorías la que se acogió en Colombia es la que concibe los derechos de autor como un derecho de propiedad, la cual ha sido objeto de múltiples críticas por las ostensibles diferencias entre ambos conceptos.

Los derechos de autor son temporales, se adquieren con la creación de la obra, sin necesidad de registro y abarcan derechos patrimoniales y morales, con la particularidad de que estos últimos continúan siendo exigibles después de la muerte del autor. Por su parte, el derecho de propiedad ordinario no tiene límite en el tiempo, cuando recae sobre inmuebles requiere del trámite de registro y no tiene un componente moral que subsista aún después de la muerte del propietario. De hecho, el derecho de dominio se extingue para el propietario con su muerte, pasando a sus herederos o legatarios.

No obstante, el legislador colombiano acogió la teoría del derecho de propiedad de forma expresa en los artículos 670 y 671 del Código Civil. En el primero consagra que hay un derecho de propiedad sobre las cosas incorpóreas, categoría dentro de la cual se ubica la obra, objeto de protección de los derechos de autor. En la segunda norma mencionada, indica que “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales” (Ley 84, 1973, art. 671).

Para precisar el alcance de esta concepción, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los derechos de autor constituyen un derecho de propiedad *sui generis*, distinto al del derecho común “pues, en aquella hay algo moral y algo patrimonial: lo primero llamado derecho moral, es inalienable, irrenunciable, imprescriptible; lo segundo, al contrario, como ocurre con todo derecho patrimonial” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 1960).

Esta tesis de que los derechos de autor constituyen un tipo de propiedad especial ha sido acogida de igual forma por la Corte Constitucional en diversas providencias como la sentencia C-334 de 1993 y la sentencia C-148 de 2015.

1.3 Marco normativo

El marco normativo de los derechos de autor tiene una composición diversa. Está integrado por tratados internacionales, normas de orden regional y normas de orden nacional.

1.3.1. Tratados internacionales

La protección internacional en materia de derechos de autor surge como respuesta a la internacionalización del mercado del libro y de las obras artísticas, toda vez que el uso de obras extranjeras no implicaba el pago de regalías ni de otros derechos económicos y dejaba desprotegidos a los autores de las mismas. Esta necesidad tuvo como efecto la celebración de múltiples tratados internacionales, bilaterales y multilaterales, con el propósito de armonizar las legislaciones nacionales e incrementar la cooperación intergubernamental para fortalecer la protección a los derechos de autor.

Dentro de los diversos tratados sobre la materia cabe destacar los aspectos más relevantes de los siguientes, los cuales aparecen ordenados por la fecha de incorporación a nuestro ordenamiento interno:

Gráfico 1: Principales tratados internacionales en materia de derechos de autor

Convención de Roma (1961) o Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 48 de 1975. - Protege a los artistas intérpretes o ejecutantes frente a la utilización no autorizada de sus obras, como por ejemplo, frente a la radiodifusión o la fijación. - Protege a los productores de fonogramas frente a la reproducción no autorizada de los mismos.
Convención Universal sobre el Derecho de Autor (1952), sus protocolos I y II, revisada en París el 24 de Julio de 1971	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 48 de 1975. - Es un tratado firmado en el seno de la UNESCO, que más que legislar, busca armonizar y conciliar entre las diferentes legislaciones para la protección de los derechos de autor, mediante medidas como el uso del símbolo © y el derecho de traducción.
Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1967)	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 46 de 1979. - Es el instrumento mediante el cual se creó este organismo especializado de las Naciones Unidas, que busca fomentar la protección de la propiedad intelectual a nivel global así como la cooperación administrativa entre las Uniones.
Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886)	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 33 de 1987. - Instituyó tres principios fundamentales para la protección de los derechos de autor: Trato nacional o asimilación, protección automática e independencia de la protección.
Convenio para la protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas (1971)	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante Ley 23 de 1992. - Establece, entre otras, "la obligación de los Estados Contratantes de proteger a los productores de fonogramas que son nacionales de otro Estado Contratante contra la producción de copias sin el consentimiento del productor (WIPO, 2013)"
Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (1989)	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 26 de 1992. - Define la obra audiovisual, como "toda obra que consista en una serie de imágenes fijadas relacionadas entre sí, acompañadas o no de sonidos, susceptible de hacerse visible y, si va acompañada de sonidos, susceptible de hacerse audible" (1989).
Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC (1994)	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 170 de 1994. - Es el mayor tratado multilateral en materia de propiedad intelectual, que hace que los principios de Trato nacional y trato a la nación más favorecida sean aplicables a los miembros de la Organización Mundial del Comercio.
Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996. Conocido como Tratado WPPT.	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 545 de 1999. - Reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes 4 derechos patrimoniales sobre sus ejecuciones o interpretaciones fijadas en fonogramas: Reproducción, distribución, alquiler y el derecho de puesta a disposición.
Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, sobre Derecho de Autor, de 1996, conocido como Tratado WCT	- Incorporado al ordenamiento legal colombiano mediante la Ley 565 de 2000. - Reconoce dos objetos de protección por el derecho de autor: i) los programas de ordenador, con independencia de su modo o forma de expresión, y ii) las bases de datos, entendido como compilaciones de datos u otros materiales.

Fuentes: Página web Dirección Nacional de Derechos de Autor y OMPI (2013)

1.3.2. Normatividad regional

Como resultado de los procesos de integración que tuvieron lugar durante las décadas de los años 50 y 60, período en el que surgieron varios organismos internacionales de carácter regional, con la firma del tratado del Acuerdo de Cartagena en 1969, Colombia entró a formar parte del Pacto Andino, actualmente la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN). Este es un organismo de carácter regional, creado con el propósito de favorecer el desarrollo económico armónico y equilibrado de sus países miembros, que a la fecha de escritura de este texto son: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú.

La CAN cuenta con su propio sistema de órganos e instituciones, en cuyo seno surgen normas primarias y secundarias que vienen a constituir normas regionales o lo que se conoce como el derecho comunitario, el cual tiene características especiales, tal y como precisan Plata y Yepes (2009):

El Derecho comunitario se origina y nutre del Derecho internacional común, pero, en virtud de su supranacionalidad, se constituye en un ordenamiento jurídico propio y especializado distinto del Derecho interno y del Derecho internacional común que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior a la ley nacional, a la cual desplaza o sustituye en forma directa y automática (principios de primacía y preeminencia), y sin necesidad de complemento normativo de Derecho interno. (p. 219)

Bajo este contexto, dentro del derecho comunitario aplicable a la protección de los derechos de autor se encuentra la Decisión 351 de 1993 o Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Este cuerpo normativo contiene parámetros orientadores para la regulación en los ordenamientos internos de los países miembros, de diversos aspectos tales como las obras objeto de protección, los derechos morales y patrimoniales, las limitaciones y excepciones de los derechos de autor, así como lo atinente a los derechos conexos y la gestión colectiva de los mismos.

1.3.3. Normatividad nacional

Teniendo en cuenta las características de nuestro sistema de fuentes, la primera norma que sustenta la protección de los derechos de autor es la Constitución Nacional. Esta encuentra su fundamento en el artículo 61

de la Carta Magna, norma que consagra el deber del Estado de proteger la propiedad intelectual, “por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley” (Const., 1991). Este mandato ha sido desarrollado mediante la expedición de varias normas con posterioridad a su promulgación, así como con la ratificación de diversos tratados relacionados con la materia, aspecto que ya fue tratado en una sección anterior.

Dentro de la legislación más relevante en materia de derechos de autor se encuentran las leyes 23 de 1982 y 44 de 1993, cuyos aspectos principales en relación con el objeto de protección de los derechos de autor y los titulares de los mismos serán abordados en las siguientes secciones. También se encuentra la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, que incluye en el título VIII los siguientes delitos contra los derechos de autor: Violación a los derechos morales de autor, violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, y violación a los mecanismos de protección de los derechos de autor y derechos conexos.

Las normas anteriores van acompañadas de desarrollos legislativos más recientes tales como la Ley 1834 de 2017, para incentivar la economía naranja y la Ley 1915 de 2018, que amplió el régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor e incorporó normas que precisan el alcance de las medidas tecnológicas para la protección de los derechos de autor y las excepciones a la responsabilidad por la elusión de las medidas tecnológicas.

2 ASPECTOS PRINCIPALES DE LOS DERECHOS DE AUTOR

2.1 Objeto

2.1.1 Definición

El objeto sobre el cual recaen los derechos de autor es la obra, la cual puede definirse como aquella creación original e individual, producto del intelecto humano, por medio de la cual el autor expresa ideas y/o sentimientos, cuya fijación en un soporte específico es susceptible de ser reproducida y divulgada al público en general.

El artículo 3º de la Decisión Andina 351 de 1993, en adelante, D.A. 351/93, la define como “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.

La fijación es un concepto fundamental que debe valorarse para que una creación pueda tener la calidad de obra. Para Plata (2010) esto se refiere al hecho de que la obra “no puede existir única y exclusivamente como una idea o pensamiento de un individuo, debe necesariamente estar fijada, incorporada en un medio tangible, perceptible por los sentidos, conocido o por conocer” (p. 44). Se refiere por ejemplo, al hecho de que una poesía quede fijada en una página de un libro o que una canción quede grabada en un DVD.

Este concepto sirve para entender entonces que quien compra el libro no está adquiriendo los derechos de autor de la poesía como obra fijada en el mismo, sino que únicamente adquiere el derecho de dominio sobre el libro como soporte material que la contiene.

2.1.2 Principios orientadores

Para que una obra, pueda ser objeto de protección por los derechos de autor deben cumplirse unos requisitos que la doctrina ha sistematizado bajo el concepto de principios orientadores. La Corte Constitucional los identifica en la sentencia C-276 de 1996 en los siguientes términos:

El objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra, esto es “... la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.” Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades (Corte Constitucional, 1996).

Así las cosas, dentro del ordenamiento jurídico colombiano son aplicables los siguientes principios orientadores:

a. Protección a la forma y no a las ideas (D.A. 351/93, artículo 7 y Ley 23/82, artículo 6): Según este principio los derechos de autor protegen la obra como forma de expresión del creador y no a las ideas que le sirven como fuente de inspiración. Ello explica la existencia simultánea de diversidad de libros, esculturas, pinturas, poemas y canciones sobre el amor, sin que ninguna infrinja los derechos de autor de la otra, pues son

distintas formas de expresión inspiradas en un mismo tema.

b. Originalidad (D.A. 351/93, artículo 3): Para que una obra pueda ser objeto de protección por los derechos de autor se requiere que la misma tenga características que la diferencien de otras, que sean una forma de expresión del autor y reflejen de cierta forma su capacidad creativa. Por ejemplo, las obras del pintor colombiano Fernando Botero muestran su originalidad en el volumen de los rasgos anatómicos de los personajes que retrata.

c. Mérito y destinación de la obra (D.A. 351/93, artículo 1 y Ley 23/82, artículo 2): La protección que se otorga a la obra es independiente del reconocimiento y formación del autor (mérito), así como del propósito con que la misma fue utilizada (destinación). Se protegen obras creadas con fines comerciales, culturales o de mera satisfacción personal.

La protección tampoco está limitada a un género o alguna forma de expresión específica. De hecho, el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 contiene un listado no taxativo de obras susceptibles de protección por los derechos de autor, atendiendo a la aplicación de este principio.

d. Protección inmediata (D.A. 351/93, artículo 52 y Ley 23/82, artículo 9): La protección de los derechos de autor nace con el sólo hecho de la creación de la obra, sin necesidad del cumplimiento de formalidades o trámites adicionales. El registro de la obra ante la autoridad, que en el caso de Colombia es la Dirección Nacional de Derechos de Autor, únicamente tiene efectos declarativos y busca servir como fuente de seguridad jurídica, así como medio de prueba de la titularidad de los derechos.

2.1.3 Clases

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 23 de 1982, existen diversas clases de obras, las cuales pueden agruparse atendiendo a varios criterios.

Según su naturaleza, las obras pueden ser artísticas, escénicas, audiovisuales, arquitectónicas, literarias, científicas o programas de computador. Dentro de esta última categoría quedan comprendidas las aplicaciones, que son uno de los nuevos tipos de obras que han aparecido con ocasión del desarrollo de las nuevas tecnologías y forman parte de nuestra cotidianidad.

Teniendo en cuenta el criterio de la originalidad se encuentran dos tipos de obras: Originarias y derivadas. Las primeras son aquellas expresadas por primera vez por el autor, mientras que las segundas son aquellas que se realizan con base en una obra originaria. El artículo 5 de la Ley 23 de 1982 establece de forma expresa, algunas obras que pueden considerarse como obras derivadas:

Artículo 5º.- Son protegidos como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales y en cuanto representen una creación original:

Las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular de la obra original. En este caso será considerado como titular del derecho sobre la adaptación, traducción, transporte, etc, el que la ha realizado, salvo convenio en contrato.

Las obras colectivas, tales como las publicaciones periódicas, antologías, diccionarios y similares, cuando el método o sistema de selección o de organización de las distintas partes u obras que en ellas intervienen, constituye una creación original. Serán consideradas como titulares de las obras a que se refiere este numeral la persona o personas naturales o jurídicas que las coordinen, divulguen o publiquen bajo su nombre.

Los autores de las obras así utilizadas conservarán sus derechos sobre ellas y podrán reproducirlas separadamente.

Parágrafo.- La publicación de las obras a que se refiere el presente artículo deberá citar el nombre o seudónimo del autor o autores y el título de las obras originales que fueron utilizadas (Ley 23, 1982, art. 5).

Finalmente, se encuentra como tercer criterio de clasificación el número de personas que participan, según el cual las obras pueden ser de autoría individual y de autoría múltiple. Las primeras son las que se realizan sólo por una persona natural, mientras que las segundas son aquellas que se realizan con los aportes intelectuales de varias personas. Dentro de éstas se encuentran las obras colectivas y las obras por colaboración, conceptos que serán abordados más adelante.

Lo expuesto previamente puede resumirse en el siguiente gráfico:

Gráfico 2:
Clases de obras

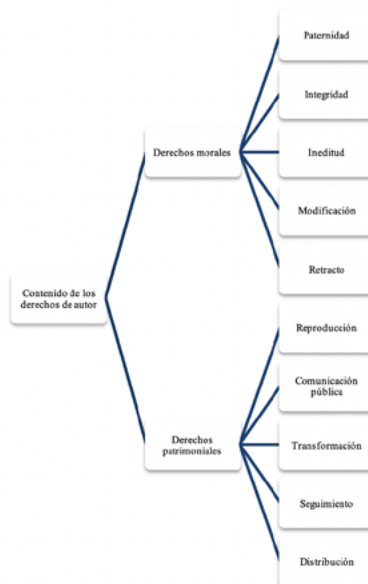


Fuente: Elaboración propia

2.2 Contenido

Los derechos de autor están integrados por dos tipos de derechos: Los morales y los patrimoniales. Cada uno de ellos a su vez está formado por diversas prerrogativas o facultades, todo lo cual puede resumirse de forma general en el siguiente gráfico:

Gráfico 3:
Contenido de los derechos de autor



Fuente: Ley 23 de 1982 y Vega (2010)

2.2.1. Derechos morales

2.2.1.1 Concepto

Los derechos morales pueden definirse como el conjunto de prerrogativas inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, independientes del aspecto patrimonial, que se radican en cabeza del creador de la obra y lo facultan para validar su condición de autor de una determinada creación, producto de su ingenio.

A nivel internacional están regulados en los artículos 6 y 6bis del Convenio de Berna de 1886 y en el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993. Por su parte, la Ley 23 de 1982 los regula en el artículo 30.

Para Plata (2010) la existencia de los derechos morales constituye un factor diferenciador de los derechos de autor frente a las demás formas de propiedad intelectual, teniendo en cuenta que “la obra no es sólo un bien económicamente explotable, sino también y esencialmente una creación del espíritu, la cual debe reflejar la real personalidad de su creador” (p. 195).

2.2.1.2 Características

Partiendo del análisis de las definiciones contenidas en las normas referidas previamente, se puede inferir que los derechos morales se caracterizan por ser inalienables, irrenunciables, extrapatrimoniales y perpetuos. Esto ha sido reafirmado por la Corte Constitucional al señalar que el derecho moral

nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa, son extrapatrimoniales, inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-276, 1996).

Otra característica que tienen los derechos morales en nuestro ordenamiento jurídico estriba en que han sido elevados a la categoría de derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional, por reunir los requisitos esenciales de los mismos, esto es, su eficacia directa, contenido esencial y conexión con los principios constitucionales. En desarrollo de esta postura la sentencia C-155 de 1998 precisó lo siguiente

(...) los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto a la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

2.2.1.3 Contenido

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6bis del Convenio de Berna y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1982 radica en cabeza de los autores los siguientes derechos morales:

a. Derecho de paternidad: Se refiere a la facultad que tiene el autor de ser reconocido en todo momento como padre o creador de la obra, bajo la denominación que él decida. El autor tiene la libertad de identificarse con su nombre completo, un nombre artístico o si lo desea puede permanecer en el anonimato.

Este derecho resulta lesionado con la conducta de plagio, cuando el plagiarlo presenta como propia la obra creada por otra persona.

b. Derecho de integridad: Es aquel que tiene el creador de la obra para ejercer las acciones encaminadas a preservar su esencia, los elementos originales de la misma. Este derecho lo legitima a oponerse frente a las modificaciones, deformaciones o mutilaciones de la obra, que puedan restar valor o generar perjuicios a la reputación del autor.

c. Derecho de ineditud: Puede definirse como la potestad que tiene el autor de decidir el momento y en qué forma divulgará su obra. El autor no está obligado a comunicar públicamente el contenido de la obra y en virtud de este derecho moral, puede reservarla en su intimidad y

darla a conocer después de su fallecimiento si así lo eligiere.

d. Derecho de modificación: Vega (2010) lo define como “el derecho del autor a introducirle modificaciones, aun cuando la obra haya sido divulgada” (p. 34). Es importante señalar que esta facultad es diferente al derecho de transformación, que se revisará más adelante, y para su ejercicio es necesario que se indemnice previamente a los terceros cuyos intereses pudieren resultar afectados como consecuencia de la modificación.

e. Derecho de retracto o de retiro: Es la facultad que tiene el autor de retirar la obra de circulación o suspender su acceso en cualquier momento, previa indemnización de los perjuicios que pudieren causarse a las personas que se les había otorgado acceso a la misma. Este derecho guarda relación con el de ineditud porque extiende el espectro de acción de la decisión que tiene el autor en cuanto al momento de la divulgación de su creación.

2.2.2. Derechos patrimoniales

2.2.2.1 Concepto

Los derechos patrimoniales son el conjunto de facultades que permiten la explotación económica de la obra. A diferencia de los derechos morales que son personalísimos y sólo se radican en cabeza de la persona natural, su titularidad puede recaer en personas jurídicas, ya que los mismos son transmisibles por causa de muerte o por diversas figuras jurídicas, tales como el contrato de edición, de distribución, de cesión, entre otros.

A nivel internacional están regulados en los artículos 6 y 6bis del Convenio de Berna de 1886 y en el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993. Por su parte, la Ley 23 de 1982 los reglamenta en el artículo 12 en los siguientes términos:

Artículo 12º.- Modificado por el art. 5, Ley 1520 de 2012. El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquier de los actos siguientes:

A. Reproducir la obra;

- B. Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra, y
- C. Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio (Ley 23, 1982, art. 12).

Es importante aclarar que esta enunciación no es taxativa y su interpretación se debe adaptar a las diversas formas de explotación que han aparecido como consecuencia de las nuevas tecnologías. Así mismo, es necesario precisar que estos derechos no son ilimitados, toda vez que tienen una duración precisa en el tiempo, tema que se abordará en el siguiente punto. Además, están sujetos al régimen de limitaciones y excepciones a los derechos de autor previsto en los artículos 31 a 44 de la Ley 23 de 1982, en el artículo 16 de la Ley 1915 de 2018 y en el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013; esta última adopta medidas para garantizar el acceso de las personas ciegas y con baja visión al conocimiento, a la información y a las tecnologías de la información.

2.2.2.2 Duración

Los artículos 21 a 29 de la Ley 23 de 1982 regulan lo concerniente a la duración de la protección de los derechos patrimoniales de autor, los cuales deben interpretarse a la luz de las disposiciones de los artículos 18 a 20 de la Decisión Andina 351 de 1993, dentro de las que cabe destacar que la duración de la protección de los derechos patrimoniales debe ser como mínimo la vida del autor y cincuenta (50) años después de su muerte. Esto tiene como consecuencia que los términos inferiores a este, previstos por ejemplo en los artículos 23 y 27 de la Ley 23 de 1982, deben entenderse como de 50 años.

Esto genera la aparición de diversos escenarios en la práctica, los cuales pueden resumirse en la siguiente tabla, con la observación de que la regla general es que el conteo del término de protección se debe realizar a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra según sea el caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 de la Decisión Andina de 1993 y 28 de la Ley 23 de 1982.

Tabla 2.

Duración de la protección de los derechos patrimoniales

Clase de titular/obra	Duración de la protección	Reglas para el conteo
Persona natural	La vida del autor y ochenta (80) años más, si los derechos son transmitidos a los herederos.	El término se cuenta a partir del 1º de enero del año siguiente a la muerte del autor. Si no hay herederos las obras pasan al dominio público.
Persona jurídica, institución oficial o entidad de derecho público	Cincuenta (50) años.	El término se cuenta a partir del 1º de enero del año siguiente al de la divulgación o publicación de la obra.
Obras en colaboración	La vida de los coautores más ochenta (80) años más.	El término de los 80 años se cuenta desde la muerte del último coautor.
Obras anónimas	Ochenta (80) años.	El término se cuenta a partir de la publicación de la obra a favor del editor. Si el autor revela su identidad, el plazo será a favor de este (Art. 25, Ley 23 de 1982).
Obras cinematográficas	Ochenta (80) años si el titular es persona natural. Cincuenta (50) años si el titular es persona jurídica.	El término se cuenta a partir de finalización de su producción, esto es, la fecha de su primera comunicación al público.

Fuente: Ley 23 de 1982

2.2.2.3 Contenido

Los derechos patrimoniales comprenden las siguientes facultades:

a. Derecho de reproducción: De acuerdo con la definición prevista en el artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993, puede entenderse como la facultad para autorizar que la obra sea fijada total o parcialmente, en cualquier medio y/o procedimiento, que permita su comunicación al público y como consecuencia de ello su explotación económica. Es el caso de un escritor que autoriza la publicación de un libro que contenga su obra o el de un fotógrafo que autoriza la impresión de las imágenes capturadas con el lente de su cámara para ser exhibidas en una exposición.

Delgado (2017), considera que este es el derecho patrimonial más relevante debido a su fácil gestión y a su amplia explotación por la cantidad de recursos que genera en el mercado de los intangibles.

b. Derecho de comunicación pública: Es la potestad que tiene el titular para permitir que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra, sin que el medio elegido para ello implique la entrega de ejemplares o copias de la misma. La Decisión Andina 351 de 1993 señala

en su artículo 15 diferentes formas en las que se puede materializar este derecho, dentro de las que cabe destacar a manera de ejemplo: “a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento” (Comunidad Andina, 1993).

c. Derecho de transformación: Es aquel que permite que su titular pueda autorizar la creación de nuevas obras a partir de la modificación de la obra original preexistente, sin atentar contra su integridad; las nuevas creaciones que resultan de este ejercicio reciben el nombre de derivadas. Un ejemplo de la aplicación de este derecho se encuentra en la adaptación que se realiza de libros para obras cinematográficas o piezas teatrales. También se observa en el caso de las traducciones de textos y en los arreglos de piezas musicales.

d. Derecho de distribución: Es la facultad que tiene el autor o titular de la obra de poner el original o sus copias en circulación, dependiendo del caso, ya sea mediante la venta, el alquiler, la licencia o cualquier otro medio, que permita el acceso de terceros a la misma.

e. Derecho de seguimiento: Vega (2010), lo define como aquel que tiene el autor de una obra artística, o de un manuscrito, ya sea de una obra literaria o musical, de recibir una parte de los ingresos que se generan por la reventa que se haga de la misma, con posterioridad a la primera enajenación del soporte original que la contiene.

Este derecho tiene como objeto favorecer a los creadores de obras artísticas, como los pintores, escultores, entre otros, ya que éstos por lo general no se benefician de las reventas posteriores que se hacen de sus obras en pública subasta o en galerías de arte.

El marco legal de este derecho se encuentra en el artículo 14 del Convenio de Berna y en el artículo 16 de la Decisión Andina 351 de 1993, disposiciones que condicionan el reconocimiento del derecho a la reglamentación que haga cada Estado. Teniendo en cuenta que esta labor aún no se ha realizado por parte del legislador colombiano, Villarraga (2015) considera que el derecho de seguimiento o *droit de suite* es una “figura jurídica necesaria en la profesionalización del emergente mercado de arte nacional caracterizado hoy por la informalidad, la incertidumbre y la asimetría de la información” (p.

17). Considera que para su implementación es necesario el establecimiento de una entidad de gestión colectiva que pueda garantizar el recaudo de los ingresos de los artistas.

2.3 Sujetos

En materia de derechos de autor se encuentran dos tipos de sujetos: El autor y el titular. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la D.A. 351/93, el autor es la persona natural que con su aporte intelectual crea la obra. El titular, en cambio, es aquella persona natural o jurídica que tiene la disposición de los derechos patrimoniales sobre la obra.

Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que para la explotación económica de la obra, el autor transmite, de forma voluntaria o por ministerio de la ley, los derechos patrimoniales a una o varias personas. Así las cosas, Juan, autor de la obra literaria “Vuelve la esperanza” podrá, por ejemplo:

- a. Ceder a Jacinto a título oneroso todos los derechos patrimoniales.
- b. Ceder a Jacinto a título gratuito el 50% del derecho de comunicación pública y a Pedro el 100% del derecho de transformación para que realice la adaptación a una obra teatral, o
- c. Ceder a Jacinto a título oneroso el 70% del derecho de comunicación pública, a la editorial Z el 100% del derecho de distribución y a Patricia los demás derechos patrimoniales.

Si Juan decide no transmitir los derechos patrimoniales a terceros, será un titular originario; si decide, por ejemplo, transmitirlos a Jacinto, la editorial Z y a Patricia, estos serán titulares derivados.

2.3.1 Titular originario o autor

Como se ha expresado previamente, el titular originario es aquella persona natural que crea la obra, de forma individual o con otras personas, caso en el cual nos encontramos frente a las figuras de la obra en colaboración y la obra colectiva.

La obra en colaboración es aquella “producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados” (Ley 23 de 1982, art. 8). Plata (2010), considera que para que un participante en una

obra en colaboración tenga la calidad de coautor se requiere que su aporte sea significativo desde el punto de vista creativo y no esté limitado a labores meramente técnicas o mecánicas, como puede ser la tarea de transcripción de unas notas en la computadora. Un ejemplo clásico de obra en colaboración es nuestro himno nacional, integrado por los aportes intelectuales de Rafael Núñez y Oreste Síndici.

Antequera (1996) citado por Vega (2010) define las obras colectivas como:

Aquellas producidas, dirigidas, editadas y divulgadas bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica, donde por el elevado número de participantes es difícil o imposible la identificación de cada uno de los autores y respectivos aportes, y en las cuales las correspondientes contribuciones se funden en el conjunto, con vistas al cual fue concebida, sin que sea posible atribuir a cada uno de los coautores un derecho autónomo sobre su contribución o sobre el producto realizado

Algunos ejemplos de obras colectivas son los programas de computador y los videojuegos, cuya creación es el producto de un gran equipo de trabajo de diversos autores, que actúan bajo la coordinación de una persona. El literal b) del artículo 5 de la Ley 23 de 1982 contiene una presunción según la cual la titularidad de los derechos de autor se radica en cabeza de la persona que coordine, publique o divulgue la obra, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que exista un contrato de prestación de servicios entre el coordinador y las demás personas involucradas.
2. Que haya un plan de trabajo predefinido por parte del coordinador.
3. Que los intervinientes hayan pactado honorarios como retribución por su actividad.

En el caso particular de la obra cinematográfica, que es también un ejemplo de obra colectiva, el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 presume, que salvo estipulación en contrario, la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra se reconocerán a favor del productor.

2.3.2 Titular derivado

Puede definirse como la persona natural o jurídica que ostenta la

titularidad de los derechos patrimoniales sobre una obra, debido a que los mismos le fueron cedidos por un acto entre vivos, una presunción legal, ministerio de la Ley o por causa de muerte.

2.3.2.1 Por acto entre vivos

El autor, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puede disponer de los derechos patrimoniales y cederlos a título oneroso o a título gratuito, utilizando la figura jurídica que estime conveniente para sus intereses.

La transmisión de los derechos patrimoniales está regulada en términos generales en los artículos 182 a 186 de la Ley 23 de 1982. De estas disposiciones merece especial atención el artículo 183, modificado recientemente por la Ley 1955 de 2019, que establece parámetros para los acuerdos sobre derechos patrimoniales, los cuales pueden resumirse así:

1. Todo acuerdo para la transmisión de uno o varios derechos patrimoniales debe contener como mínimo:

- a) El tiempo de duración del acto. Si no se especifica, se entiende limitado a cinco (5) años.
- b) Los derechos que se van a transmitir. Debe especificarse si sólo se autoriza la explotación del derecho de reproducción, por ejemplo, o si este va a acompañado de otra facultad.
- c) El ámbito territorial en el que se puede realizar la explotación de la obra. Si no se especifica se entiende limitado al país en el que se otorga la licencia o se realiza la transferencia.

Además de estos requisitos se recomienda incluir la remuneración que debe pagarse como contraprestación por la explotación de la obra, así como los mecanismos para la solución de las controversias que se pudieren generar en relación con el acuerdo.

2. Los contratos o acuerdos de transferencia de derechos patrimoniales deben cumplir dos formalidades:

- a. Constar por escrito para efectos de validez. La norma, en la actualidad no exige reconocimiento de firmas ante notario.
- b. Ser inscritos en el Registro Nacional de Derechos de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

3. Serán sancionadas con ineficacia las cláusulas en virtud de las cuales:

- a. El autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura.
- b. Se obligue al autor a restringir su producción intelectual o a no producir.
- c. Se prevean formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia. (Ley 23, 1982, art. 183).

Vega (2010), clasifica en dos grupos los contratos que se utilizan comúnmente para la transmisión de los derechos patrimoniales: Los contratos de transferencia y los contratos de licencia. Dentro de estos últimos se encuentran los contratos de edición, representación, licencia de software e inclusión en fonograma.

a. Contrato de cesión o de transferencia de los derechos de explotación: Puede definirse como el acuerdo de voluntades mediante el cual el autor, en su calidad de titular originario, cede uno o varios derechos patrimoniales a una persona natural o jurídica, a título oneroso o gratuito.

b. Contrato de edición: Está regulado en los artículos 105 a 138 de la Ley 23 de 1982. Es un acuerdo de voluntades en el que el autor cede a un editor los derechos de reproducción y distribución, para que este publique la obra y la distribuya, por su cuenta y riesgo (Ley 23 de 1982, art. 5).

c. Contrato de representación: El artículo 139 de la Ley 23 de 1982 lo define como “aquel por el cual el actor de una obra dramática, dramático-musical, coreografía o de cualquier género similar, autoriza a un empresario para hacerla representar en público a cambio de una remuneración” (Ley 23, 1982, art. 139).

d. Contrato de inclusión en obra fonográfica: Está regulado en los artículos 151 a 157 de la Ley 23 de 1982. En este contrato, que sólo se realiza con obras musicales, el autor autoriza a otra persona para que grabe o fije su obra en diversos soportes materiales como discos, películas, entre otros, para fines de reproducción, difusión o venta, a cambio del pago de una remuneración (Ley 23, 1982, art. 151).

e. Contrato de licencia de software: Es el acuerdo de voluntades mediante el cual el desarrollador del software autoriza el uso del mismo, sin transferir los derechos patrimoniales que tiene sobre la obra. En este contrato se incluyen las reglas del juego mediante las cuales el licenciatario puede utilizar el software, para lo cual se incluyen restricciones relacionadas entre otras, con “el número de equipos donde puede instalarse el software, el territorio, el idioma, la posibilidad de elaborar obras o trabajos derivados” (Ríos, 2010, p. 264).

2.3.2.2 Presunciones legales de cesión

La Ley 23 de 1982 contiene varias presunciones en virtud de las cuales, los derechos patrimoniales se radican en cabeza de una persona determinada, si se cumplen ciertos requisitos. Al ser estas presunciones legales, admiten prueba en contrario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del Código Civil.

Ya se hizo referencia previamente a la presunción del artículo 98 que presume al productor de la obra cinematográfica como titular de los derechos patrimoniales. A esta debe agregarse la que contiene el artículo 20 de la norma en comento, frente a la obra por encargo.

Este es un tipo de obra que se realiza en cumplimiento del objeto de un contrato de prestación de servicios. El autor crea la obra siguiendo un plan diseñado previamente por el contratante, que podrá ser una persona natural o jurídica, y además lo hace por cuenta y riesgo de éste. Si en el contrato no se estipula lo contrario, se presume que el contratista le transfiere los derechos patrimoniales a su contratante, conservando únicamente los derechos morales de paternidad e integridad.

Por ello resulta fundamental que al momento de redactar contratos de prestación de servicios para obras por encargo, se incluyan las estipulaciones que se consideren pertinentes para que exista claridad sobre la transferencia de los derechos patrimoniales y su alcance. Aunque la norma no exige que estos elementos consten por escrito, es preferible que ello sea así para efectos probatorios en el eventual caso de que surja alguna discrepancia en relación con el contrato.

2.3.2.3 Por disposición legal

El artículo 91 de la Ley 23 de 1982 establece que la titularidad de los

derechos patrimoniales sobre las obras creadas por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, estará radicada en la entidad pública correspondiente. Los funcionarios públicos conservan únicamente la titularidad de los derechos morales, quedando exceptuadas de esta cesión por mandato de la ley, las lecciones o conferencias de los profesores.

Respecto del alcance de esta modalidad de titularidad derivada, la Dirección Nacional de Derechos de Autor precisó que las obras creadas por un funcionario público, estando en su tiempo libre, “pero que no se realizan en función de la actividad propia de su cargo se consideran como un bien más de su acervo patrimonial, en consecuencia, tienen toda la protección legal que el régimen jurídico le aporta en esta materia (Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2002).

2.3.2.4 Por causa de muerte

En caso de fallecimiento del autor, de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 5 de la Ley 23 de 1982, los causahabientes del mismo pueden llegar a ser titulares derivados.

Los derechos patrimoniales entran a formar parte de la masa sucesoral, cuya distribución se realizará según lo designado por el decujus en el testamento, si la sucesión fuere testada. De lo contrario, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y en el Código General del Proceso, respecto de la sucesión intestada.

3 RETOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN

Las nuevas tecnologías han generado un gran impacto en la dinámica de los derechos de autor, especialmente en lo atinente a su protección. Los autores están expuestos a diversas situaciones que hace treinta o cuarenta años eran unimaginables. Por ejemplo, para poder divulgar sus obras en un contexto global utilizando las redes sociales, los autores se ven en la necesidad de adherir a las condiciones de uso planteadas por cada una de ellas. Para el caso de Facebook e Instagram al aceptar las condiciones de uso, el autor está conviniendo en que como usuario conserva la titularidad del contenido compartido a través de la red; sin embargo, le concede una licencia global “no exclusiva, transferible, sublicenciable y exenta de pagos por derechos de

autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir su contenido” (Facebook, 2019).

Otra situación a la que se ven expuestos los autores es que en el ciberespacio es muy fácil realizar copias perfectas de una obra y difundirlas de forma masiva, sin contar con la autorización requerida para ello. Podría hablarse incluso de que el concepto de original y copia está superado puesto que hay muchas herramientas de fácil acceso que permiten manipular la fecha de creación de la copia y presentarla como original. Una de las soluciones para este tipo de situaciones la encontramos en las medidas tecnológicas de protección, tales como las marcas de agua, contraseñas, herramientas antispam, entre otras, que tienen por finalidad restringir el acceso a la obra, la interpretación o ejecución del fonograma, o en su defecto limitar los actos que se pueden realizar con los mismos.

Este concepto que se ha constituido casi que en un imperativo para los autores que comunican sus contenidos en la red nos conduce a una perspectiva que debe tenerse en cuenta para el análisis que nos ocupa: Control de los contenidos protegidos por los derechos de autor vs. la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Es claro que tal y como afirma Zapata (2015) “derecho de autor sin control no existe”, por lo tanto, es completamente legítimo permitir que los autores puedan proteger el acceso a sus obras o la reproducción de las mismas apoyándose en la misma tecnología. Un primer problema aparece cuando éstas medidas tecnológicas de protección restringen el acceso incluso en aquellos casos protegidos por el régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor, que constituye uno de los puntos de equilibrio planteados por las regulaciones nacionales e internacionales para resolver el interrogante planteado en párrafos anteriores. Al abordar el estudio de esta temática, Palacio Puerta (2016), precisa que las medidas tecnológicas de protección han llevado a la creación de una nueva prerrogativa en cabeza de los autores, llamada “derecho de acceso”, cuya elusión tiene consecuencias jurídicas, penales y/o civiles, y que gran parte de los nuevos contenidos en Estados Unidos están siendo creados con un formato digital que desde su inicio tiene medidas tecnológicas de protección, sin importar si la obra es de dominio público.

El otro problema surge cuando como consecuencia de las infracciones a los derechos de autor, los intermediarios o proveedores de servicios de internet bloquean, suspenden o cortan el acceso de los usuarios a ciertas

páginas. Autores como Barrios Medina y Tafur Mangada (2017) consideran que este tipo de acciones vulneran derechos fundamentales como la libertad de expresión, el debido proceso, la intimidad o información; Guevara Quiel (2015), por su parte, lo analiza a manera de interrogante al preguntarse si “¿Los derechos de autor deben prevalecer jerárquicamente superiores en tanto bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico o por el contrario debe privilegiarse el acceso y el derecho al conocimiento por parte del público de manera gratuita”, mientras que otros expertos como Ríos Ruiz (2011) ubican este tipo de acciones como la consecuencia de las exenciones de responsabilidad en las que pueden cobijarse los proveedores de servicios de internet.

Considero que para llegar a afirmaciones como la propuesta por Barrios Medina y Tafur Mangada es necesario realizar un análisis de proporcionalidad en cada caso particular pues no debe olvidarse que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha establecido que a pesar de que el derecho a la libertad de expresión goza de una protección reforzada y una presunción de prevalencia a su favor, también tiene límites, por lo que cuando se presenta una tensión entre este y otros derechos fundamentales, el desafío del juez constitucional radica en realizar el respectivo ejercicio de ponderación entre los mismos para tomar su decisión.

Ahora bien, para comprender la postura de Ríos Ruiz debe tenerse en cuenta que a los proveedores de servicios de Internet se les impone un deber mínimo de diligencia y cuidado en el sentido de adquirir la tecnología necesaria para filtrar la información que no debe circular legalmente, como, por ejemplo, la pornografía infantil, mas esta obligación no se hace extensiva a bloquear de forma preventiva aquellos contenidos que puedan infringir los derechos de autor. Las regulaciones que se han expedido en esta materia lo que han hecho es determinar los eventos en los que el proveedor de servicios queda exento de responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor por parte de sus usuarios, suscriptores o clientes, imponiéndoles una obligación de hacer, una vez son notificados de la infracción, en el sentido de bloquear o deshabilitar los contenidos generadores de la transgresión.

Aunque ya se han creado herramientas como el Digital Millenium Copyright Act (1998) en Estados Unidos y la Directiva 2001/29 en la Unión Europea, para fortalecer la protección de los derechos en entornos digitales, aún queda un largo camino por recorrer en esta materia, máxime cuando no todos los autores cuentan con los recursos para gestionar las herramientas

tecnológicas apropiadas que impidan descargas o reproducciones no autorizadas de sus contenidos.

En este punto resulta importante acotar que Colombia no ha sido ajena a esta tendencia regulatoria. El año pasado fue promulgada la Ley 1915 de 2018, que modifica la Ley 23 de 1982 y establece otras disposiciones en materia de derechos de autor y derechos conexos, entre las que cabe destacar, la inclusión de medidas tecnológicas de protección en su artículo 12 y las excepciones de responsabilidad por la elusión a las medidas tecnológicas en el artículo 13.

Para concluir quiero expresar que para encontrar un verdadero punto de equilibrio en la tríada libre flujo de la información en internet vs. Protección de los derechos de autor vs. Comercialización de la propiedad intelectual, no basta la existencia de un marco normativo y la acción de los jueces. Considero que para gestionar la solución del problema de la tensión que se genera en medio de estos factores se requieren tres acciones complementarias, que constituyen oportunidades. La primera es que desde un enfoque multilateral se aborden temas como el derecho de comunicación pública en Internet y el derecho de distribución, máxime cuando una de las consecuencias del carácter global de esta red de comunicación es la necesidad de integrar al sistema de copyright elementos del sistema de derechos de autor y viceversa.

La segunda acción es que los Estados eleven la protección de los derechos de autor a la categoría de política pública y que desde allí se genere toda una pedagogía universal que permita educar a la sociedad en el sentido de que a pesar de que en Internet aparentemente los recursos están disponibles a sólo un clic de distancia, hay barreras invisibles que deben respetarse y están dadas por figuras como los derechos de autor; debe generarse una conciencia de respeto por los derechos de los creadores y la cultura en general. Existen países como Alemania en los que, debido a la rigurosidad del régimen sancionatorio por infracciones a los derechos de autor, hay avances en esta cultura de respeto; sin embargo, hay países como el nuestro en el que el plagio en las instituciones educativas e incluso en la industria musical es visto con ojos de normalidad, de reproche, mas no siempre se imponen las consecuencias jurídicas que deberían derivarse de ello.

Bajo este contexto, para motivar la reflexión y la integración de las diversas competencias que requiere el abogado para abordar el estudio de los derechos de autor, se plantea el siguiente ejemplo haciendo una adaptación

de un material suministrado por el ICFES en el año 2018:

Un grupo de investigación realizó un estudio sobre la percepción de las infracciones a los derechos de autor en los estudiantes que están realizando trabajos de grado en una institución educativa de la ciudad. Los resultados indicaron serias deficiencias e irregularidades en la forma como los estudiantes realizan las citas directas e indirectas, hecho que en determinadas circunstancias podría significar la comisión del delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor. Conscientes de la urgencia de evitar que se repitan estas conductas, se deciden divulgar los resultados de la investigación, así como la normatividad penal de los delitos contra los derechos de autor. Se pregunta que debe contener la divulgación en relación con la identidad de los estudiantes y los trabajos de grado involucrados, para alcanzar el propósito educativo y preventivo, sin violentar principios éticos.

Desde la perspectiva de un investigador, para resolver este interrogante, se pueden plantear varias alternativas. La primera, podría ser incluir la información completa y detallada de los estudiantes y los trabajos, porque los resultados deben ser veraces y fidedignos. Si bien es cierto que esto tendría una gran utilidad desde el punto de vista académico, para que los asesores de los trabajos de grado puedan fortalecer su labor, esta alternativa podría generar conflicto con la comunidad estudiantil y desviar el propósito educativo.

Una segunda opción puede ser divulgar la información completa únicamente a los estudiantes que van a iniciar trabajos de grado. La debilidad de esta opción es que restringe en gran medida el alcance de los resultados y coarta la posibilidad de que estudiantes de semestres inferiores puedan empezar a tomar conciencia de la importancia del respeto a los derechos de autor, además de que no garantiza el respeto de los principios éticos en la investigación.

En tercer lugar, puede plantearse como posible solución la divulgación de todos los hallazgos sin limitarse a las posibles debilidades en materia de citación, como evidencia de las estrategias adoptadas por la institución para el fortalecimiento de las competencias de sus estudiantes, sin embargo, la revelación de esta información puede generar más conflicto que formación y prevención, porque se puede estar afectando eventualmente el derecho a la intimidad de los participantes en el estudio.

Así las cosas, la alternativa más razonable para resolver el interrogante planteado consisten en divulgar los hallazgos omitiendo los nombres de los estudiantes y los trabajos de grado implicados en el estudio. De esta forma, se garantiza la observación de los principios éticos en la investigación, especialmente, el de respeto por las personas al no revelar su identidad, y además se facilita el cumplimiento de la finalidad preventiva y educativa de la publicación.

Finalmente, la tercera acción es que los proveedores de servicios de internet apoyen la pedagogía de derechos de autor, aprovechando su alcance global y sus herramientas multimedia, permitan que el mensaje llegue a más personas por diferentes canales. Así como recibimos la misma publicidad en las diferentes páginas en qué navegamos y hasta cierto punto ello llega influir en nuestros hábitos de consumo, recibir el mensaje que genere conciencia por el respeto de los derechos de autor en forma constante, llevaría a largo plazo a la reducción de las infracciones de los mismos. No basta con un botón para denunciar las infracciones, se necesita que sean actores activos para prevenir la infracción. Si queremos ganar todos, la causa debemos apoyarla todos.

Referencias

- Álvarez Amézquita, D., Salazar, O. y Padilla Herrera, J. (2015). Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía. *Civilizar*, 15(28), 61-76.
- Anaya-Quintero, L. & Cruz-Fino, J. (2018). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 26, 171-188.
- Barrios-Medina, J. & Tafur-Mangada, S. (2017). La vulneración de los derechos de autor en el libre acceso a la información disponible en Internet. Derecho y políticas públicas. 19(25). Recuperado de: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1821>
- Canaval Palacios, J. (2008). *Manual de propiedad intelectual*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Comisión del Acuerdo de Cartagena (17 de diciembre de 1993). Decisión 351. Régimen común sobre derechos de autor y conexos.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (26 de mayo de 1873) Código Civil. [Ley 84 de 1873]. D.O.: 2867.
- Congreso de la República de Colombia (28 de enero de 1982). Ley sobre derechos de autor. [Ley 23 de 1982]. D.O.: 35.949.
- Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 1993) Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. [Ley 44 de 1993]. D.O.: 40.740.
- Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000]. D.O.: 44.097.
- Congreso de la República de Colombia. (20 de noviembre de 2013) Por la cual se garantiza a las personas ciegas y con baja visión, el acceso a la información, a las comunicaciones, al conocimiento y a las tecnologías de la información y de las comunicaciones. [Ley 1680 de 2013]. D.O.: 48.980.

- Congreso de la República de Colombia. (23 de mayo de 2017) Por medio de la cual se fomenta la economía creativa Ley Naranja. [Ley 1834 de 2017]. D.O.: 50.242.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2018) Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos. [Ley 1915 de 2018]. D.O.: 50.652.
- Corte Constitucional de Colombia. (12 de agosto de 1993) Sentencia C-334. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional de Colombia. (20 de junio de 1996) Sentencia C-276. [M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez]
- Corte Constitucional de Colombia. (28 de abril de 1998) Sentencia C-155. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional de Colombia. (28 de noviembre de 2012) Sentencia C-1023. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de abril de 2015) Sentencia C-148. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (10 de febrero de 1960). Sentencia sin número [M.P. Humberto Barrera Domínguez]
- Delgado, P. A. (2017). Derechos de autor en Colombia: Especial referencia a su transferencia y disposición jurídica en el ámbito universitario. *Revista CES Derecho*, (8), 2, 242-265. DOI: <http://dx.doi.org/10.21615/cesder.8.2.3>
- Dirección Nacional de Derechos de Autor (2002). Circular 07. El servidor público como titular de los derechos de autor. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co/web/guest/circulares11>
- Facebook (2019). Condiciones del servicio. Recuperado de https://www.facebook.com/legal/terms/update_2019
- Guevara Quiel, F. (2015). Propiedad intelectual y libre acceso a la información: aporía actual del conocimiento. *Revista de Lenguas Modernas*, 23.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2013). *Reseña de los convenios*,

tratados y acuerdos administrados por la OMPI. Recuperado de: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=3857&plang=ES>

Palacio Puerta, M. (2016). Derechos de autor, tecnología y educación para el siglo XXI: El tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Recuperado de: <http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/692>

Plata López, L. & Yepes Ceballos, D. (2009). Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas. *Revista de Derecho*, 31, 196-223.

Plata López, L. (2010). Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Barranquilla, Colombia: Ediciones Uninorte; Grupo Ibáñez.

Ríos Ruiz, W. (2011). La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de la información. Bogotá, Colombia: Temis.

Vega Jaramillo, A. (2010). Manual de derecho de autor. Bogotá: Dirección Nacional de Derechos de Autor. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>

Villarraga Albino, L. (2015). Droit de suite en el mercado del arte colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (53), 1-19. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.07>

Zapata López, F. (2015). Presente y futuro del derecho de autor. *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*. 8(15), 10-19. Recuperado de: https://cerlalc.org/wp-content/uploads/publicaciones/odai/PUBLICACIONES_ODAL%20Revista-Iberoamericana-de-Derecho-de-Autor-15_v1_010615.pdf

LA PROPIEDAD INDUSTRIAL*

Elizabeth Roper Rosillo**

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación DeJhus y Law and Sciences

** Abogada de la Universidad Autónoma del Caribe. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Norte. Magíster en Derecho del Comercio y la Responsabilidad de la Universidad del Norte. Docente tiempo completo. Correo: eroper@coruniamericana.edu.co

RESUMEN

La propiedad industrial como bien inmaterial, a su vez objeto de protección por parte del Estado es clasificada junto con el derecho de autor dentro de la llamada propiedad intelectual, esta última es considerada una disciplina normativa encaminada a proteger las creaciones intelectuales surgidas de un esfuerzo, trabajo o destrezas humanas, los cuales son dignos de reconocimiento jurídico. De manera general, la propiedad industrial se ocupa primordialmente de recompensar la creatividad y el esfuerzo humano que estimulan el progreso de la humanidad a través de la protección de patentes de invención, marcas, diseños industriales, indicaciones geográficas, entre otros.

Palabras clave: *Propiedad intelectual, bien inmaterial, propiedad industrial, signos distintivos, creaciones industriales.*

1. ASPECTOS GENERALES

Una de las áreas del Derecho Comercial que más preocupación e interés genera es la llamada propiedad industrial, cuyas implicaciones, económicas, jurídicas y sociales traspasan y desdibujan cada vez más las fronteras de países desarrollados y en vías de desarrollo, contribuyendo a los fenómenos producidos como consecuencia de la globalización. Ello a su vez, plantea constantemente nuevos retos a su protección y promoción por el surgimiento de nuevas tecnologías y la manera vertiginosa como surgen distintas plataformas, sistemas y modos de explotación bien sea que estén autorizados o no, en ocasiones poniendo en riesgo los derechos derivados de su titularidad. Aunque la propiedad industrial no está limitada a los comerciantes de manera exclusiva, es de anotar que por su naturaleza misma como bien mercantil –y, por tanto, parte del patrimonio del comerciante–, indudablemente es a ellos a quienes está destinada primordialmente esta protección.

Estos derechos intangibles constituyen una nueva forma de riqueza. Ciertamente los resultados económicos y sociales positivos del fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual aumentan cuando entre los sectores gobierno, ciencias y empresas se logra una cooperación. Un aspecto relevante de este enfoque sistémico es que las oportunidades se concretan como resultado de objetivos claros, acompañados de acciones continuas, enmarcados en políticas públicas encaminadas a facilitar el desarrollo del conocimiento, la innovación y el intercambio. Una vez son establecidas estas políticas públicas, la cooperación entre el sector académico y el privado permite contemplar mejores perspectivas de crecimiento con base en el conocimiento (Rozanski, 2003).

A pesar de que propiedad industrial y derecho de autor son reunidos dentro de la propiedad intelectual, lo cierto es que ambas obedecen a propósitos diferentes toda vez que el derecho de autor protege las obras artísticas, científicas y literarias así como los derechos morales y derechos patrimoniales de autores o titulares desde una proyección primordialmente personal, mientras que la propiedad industrial obedece a una intencionalidad de explotación económica o industrial teniendo en cuenta que la propiedad industrial como bien inmaterial constituye una de las principales herramientas con las que los comerciantes logran llegar a los consumidores, masificar o mejorar sus procesos de producción y, en general, innovar y aprovechar eficientemente los recursos y las inversiones que ha

realizado a través de un monopolio que otorga el Estado una vez se han obtenido los registros pertinentes, resultado de una regulación más exigente que la otorgada al derecho de autor.

Es consecuencia del proceso de globalización, que el desarrollo de la tecnología y de la información constituyen activos cada vez más valiosos cuya protección debe convertirse si no en el más importante, sí en uno de especial trascendencia para quienes concurren a los mercados en calidad de competidores, a su vez, debe constituir para los Estados un aspecto de especial consideración y objeto de políticas públicas que permitan garantizar la innovación, competitividad y desarrollos necesarios para la economía nacional.

En tal sentido, Correa Taborda (2019) afirma que es necesario replantear nuestros paradigmas puesto que cada vez con mayor frecuencia surgen tecnologías de la información y de las comunicaciones que influyen en nuestro estilo de vida, así mismo, ello incide en la ganancia de los productos teniendo en cuenta que su innovación y creatividad son determinantes, máxime cuando el internet ha cambiado la fuerza del mercado mediante la interconexión de redes y servicios. Además, sostiene que el conocimiento contribuye a la economía puesto que aumenta la productividad, la formación, y la consolidación de nuevas empresas en las que los bienes de capital, del trabajo y de los insumos de los recursos naturales, dependen cada vez más de su efectividad para generar y utilizar conocimientos (Correa Taborda, 2019).

En Colombia desde la década de 1990 los sucesivos gobiernos han manifestado la intención de fomentar y apoyar la implementación de una sociedad y economía del conocimiento, en la que los distintos actores económicos, políticos y sociales generen y reproduzcan conocimiento (Arce Tovar, 2013). No obstante, es uno de los países de desarrollo medio con menor inversión en temas de investigación y desarrollo pues según los datos más recientes del Banco Mundial, a 2017 se invirtió en materia de investigación y desarrollo el 0,24% del PIB (Banco Mundial, 2019). Recientemente, el gobierno nacional dispuso la creación de la Misión Internacional de Sabios, con la que espera trazar la ruta necesaria para formular recomendaciones en distintos ejes temáticos de ciencias y tecnología.

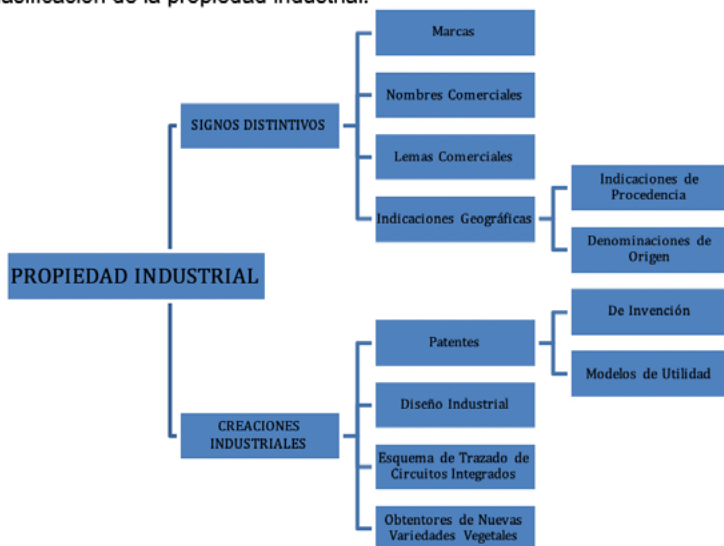
Este proyecto impulsado por la Presidencia de la República y a cargo de la vicepresidencia con acompañamiento del Ministerio de Educación

y Colciencias, tiene como propósito la elaboración de recomendaciones factibles e inquietudes relevantes encaminadas a responder a los desafíos productivos y sociales, contribuyendo al desarrollo sostenible e inclusivo en el país. Con una duración inicial de diez meses se conforma de 46 expertos nacionales e internacionales quienes a través de un trabajo ad-honorem formularán estrategias para el avance de la ciencia, la tecnología y la innovación en los ejes temáticos de tecnologías convergentes e industrias 4.0; energía sostenible; biotecnología, medio ambiente y bioeconomía; ciencias sociales, desarrollo humano y equidad; océanos y recursos hidrobiológicos; ciencias de la vida y la salud; industrias creativas y culturales; y ciencias básicas y del espacio.

Con ello se espera que el país pueda hacer frente a los distintos retos que trae consigo el presente siglo por medio de políticas públicas que impulsen y protejan los intereses no sólo del Estado sino de particulares interesados en promover la economía nacional, lo que a su vez debería redundar en un aumento por el interés en desarrollar y proteger bienes intangibles que constituyan activos valiosos para quienes concurren a los distintos mercados, bienes que por supuesto, son creaciones intelectuales resultado del esfuerzo, inversión e innovación de los mismos particulares.

2. CLASIFICACIÓN.

Gráfico 1:
Clasificación de la propiedad industrial.



Fuente: Elaboración propia basada en Decisión Andina 486 de 2000.

La propiedad industrial como bien inmaterial, a su vez objeto de protección por parte del Estado es clasificada junto con el derecho de autor dentro de la llamada propiedad intelectual, esta última es considerada una disciplina normativa encaminada a proteger las creaciones intelectuales surgidas de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. En Colombia, por mandato constitucional los derechos intelectuales son contemplados de manera conjunta, armónica y sistemática cuando a través del artículo 61 se señala que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley” (Const., 1991, art. 61).

Estos bienes intangibles son de reciente desarrollo y protección frente a otras áreas del Derecho Privado, no sin que ello provocara acaloradas discusiones sobre su naturaleza jurídica e incluso la pertinencia de su protección. Al respecto Castro García plantea que:

El escollo más importante que hubo de superar fue el del reconocimiento en el mundo del derecho de la existencia de un nuevo derecho real de naturaleza incorporal y cuyo elemento preponderante era de contenido patrimonial. Ese reconocimiento sólo fue posible en el contexto de aquel momento histórico en el que se dio el cambio de los modos de producción (ocurrido como resultado de la Revolución Industrial) y de la forma de entender las nuevas relaciones de intercambio comercial estimuladas por la teoría de liberalismo económico que surgió a finales del siglo xix. Uno de los pilares de esta teoría es el reconocimiento a la posibilidad que tienen todos los individuos de gozar de la propiedad privada. En particular, de aquella que surge como resultado del trabajo y que es generadora de riqueza, como lo es la que resulta de las creaciones del intelecto (Castro García, 2009, p. 38).

Por propiedad industrial entonces, se conoce al derecho adquirido por una persona natural o jurídica como resultado de la expresión de sus ideas, de sus conocimientos técnicos, tecnológicos y científicos, de ingenio, de su creatividad, que han sido materializados o utilizados en un producto o servicio con una utilidad real (Rey Vega, 2005). Su principal propósito es proteger e incentivar la creatividad de las personas, los adelantos tecnológicos y científicos, permitiendo que se les reconozca su propiedad principalmente en el aspecto patrimonial. Por su naturaleza, se trata de derechos adquiridos, prescriptibles, que eventualmente serán de dominio público.

Por la naturaleza misma de la propiedad industrial, estos derechos son adquiridos y teniendo en cuenta la temporalidad de los registros otorgados,

no existe la imprescriptibilidad respecto de ellos: las legislaciones a nivel nacional e internacional los limitan a determinada vigencia temporal posterior a la cual cesa todo tipo de titularidad y los derechos derivados de su desarrollo entran al dominio público.

Distintos autores han ocupado en definir lo que constituye la propiedad industrial y su objeto. Canaval (2008) se refiere a ello en los siguientes términos:

La propiedad industrial es el conjunto de derechos exclusivos y temporales que el Estado concede para usar y explotar económicamente aquellas invenciones o innovaciones aplicables a la industria y el comercio que sean producto del ingenio y la capacidad intelectual del hombre. Recae sobre las cosas imperceptibles e inmateriales, como las creaciones que proceden del ingenio humano susceptibles de beneficio comercial o de utilización industrial (Canaval Palacios, 2008, p. 78).

2.1. Características de la propiedad industrial.

Sostiene Canaval Palacios (2008) que esta propiedad imperceptible e inmaterial tiene una serie de características:

Se predica de un bien inmaterial. Como se ha resaltado, los bienes objeto de protección en la propiedad industrial tienen un carácter intangible y comprenden esas creaciones del intelecto humano, clasificados en signos distintivos y nuevas creaciones, es imprescindible que la creación sea susceptible de ser aplicable a la industria o al comercio.

Lleva implícita la obligación de explotación económica. Toda vez que estos bienes están destinados primordialmente a la explotación económica, la DA486 impone a los titulares la obligación de hacer uso de la misma a través de las distintas alternativas tales como la producción industrial del producto, su distribución y comercialización de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado, es decir, las del público en general. Adicionalmente, si el titular no lo explota, el Estado podrá otorgarles licencias obligatorias a otras personas para que hagan uso y explotación de la creación.

Está sujeta a registro. En materia de propiedad industrial no basta con la creación intelectual para que se entienda protegida, a diferencia de lo que sucede con el derecho de autor, dado que es necesario que el Estado a

través de autoridad competente otorgue un registro. En efecto, el registro de una obra para el derecho de autor tiene carácter declarativo, mientras que en propiedad industrial es constitutivo de derechos e indispensable para su explotación económica.

Asigna cargas al titular de los derechos. Una vez el titular obtiene el registro, la DAA486 impone además de la mencionada obligación de explotar económicamente el bien objeto de registro, la necesidad de registrar todo contrato o acto que implique la cesión o transferencia a un tercero, ante la Oficina de División de Propiedad Industrial.

Tiene carácter temporal. La propiedad industrial tiene la particularidad de que la protección otorgada por el Estado tiene una duración estipulada para cada uno de los bienes inmateriales regulados, es decir, que el uso y la explotación de las creaciones están reglamentadas temporalmente teniendo en cuenta su importancia y campo de aplicación en la industria y el comercio.

2.2. Protección de la propiedad industrial.

El reconocimiento de la propiedad industrial como bien inmaterial es muy reciente y la principal dificultad radica precisamente en su naturaleza incorporeal, como lo hemos planteado.

A nivel regional, también es de relativa novedad el interés en proteger la propiedad inmaterial. Rozanski se refiere a ello cuando explica que “En Latinoamérica el valor de los bienes físicos es apreciado, mientras que la función de los bienes intangibles, tales como patentes, marcas, diseños, y diversas formas de la innovación, es insuficientemente valorada” (Rozanski, 2003, p. 107).

Aunque en nuestro país regían las disposiciones del Código de Comercio hasta la adopción del derecho comunitario andino, el mismo vino a complementar y orientar el alcance de la normatividad existente. Como país miembro del Acuerdo de Cartagena, en Colombia, con miras a una integración comercial en la región, rigen las normas comunitarias que se manifiestan en las llamadas Decisiones Andinas. La primera de ellas en ocuparse de asuntos de propiedad industrial fue la Decisión Andina 85 en 1974, seguida de la Decisión Andina 313 de 1992 y la Decisión Andina 344 de 1993, estando en vigencia actualmente la Decisión Andina 486 de 2000.

Una de las mayores ventajas que supone la protección estatal otorgada a estos bienes intangibles es que implica no solamente el otorgamiento de una protección especial como reconocimiento del esfuerzo creativo de quien le da origen, sino que además incluye la prohibición a terceros contra la utilización indebida de la misma, con lo que estamos frente a un monopolio no solamente aceptado sino además promovido por parte del Estado. Ello por cuanto se espera que el constante desarrollo e investigación de los particulares redunde en beneficio de los ciudadanos en varios aspectos: de manera inmediata en cuanto podrán acceder a los bienes y servicios desarrollados por el comerciante satisfaciendo sus necesidades como consumidores; y de manera eventual toda vez que los privilegios otorgados a autores, inventores o titulares de signos distintivos tienen una determinada duración en el tiempo específica para cada caso.

Deviene de lo anterior que cuando una persona obtiene un registro sobre propiedad intelectual adquiere un mecanismo de protección sobre estos, pero principalmente logra el reconocimiento de su titularidad y, con ello, el derecho a hacer uso de tal bien a través de las distintas formas de disposición que considere pertinentes o viables para su actividad, aunado al hecho de constituir prueba irrefutable de la titularidad en el evento de presentarse controversias con terceros (Rey Vega, 2005).

La protección de la propiedad intelectual a través del derecho penal no se trata sólo de la creación tipo penal que prohíba las infracciones contra ella, sino que obedece al cumplimiento de medidas a nivel internacional que buscan una lograr sanciones penales suficientes contra estas infracciones, estas obligaciones se evidencian en la adopción de mecanismos como el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual –ADPIC– relacionado con el Comercio, correspondiente al Anexo 1C del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio. Así, el artículo 306 de la Ley 599 de 2000, esto es, reformado por la Ley 1032 de 2006 indica:

Artículo 306. Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales. 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 puntos 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 (Ley 599, 2000, art. 306).

Tabla 1.
Protección de la propiedad industrial.

TABLA 1 PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL		
TIPOS DE CREATIVIDAD	EJEMPLOS	PROTECCIÓN LEGAL (CONTRA COPIA)
Productos, Procesos	Actividades Productivas	Patentes Secretos Comerciales Variedades Vegetales
Arte, Ciencia	Dibujos, Pinturas, Esculturas, Música, Películas, Videos, Grabaciones, Avisos, Escritura, Literatura, Ciencia, Diarios, etc.	Derechos de Autor
Nombres, Emblemas	Productos y servicios	Marcas Denominaciones de Origen
Formas, Apariencias	Ítems domésticos e industriales	Diseños

Fuente: (Rozanski, 2003).

3. SIGNOS DISTINTIVOS

Estos signos distintivos son símbolos, logo símbolos, emblemas o nombres utilizados por las personas naturales o jurídicas para distinguir sus bienes o servicios, permitiéndoles diferenciarse de los demás. Los signos distintivos tienen entonces la finalidad principal de distinguir a los productos y servicios que los empresarios están en posibilidad de proveer dentro de la rama del comercio en la que se desenvuelvan.

Existe un gran debate respecto a la noción de signo, sin embargo, la gran mayoría de las cosas que nos rodean son signos que pueden aportar una significación. Según la RAE es un objeto, fenómeno o acción material que por naturaleza o convención representa o sustituye a otro (Real Academia Española, 2019). Su importancia radica entonces en que estos signos permiten al empresario establecer vínculos con los consumidores.

En Colombia, la autoridad competente encargada de los trámites de los

registros y todo lo relacionado con ellos tal como su cancelación, renuncia, nulidad y caducidad es la Superintendencia de Industria y Comercio.

Dentro de los signos distintivos, podemos encontrar que el más importante de ellos y al que mayor esfuerzo publicitario, inversión y cuidado dedican los empresarios son las marcas.

3.1. Marcas.

Es a través de este bien inmaterial, aunado a las pautas publicitarias, que el comerciante logra penetrar en el ánimo del consumidor, seduciéndole para que adquiera los bienes o servicios que el primero está en condiciones de proveerle; de allí la importancia que reviste para los empresarios no sólo la protección desde el punto de vista legal y económico, sino de la percepción que el público en general tiene de este signo y, por consiguiente, de todo lo que su actividad representa.

Es tal la trascendencia de este signo distintivo que puede llegar a constituir el activo más importante que posea una empresa (Santa Cruz Scantlebury, 2017). A su vez, Pedreros Suárez afirma que:

Su protección se asegura por la ciencia jurídica como un activo muy importante para las empresas – en ocasiones de la más alta trascendencia-. De ahí que esta protección no sea de carácter temporal, sino que, una vez cumplidos los requisitos legales, tienen una vocación de duración indefinida (Pedreros Suárez, 2017, p. 10).

En efecto, a diferencia de lo que sucede con otros bienes de la propiedad industrial, las marcas pueden prorrogarse de manera indefinida siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la titularidad, paguen las tasas correspondientes y tal como se mencionó con anterioridad, se cumpla con la obligación de explotación.

La marca puede estar constituida por palabras, símbolos alfanuméricos (letras o números), dibujos, imágenes, formas bien sea bidimensionales o tridimensionales, colores siempre delimitados por formas, logotipos, figuras, símbolos gráficos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos o cualquier combinación de estos elementos. En tal sentido, la DA486 en su artículo 134 señala que:

A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro (Decisión Andina 486, 2000, art. 134).

La marca debe reunir dos requisitos fundamentales: la distintividad que en esencia significa que debe permitir al comprador o consumidor diferenciar productos o servicios respecto de los competidores, y que no induzca al engaño, es decir, que no engañen a los medios comerciales o al público sobre su procedencia geográfica, naturaleza, modo de fabricación o características, así mismo, se debe verificar que sea lícita y esté disponible para su registro. Una vez obtenido dicho registro la protección dura 10 años contados a partir de la expedición del certificado, no obstante, a diferencia de otros bienes de propiedad industrial, el registro es prorrogable de manera indefinida por períodos iguales teniendo en cuenta la necesidad del comerciante de seguirse identificando y del esfuerzo que conlleva el posicionamiento de este signo.

Un signo no se considerará marca si consiste en las formas usuales, características naturales o funcionales del producto, tampoco se protegen nombres genéricos, técnicos o descriptivos del producto, su calidad o cantidad, ni aquellas reproducciones o imitaciones de signos o escudos protegidos; no es marca aquello que afecte derechos de terceros “especialmente cuando sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada para los mismos servicios o productos, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión y/o de asociación” (Torres, 2015, p. 236) o lo que vaya en contra de la ley, la moral y el orden público, como sucedió cuando la Superintendencia de Industria y Comercio negó el registro de la marca Pablo Emilio Escobar Gaviria en 2013.

Con el propósito de facilitar el registro de marcas en diferentes países se aprobó el Protocolo de Madrid de 1989, protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas, este sistema permite proteger una marca en gran número de países mediante la obtención de un registro internacional que produce efectos en los países que se hayan adherido. Es de resaltar que, de conformidad con el principio de territorialidad, las respectivas autoridades competentes sólo

están facultadas para otorgar registros en su propio país, por lo que estos sistemas facilitan el registro cuando el titular del derecho desea expandirse y protegerse a nivel internacional.

3.1.1. Clasificación

A efectos del registro, una marca debe señalar su clasificación dependiendo de la actividad que está llamada a desarrollar. La Clasificación de Niza, establecida por el Arreglo de Niza de 1957, es una clasificación internacional de productos y servicios que se aplica para el registro de marcas cuya undécima edición entró en vigor el 1 de enero de 2019.

Teniendo en cuenta que el principal propósito de la marca es diferenciar al empresario, su actividad y oferta de bienes y servicios, es lógico que exista una pluralidad de tipos de marcas. En efecto, podemos encontrar que las marcas se clasifican en:

Marcas nominativas o denominativas: Están compuestas por símbolos alfanuméricos, es decir, palabras (como Aspirina) o números (1664) o la combinación de estos caracteres (como 3M) e incluso, varias palabras (como Calvin Klein), que a su vez pueden tener una relación directa con el bien o servicio que representan (como Nescafé), o por el contrario, pueden tratarse de denominaciones arbitrarias (como Totto) o cuya denominación no evoque necesariamente la actividad que representan (como Apple). Puede tratarse del nombre de una persona (como Carolina Herrera) o su seudónimo (como Maluma), de siglas (como LATAM), de iniciales (como LV) y en general de cualquier palabra o combinaciones de palabras susceptibles de ser escritas y leídas.

Marcas figurativas: Se constituye de líneas, colores delimitados por una forma, formas o combinaciones de estos elementos que pueden tener un significado especial, tratarse de una figura (como la manzana de Apple) o varias imágenes (como las tres líneas del logo de Adidas), pueden ser una figura (como el azulejo de Twitter) o un color (como el amarillo de Kodak). Es de anotar que en estos casos estamos frente a representaciones gráficas de dos dimensiones por lo que estas marcas figurativas son dimensionales, por el contrario si se trata de una forma en tres dimensiones fácilmente reconocible y asociada con el bien o servicio estamos frente a marcas tridimensionales (como la botella de Coca-Cola o un Kiss de Hershey's que se asemejan a una gota), en estos casos se exige que la forma tridimensional

sea arbitraria frente al producto que representa, es decir, que no constituya la forma usual, característica o impuesta por la naturaleza del producto. Si se trata de un color, además de estar delimitado por una forma es necesario que el mismo no se derive de la naturaleza misma del producto, sino que corresponda a un esfuerzo creativo del empresario para diferenciarle (como el color rosado para la gaseosa Manzana de Postobón).

Marcas mixtas: Una marca puede ser simple cuando se constituye de un solo elemento o representación, o puede ser compleja también denominada mixta, ello sucede cuando combina dos elementos, generalmente se trata de uno denominativo y uno gráfico como sucede con la Corporación Universitaria Americana cuya marca registrada se constituye de un elemento nominativo pues incluye el nombre de la institución aunado al logo o escudo que es una representación gráfica o figurativa.

Marcas sonoras: Este tipo de marca se constituye de sonidos bien sean musicales o no, no obstante, es necesario que los mismos sean susceptibles de representación gráfica a fin de poder darles publicidad, y como se ha mencionado, no deben desprenderse de la naturaleza misma del producto sino que deben obedecer a un esfuerzo adicional y deliberado por parte del empresario, por lo que aún sonidos tan inconfundibles como el ruido del escape de las Harley-Davidson no serían objeto de protección, puesto que obedece a la composición y necesidades técnicas del producto mismo y no a los mencionados esfuerzos creativos e intelectuales objeto de protección. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante Proceso 212-IP-2013, G.O.A.C. No. 2311 ha interpretado que la susceptibilidad de representación gráfica es “la aptitud que tiene un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, fórmulas u otros soportes, es decir, en algo perceptible para ser captado por el público consumidor” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014).

Marcas olfativas: Aunque se encuentran reguladas el otorgamiento del registro se ve limitado por cuanto no hay métodos suficientemente confiables para su representación gráfica y por considerarse insuficiente la descripción de la fórmula química, así mismo, tienen la particularidad de que un mismo olor no es percibido de la misma manera por dos personas diferentes, lo que limita su distintividad. No obstante, si se superan estos obstáculos es susceptible de protección como en el caso del calzado infantil Bubblegummers cuyo olor a chicle es característico de la marca.

Marcas colectivas: Es aquella que distingue el origen o cualquier característica común de productos o servicios originados en personas o empresas diferentes. La controla una sola persona natural o jurídica que la administra y tiene como principal propósito permitir que varias personas o empresas se agrupen y promuevan o comercialicen de manera colectiva, sus productos o servicios. Ello sucede con bastante frecuencia cuando se trata de asociaciones o gremios o con grupos empresariales como sería el caso del Grupo Aval.

Marcas notorias: Cuando una marca es reconocida por la inmensa mayoría del público, y no solamente por un grupo específico de consumidores, por lo que cuando se la ve o se la escucha de manera automática el consumidor la asocia con el producto o servicio por su alta distintividad, como sería el caso de Nestlé o Texaco. Al respecto vale la pena mencionar que de manera general, en un mercado pueden coexistir perfectamente varias marcas con una denominación similar siempre que designen productos diferentes y que, por tanto, no induzcan a confusión al consumidor (como sucede con la marca Corona que está registrada por distintos competidores para identificar productos tan disímiles como cerámica, cerveza y chocolate amargo), no obstante, cuando la marca ha alcanzado la notoriedad no le está dado a terceros registrar marcas parecidas bajo el entendido que se estaría beneficiando del esfuerzo del comerciante que ha logrado un alto nivel de recordación en los consumidores a nivel nacional. Resalta Riofrío Martínez-Villalba que para los consumidores de estos productos “resultan tan inconfundibles esas marcas que si alguien los usara en cualquier ramo, clase o género de productos o servicios (como en zapatos, libros, electrodomésticos), inexorablemente se terminaría atribuyendo al mismo origen comercial esos productos” (Riofrío Martínez-Villalba, 2014, p. 204), por lo que la prohibición va encaminada a la protección de sus intereses minimizando el riesgo de confusión.

Marcas de certificación: Esta clasificación no sólo permite diferenciar un producto en el mercado, sino que además garantiza su calidad o características particulares mediante reglamentos a los que el producto o servicio se ciñe, sus estándares de calidad, o procedimientos de fabricación, a modo de ejemplo la empresa SGS S.A., junto con sus filiales y empresas conjuntas, proporciona servicios de inspección, verificación, ensayos y certificación.

Tabla 2.
Tipos de marcas.

Tipos de marcas		
Según la percepción	Según la función	Según el uso
Nominativas	Colectivas	Comunes
Figurativas	De certificación	Notorias
Mixtas		
Tridimensionales		
Sonoras		
Olfativas		

Fuente: Elaboración propia basada en la Decisión Andina 486 de 2000.

4. PREGUNTA METODOLOGÍA SABER PRO

La marca permite que los consumidores identifiquen el producto o servicio y lo recuerden, de forma que puedan diferenciarlo de uno igual o semejante ofrecido por otro empresario. Los consumidores son más propensos a adquirir un producto del cual recuerdan la marca que de aquellos que no logran identificar. Así mismo, la marca representa en la mente del consumidor una determinada calidad del producto o servicio, así como reporta alguna emoción en el consumidor (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019).

De la lectura del texto podemos inferir la finalidad propia de la marca es cumplir:

- Una función esencial por cuanto permite al consumidor identificar el origen del producto.
- Una función de defensa de imagen dado que representa la identidad e imagen empresarial.
- Una función publicitaria pues proyecta una imagen de la empresa y su estrategia de marketing.
- Una función de garantía de la calidad pues certifica el estándar de calidad a que se somete.

La respuesta correcta es la A, puesto que a pesar de que todas son funciones propias de las marcas, el texto va encaminado a los esfuerzos del comerciante por lograr la suficiente recordación de la marca.

No estamos frente a la defensa de la imagen puesto que no hay indicación de los valores comerciales o la representación de la imagen de la empresa.

No se trata de la función publicitaria pues, aunque hace referencia a estrategias de marketing no es la idea principal.

No se enfoca en la función de garantía de la calidad por cuanto esta se predica principalmente de las marcas de certificación y no de manera general a todo tipo de marcas.

4.1. Nombres comerciales.

Este signo permite individualizar a una empresa en un mercado frente a los demás competidores toda vez que bajo esta denominación se desarrollará la actividad y se explotará comercialmente la empresa, es decir, se trata de cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil.

El derecho sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso que se haga de él en el mercado y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento, vale la pena resaltar que el depósito de nombre comercial es meramente declarativo y no constituye la fuente de un derecho de exclusividad que le permite al titular actuar contra terceros, puesto que su propósito es el de servir como una presunción sobre la fecha en que se llevó a cabo el primer uso del mismo. En Colombia, estos signos se depositan ante la Oficina de Registro de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se confiere al depositante la posibilidad del uso exclusivo durante 10 años con la posibilidad de ser renovados.

Así mismo, la denominación social o razón social inscrita en una cámara de comercio puede constituir también el nombre comercial de una empresa o un establecimiento de comercio, y su titular tiene el derecho de impedir que terceras personas, sin su consentimiento, utilicen en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pueda causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular. El fundamento de su protección se encuentra en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, artículo 8º, y en el artículo 190 y subsiguientes de la Decisión Andina 486.

Existe una estrecha relación de este signo con las marcas, no obstante, cada uno de ellos tiene una razón de ser, la diferencia fundamental radica en que la marca identifica productos o servicios mientras que el nombre comercial individualiza a la empresa dentro del mercado, el nombre comercial se utiliza principalmente en documentos legales de la empresa, en sus facturas, en su papelería y puede hacer también parte de la publicidad. Así mismo, una empresa puede identificar o no sus productos bajo una

marca, no obstante, toda empresa debe tener por lo menos un nombre comercial, aunque puede valerse de varios. A diferencia de las marcas, el nombre comercial no puede identificarse por medio de dibujos o sonidos, sino que sólo puede consistir de letras o números (Castro García, 2009).

Este signo, por tanto, permite al empresario dar a entender al consumidor lo que es y lo que hace, esperando lograr una suficiente recordación en el imaginario común y en el ánimo de cada persona, logrando un reconocimiento que le permita a su vez obtener una participación mayor en el mercado.

4.2. Lemas comerciales.

El lema comercial, conocido también como slogan, es una palabra o conjunto de ellas que buscan reforzar la distintividad de la marca, el artículo 175 de la Decisión Andina 486 le define como “(...) la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca.” (Decisión Andina 486, 2000, art. 175) de lo que se desprende su carácter accesorio o subsidiario. En efecto, es perfectamente posible registrar una marca sin un lema, no obstante, todo registro de un lema comercial debe indicar la marca a la cual estará asociado, de allí que también su suerte se encuentre ligada a la de la marca que identifica, toda vez que, si el registro de la marca es negado, si se declara su nulidad o si no se renueva, lo mismo sucederá con su lema.

Los lemas son utilizados en diversas actividades, a modo de ejemplo, Carrefour únicamente utilizaba la palabra “chévere” como lema, mientras que cerveza Águila desde hace varias décadas utiliza la expresión “sin igual y siempre igual”, otras actividades también se benefician de este signo, algunos han utilizado frases extensas que, sin embargo, transmiten mensajes contundentes y con recordación como el de las campañas publicitarias de Banco Davivienda que reza “en estos momentos su dinero puede estar en el lugar equivocado, tráigalo a Davivienda”.

Tal como sucede con otros signos distintivos, el titular puede oponerse al registro de una marca frente a la cual pueda existir confusión, puede impedir que terceras personas utilicen lemas similares en la identificación de productos de la misma naturaleza, aunque las marcas fueren distintas. Dado que se trata de la protección de frases o palabras, las imágenes, símbolos o figuras no son susceptibles de esta protección, la cual también tiene una duración de 10 años renovables.

4.3. Indicaciones geográficas.

Es un importante medio para indicar el origen de los bienes o servicios, uno de los objetivos consiste en promover el comercio informando al usuario del origen de los productos. La protección de dichas indicaciones se realiza en el plano nacional, pero existen varios tratados internacionales que ayudan a proteger las indicaciones geográficas en varios países.

4.3.1. Denominaciones de origen.

Estas nos permiten identificar la procedencia de un producto que, por las características y condiciones especiales de una región particular, permite ser identificado de forma distintiva de los mismos productos en otros lugares. La Decisión Andina 486 se refiere a ellas en su artículo 201 señalando que está

“constituida por 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” (Decisión Andina 486, 2000, art. 201).

Este signo otorga a varios productores la posibilidad de su uso, es decir, no se trata de un registro en particular de un solo productor sino de una protección llamada a proteger la reputación de un producto de una determinada zona y los interesados pueden radicar una solicitud ante la Superintendencia de Industria y Comercio quien la otorga por un término de 10 años renovables mientras subsista la denominación de origen, es decir, que su vigencia está determinada o limitada por el tiempo que prevalezcan las condiciones que lo motivaron pues si ellas desaparecen también lo hace la denominación de origen.

Las características propias del lugar de procedencia de estos productos hacen que los consumidores les prefieran sobre productos similares que no gozan de dicho reconocimiento, estas características destacables son atribuidas a factores naturales como la humedad, los cambios de temperatura, el pH del suelo o la altura sobre el nivel del mar, y a factores humanos como los conocimientos tradicionales y las habilidades de los productores (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013).

En Colombia existe una variedad de productos que ostentan este reconocimiento, entre los que encontramos: café de Colombia, bocadillo veleño y las tejedurías Zenú y Wayuu, no obstante, no es suficiente considerar que el producto tiene la suficiente importancia para ostentar dicha calidad, sino que tal como sucede con los demás signos distintivos, es necesario que se haya obtenido el registro habiéndose cumplido los requisitos señalados anteriormente.

4.3.2. Indicaciones de procedencia.

La indicación de procedencia se utiliza en aquellos casos en los que el origen geográfico del producto no tiene incidencia determinante en su calidad o características particulares. En consecuencia, la indicación de procedencia no es garantía ni de calidad, ni de las características particulares del producto, sino que indica simplemente un origen geográfico. La única condición para la utilización de este signo es que el producto se origine verdaderamente en el país o región designado por la indicación, como sucede cuando encontramos la designación Hecho en Colombia.

5. CREACIONES INDUSTRIALES.

Estas formas de protección, también denominadas nuevas creaciones son objeto de protección por parte del Estado y tal como sucede en el caso de los signos distintivos, la legislación aplicable es la Decisión Andina 486. Constituyen una serie de Prerrogativas otorgadas por el Estado a favor de personas naturales o jurídicas, que les confieren un derecho de explotación exclusiva respecto de innovaciones, es decir, creaciones intelectuales que superen el estado actual de la técnica y que den soluciones a problemas técnicos que hasta entonces no los tenían.

A diferencia de lo que sucede con los signos distintivos no están llamados a identificar la actividad, sus productos o servicios o al empresario mismo, sino que se trata de creaciones susceptibles de una aplicación industrial destinadas a aumentar o mejorar la productividad.

De estos derechos se destaca el carácter temporal de su vigencia a fin de beneficiar no sólo al titular sino a la colectividad a la que pertenece a través del incentivo a la innovación, libertad de comercio e industria, sino que estas creaciones están llamadas eventualmente a entrar al dominio público una vez transcurrido el término designado por la ley para cada uno de ellos.

5.1. Patentes.

El artículo 14 de la Decisión Andina 486 se refiere a estos al establecer que “los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial” (Decisión Andina 486, 2000, art. 14)

Las patentes pueden otorgarse como patentes de invención o patentes de utilidad; en el primer caso se dan respecto de invenciones o procedimientos con un alto nivel inventivo, en el segundo caso, respecto de los llamados modelos de utilidad.

Una patente de invención protege todo nuevo producto o procedimiento que ofrece una nueva solución que da una solución técnica a un problema técnico, de manera general cualquier tipo de invención es susceptible de patentarse siempre que reúna los requisitos de patentabilidad

Tabla 3.

Requisitos para la obtención de patentes.

Requisitos para la obtención de patentes	
Patentes de invención	Patentes de utilidad
Novedad	Novedad
Nivel inventivo	-
Aplicación industrial	Aplicación industrial

Fuente: (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017).

Las patentes son títulos de invención otorgados por el Estado a través de la autoridad competente, que confiere al titular del mismo a modo de monopolio, el derecho exclusivo de explotación económica, con lo que a vez se impide a terceros dicha explotación sin su autorización.

Aunque las invenciones han sido parte de la historia de la humanidad, lo cierto es que tal como ha sucedido con otros bienes de propiedad industrial, la protección legal es relativamente reciente, para Castro García este momento debe contarse a partir de la adopción el Convenio de París en el que en su opinión se establecieron los principios del moderno derecho de patentes (Castro García, 2009). No obstante, mucho antes en 1474 como consecuencia de la adopción de una ley conocida como el Estatuto de Venecia de 1474 o Parte Veneziana, se desarrollaron los cuatro principios que incluso hoy sirven de base en los distintos sistemas de patentes: a. la

promoción de la actividad inventiva, b. la compensación de los gastos en que incurre el inventor o empresario, c. el derecho del inventor, d. la utilidad social de la invención (Plasseraud & Sauvignon, 1983).

Tal como sucede en otras latitudes, nuestro régimen si bien no establece qué es una invención sí dice lo que no lo es, la Decisión Andina 486 en su artículo 15:

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 (Decisión Andina 486, 2000, art. 15).

Una vez superados los requisitos y obtenido el correspondiente registro, la protección se otorga por un término de 20 años contados a partir de la fecha de solicitud, sin embargo, para mantenerla en vigor es necesario pagar tasas anuales a partir de su concesión, transcurridos estos 20 años no existe la posibilidad de una prórroga.

Durante este tiempo de duración de la patente es aconsejable que el empresario haya dedicado grandes esfuerzos a posicionarse en el ánimo de los consumidores como el creador del producto o procedimiento, de tal forma que vencida la patente y habiendo entrado al dominio público pueda todavía aprovechar su estatus añadiendo expresiones a sus pautas publicitarias y demás recursos expresiones como el original o el tradicional, que induzcan al consumidor a una preferencia basada en calidad pero también en fidelidad.

Algunas patentes son más llamativas que otras, sin embargo, todas se caracterizan como se mencionó por solucionar problemas técnicos que además pueden tener grandes repercusiones en distintos ámbitos; en 2019 la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín obtuvo la patente de un bioinsecticida como una solución de manejo integrado de la oruga negra, un animal propio de regiones tropicales y subtropicales de América que en su etapa de larva puede erradicar cultivos si no se controla de forma adecuada.

Colombia es el cuarto país de Latinoamérica en solicitud de patentes según la Ompi, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, publicó el listado de patentes solicitadas por los 170 países que la conforman, para el año 2018 Colombia realizó 163 solicitudes de patentes bajo el tratado de cooperación de patentes (PCT) (Centro de datos estadísticos de la OMPI sobre propiedad intelectual, 2019).

5.2. Normatividad sobre patentes

5.1.1. Convenio de París

Este constituyó el primer importante acuerdo internacional que se ocupó de regular aspectos concernientes a la protección de los derechos de propiedad industrial, entre ellos, las patentes. Así mismo, son de resaltar aspectos como el trato nacional, el derecho de prioridad y algunas disposiciones comunes en el campo del derecho sustantivo de patentes (Convenio de París, 1883).

5.1.2. Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)

Esta normatividad implementó un sistema internacional para la elaboración y presentación de solicitudes de patentes, a través del cual se solicita la protección legal de patentes de invención tanto de manera individual como simultánea en varios países (Tratado de cooperación en materia de patentes, 2013).

5.1.3. Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes

Este arreglo constituye un sistema internacional, el cual se actualiza de manera periódica a fin de catalogar las invenciones de las solicitudes de patente allegadas, ello por cuanto tal sistematización facilita las búsquedas y revisión de la información contenida en las patentes y sus solicitudes (Arreglo de Estrasburgo relativo a la clasificación internacional de patentes, 1979).

5.1.4. Tratado sobre el Derecho de Patentes

Su propósito es concatenar las formalidades nacionales en patentes en todo el mundo a fin de establecer requisitos comunes, tocando aspectos relativos a los requisitos formales de los procedimientos nacionales

y regionales sobre patentes, los límites máximos, las formalidades procedimentales de las solicitudes tanto nacionales como regionales de patente y las patentes (Tratado sobre el derecho de patentes, 2000).

5.1.5. Tratado de Budapest

Esta norma se refiere al reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes y regula a nivel internacional lo relativo a desarrollo de biotecnología. A su vez se refiere al depósito de microorganismos ante lo que denominan como una autoridad internacional de depósito, el cual necesariamente debe ser reconocido por todo Estado contratante (Tratado de Budapest, 1977).

5.2. Patentes de modelo de utilidad.

El otro mecanismo de protección a través de patentes es el de los modelos de utilidad, los cuales protegen las nuevas formas, configuraciones o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo que permita un funcionamiento mejor o distinto, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico del que carecía (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017).

Aunque estas invenciones no poseen el alto nivel inventivo exigido a las patentes de invención sí implican un avance tecnológico y un desarrollo del estado de la técnica que le hacen digno de protección, la cual se otorga por el término de 10 años no prorrogables.

Como ejemplo de estas patentes podríamos mencionar un nuevo instrumento de cocina cuya estructura fuera parecida a la versión anteriormente producida, pero a la que se introdujeran modificaciones funcionales adicionales que facilitaran su proceso de operatividad, como un pelador de papas eléctrico (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017).

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones mediante (Proceso 43-IP-2001, resaltó la relevancia de esta figura al decir que:

La importancia de que el modelo de utilidad esté regulado por una norma comunitaria radica en la homogeneidad que brinda para coordinar en el interior de la comunidad los diversos mecanismos de protección de

las invenciones menores, sobre todo por el interés económico que hay detrás de los mecanismos de protección de las invenciones, ya que el modelo de utilidad permite acceder a la protección exclusiva (pero de una manera más rápida y menos costosa), tanto a quienes desarrollan creaciones que reflejan una menor actividad inventiva como a aquellos cuya actividad inventiva está limitada por diversos factores tales como infraestructura, cortos ciclos de actualidad de sus productos, etc.; promoviendo así la investigación y el desarrollo (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 2001)

No son considerados modelos de utilidad las obras plásticas, las obras arquitectónicas, los objetos que tengan únicamente carácter estético, así como los procesos y las materias excluidas de la protección de la patente de invención ya mencionados.

5.3. Diseño industrial.

Por el vocablo diseño debe entenderse el aspecto estético y exterior de un artículo, por lo tanto, puede consistir un diseño tridimensional como la forma o la superficie de un producto, o rasgos bidimensionales, como el dibujo, las líneas o el color.

Un diseño industrial otorga a su titular un derecho exclusivo de explotación sobre la apariencia particular de un producto, se caracteriza por ser puramente estético u ornamental por lo que la legislación no protege ninguno de los aspectos técnicos del artículo al que se aplica.

A finales del Siglo XIX comenzaron a surgir en el mercado diversos productos con la misma forma dirigidos a satisfacer las mismas necesidades, esta uniformidad planteó la necesidad de diferenciar un producto de otro modificando su forma o su configuración para hacerlos estéticamente más agradables. Esta llamada estética industrial consiste en utilizar el diseño de los productos para hacerlos más atractivos al consumidor de manera consciente o inconsciente, induciéndole a comprar. Este diseño industrial le da valor económico añadido al producto, pero para ello ha debido hacerse una inversión en ocasiones considerable (Castro García, 2009).

Algunos doctrinantes hacen distinción entre lo que constituye dibujo y modelo industrial, no obstante, es meramente académica pues la protección se da bajo el nombre de diseño industrial sin distinción alguna.

El otorgamiento de un diseño industrial confiere un derecho exclusivo a favor del creador de una forma nueva protegiéndola de copia o imitación por parte de los competidores, este titular a su vez puede disponer de dicho derecho a través de licencia o cesión o transferirlos por acto entre vivos o por vía sucesoral.

Cualquier persona natural o jurídica puede obtener este reconocimiento de manera individual o conjunta en cuyo caso el derecho al registro corresponde en común a todas ellas. Para que un diseño sea objeto de registro, éste debe ser nuevo, es decir, que el público no hubiese tenido acceso a él desde antes de presentar la solicitud, este acceso puede ser por cualquier medio en cualquier momento o lugar en que se haya utilizado, descrito o comercializado. De acuerdo al artículo 116 de la Decisión Andina 486, no serán registrables:

- a) los diseños industriales cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro en que se solicita el registro deba impedirse necesariamente para proteger a la moral o al orden público. A estos efectos la explotación comercial de un diseño industrial no se considerará contraria a la moral o al orden público sólo por razón de existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;
- b) los diseños industriales cuya apariencia estuviese dictada enteramente por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica, que no incorpore ningún aporte arbitrario del diseñador; y, c) los diseños industriales que consista únicamente en una forma 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 prohibición no se aplicará tratándose de productos en los cuales el diseño radique en una forma destinada a permitir el montaje o la conexión múltiple de los productos o su conexión dentro de un sistema modular. (Decisión Andina 486, 2000, art. 116)

Una vez solicitada y conferida la titularidad sobre un diseño industrial, se tiene derecho a la explotación y uso del mismo por 10 años contados a partir de la presentación de la solicitud, los cuales no son renovables. Este derecho confiere la oportunidad de impedir que un tercero sin consentimiento o autorización del titular explote o use el diseño. Igualmente, es importante señalar que el registro le confiere derechos a una persona natural o jurídica,

sólo respecto al diseño, no respecto al artefacto o elemento protegido. No se extiende a los componentes que no sean visibles durante la utilización normal de un producto o aquellas características que no sean visibles cuando se encuentra montado.

5.4. Esquema de trazado de circuitos integrados.

El circuito integrado es un dispositivo compuesto de elementos con funciones eléctricas, como transistores, resistencias, condensadores, diodos, etc., los cuales están articulados en un sustrato común como silicona pura. Estos componentes están conectados de manera que el circuito integrado pueda controlarla corriente eléctrica y, de esta manera, pueda rectificarla, ampliarla o modificarla. Mientras que el esquema de trazado es el plano o diseño de los elementos que configuran el circuito integrado el cual necesita un orden y una disposición especial de tipo tridimensional (Ministerio de Defensa Nacional, 2019).

El registro de un esquema de trazado se confiere por 10 años, y en todo caso, el registro caducará al vencer un plazo de 15 años contado desde el último día del año en que se creó el esquema. La ley no impone la obligación de explotar el esquema de trazado protegido, no obstante, por falta de explotación o por razón de interés público, en particular por razones de emergencia nacional, salud pública o seguridad nacional, o para remediar alguna práctica anticompetitiva, la autoridad competente podrá, a petición de una persona interesada o de una autoridad competente, disponer que el mismo sea explotado industrial o comercialmente por una entidad estatal o por una o más personas de derecho público o privado o que sean otorgadas licencias obligatorias. (Decisión Andina 486, 2000)

5.5. Obtentores de nuevas variedades vegetales.

La protección de la variedad vegetal busca reconocer la creatividad y esfuerzo de la actividad inventiva de los obtentores de variedades vegetales nuevas, permitiéndoles por un período determinado un derecho de explotación exclusivo sobre su creación. La competitividad en el mercado y la constante búsqueda del hombre para mejorar la producción de alimentos, hacen pensar constantemente en mejorar las especies vegetales existentes y en crear otras nuevas.

La protección, al igual que con otros derechos de propiedad industrial,

se adquiere por el desarrollador u obtentor de la variedad vegetal y concede el derecho exclusivo de reproducir la variedad, multiplicarla, y propagarla, impidiendo a otros su reproducción, multiplicación, propagación, preparación, comercialización, venta o utilización sin su consentimiento. (Ministerio de Defensa Nacional, 2019).

Teniendo en cuenta la inversión frecuentemente muy costosa del obtentor, la protección puede permitirle recuperar su inversión y reinvertir capitales nuevas creaciones, esta protección está contemplada en la Decisión Andina 345 de 1993 sobre el Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, y se logra luego de un trámite para obtener certificado de obtentor; en Colombia la autoridad nacional competente es el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA. El ámbito de aplicación se extiende a todos los géneros y especies botánicas siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal, también se protegen variedades de las especies frutícolas, ornamentales y forestales.

Aplica sin distinciones a variedades vegetales obtenidas por cruzamiento convencional, Selección, mutagénesis (natural o inducida) y técnicas de ADN recombinante: Ingeniería genética. No se aplica a las especies silvestres, es decir aquellas especies o individuos vegetales que no se han plantado o mejorado por el hombre.

Referencias

- Arce Tovar, D. (2013). Sociedad y economía del conocimiento. El caso colombiano. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 109-120.
- Banco Mundial. (2019). Banco Mundial. Obtenido de: <https://datos.bancomundial.org/indicador/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>
- Canaval Palacios, J. P. (2008). Manual de propiedad intelectual. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Castro García, J. D. (2009). La propiedad industrial. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Centro de datos estadísticos de la OMPI sobre propiedad intelectual. (30 de Julio de 2019). Obtenido de <https://www3.wipo.int/ipstats/index.htm?lang=es>
- Comisión de la Comunidad Andina. (06 de febrero de 1992) Decisión Andina 313 de 1992.
- Comisión de la Comunidad Andina. (14 de septiembre de 2000) Decisión Andina 486 de 2000.
- Comisión de la Comunidad Andina. (21 de octubre de 1993) Decisión Andina 344 de 1993.
- Comisión de la Comunidad Andina. (5 de junio de 1974) Decisión Andina 85 de 1974. (1974).
- Congreso de la República de Colombia. (24 de julio del 2000). Código Penal. [Ley 599 del 2000]. DO: 44.097
- Constitución Política de Colombia de 1991 [Const.] (1991). Artículo 61. Bogotá. 2da Ed. Legis.
- Correa Taborda, M. (2019). La economía del conocimiento. Obtenido de <https://alponiente.com/la-economia-del-conocimiento/>
- Ministerio de Defensa Nacional. (2019). Obtenido de Guía de Propiedad Intelectual Transferencia de Tecnología: <http://www.escuelanaval.edu.co/es/file->

download/download/public/515

Obtenido de http://www.sic.gov.co/centro-de-publicaciones?field_tema_general_tid=3&field_anos_p_value=All

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (28 de septiembre de 1979) Arreglo de Estrasburgo relativo a la clasificación internacional de patentes. (1979).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (28 de septiembre de 1979) Convenio de París. (1883).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (01 de junio de 2000) Tratado sobre el derecho de patentes. (2000).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (19 de junio de 1970) Tratado de cooperación en materia de patentes. (1970).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (28 de abril de 1977) Tratado de Budapest. (1977).

Pedrerós Suárez, H. N. (2016). Propiedad industrial en Colombia: los retos en la sociedad del conocimiento. Trabajo de Grado. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Plasseraud, Y. & Sauvignon, F. (1983). Génesis del derecho unionista.

Proceso 212-IP-2013, G.O.A.C. No. 2311 (28 de Febrero de 2014).

Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española. Obtenido de <https://dle.rae.es/srv/fetch?id=XrXR2VS>

República de Venecia (1474). Estatuto de Venecia de 1474. (1474)

Rey Vega, C. (2005). La Propiedad Intelectual como Bien Inmaterial. Bogotá, Colombia: Leyer.

Riofrío Martínez-Villalba, J. (2014). Teoría general de los signos distintivos. La propiedad inmaterial, 191-219.

- Rozanski, F. (2003). El valor de la propiedad intelectual en los países. Obtenido de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0378-8442003000200008&script=sci_arttext&tlng=en
- Santa Cruz Scantlebury, M. (2017). La marca: el activo más importante. Obtenido de Instituto Nacional de Propiedad Industrial - INAPI: https://www.inapi.cl/docs/default-source/default-document-library/articles-8184_recurso_1.pdf?sfvrsn=cf8c60c8_0
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). Manual de Denominaciones de Origen. Obtenido de https://issuu.com/quioscosic/docs/cartilla_manual_denominaciones_orig_6ce604f22fed38
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). Guía rápida de la propiedad industrial.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2019). Antes de solicitar marcas. Obtenido de <http://www.sic.gov.co/marcas/antes-de-solicitar>
- Torres, S. (2015). Causales relativas de irregistrabilidad de un signo de acuerdo con el artículo 136 de la Comisión de la Comunidad Andina. Simposio sobre el régimen de propiedad industrial Comunidad Andina. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (11 de junio de 2001). Proceso 43-IP-2001 (– TJCA 2001).

APUNTES DE LA GLOBALIZACION EN AMERICA LATINA *

Ricardo Bustamante Montero**

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación DeJhus y Law and Sciences

** Abogado de la Universidad del Atlántico. Especialista en Derecho Comercial y Marítimo de la Universidad Sergio Arboleda. Candidato a Magister de la Universidad Sergio Arboleda. Docente. Correo: ricardobm077@hotmail.com

RESUMEN

Este escrito busca revisar el fenómeno de la globalización en América Latina, empezando desde los antecedentes, donde encontramos el modelo de desarrollo Cepalino de sustitución de importaciones, pasando por la crisis económica de finales de los años setenta y ochenta del siglo XX, llegando al Consenso de Washington, como marco de referencia para el proceso de globalización latinoamericano. Este proceso de globalización generó un fuerte impacto en América Latina, requiriendo una serie de reformas de tipo político, económico y jurídico en el conjunto de Latinoamérica, que estremecieron las estructuras estatales de los países de la región, lo que conllevó a una serie de fenómenos como son la reducción del papel del estado en la economía, liberalización de mercados, disciplina fiscal y macroeconómica, privatizaciones masivas de los bienes del estado en sectores como la industria y los servicios, flexibilización laboral, desmonte de los subsidios en diferentes sectores, y otros.

Palabras clave: *derecho, globalización, américa latina, desarrollo, libre mercado.*

1. ANTECEDENTES AL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA.

1.1. Introducción.

Es de anotar que el proceso de Globalización en Latinoamérica fue un proceso paulatino que tuvo como punto de partida la implementación de una serie de reformas, principalmente económicas, políticas y jurídicas, con unos fuertes cambios a las estructuras estatales de los países latinoamericanos.

Este proceso inició en un contexto global donde había finalizado la guerra fría, con el consecuente cambio del modelo económico socialista al capitalista por parte de los estados de la denominada “cortina de hierro”, los cuales después de la Segunda Guerra Mundial habían quedado alineados en el bloque de países socialistas liderados por lo que fue la Unión Soviética.

Es de destacar que antes que se desarrollara todo este proceso de globalización Latinoamericano de los últimos 30 años, se dieron una serie de procesos económicos y políticos que enmarcaron el devenir de los países de la región.

Es así como después de la Segunda Guerra Mundial se promovió en Latinoamérica por la CEPAL (Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe), un modelo de desarrollo conocido como de sustitución de importaciones que buscaba fomentar a través de políticas estatales el sector industrial de cada uno de los países de la región.

El modelo Cepalino se mantuvo como el punto de referencia para el desarrollo económico de la región, hasta los años ochenta del siglo XX, cuando la crisis de la deuda externa resultó en la crisis económica de los años ochenta que afectó de gran forma a toda la región durante toda esa década.

La crisis económica de los años ochenta llevó a los Organismos Internacionales a replantearse todas las políticas que se estaban implementando en materia de desarrollo económico en Latinoamérica, y es a partir de esa coyuntura cuando se recogen y se sintetizan las propuestas de reformas que se denominaron como Consenso de Washington, en razón a que eran promovidas por un grupo de Organismos Internacionales con sede en la capital norteamericana.

Estas reformas estaban encaminadas a la reducción del papel del Estado

en la economía, a establecer políticas macroeconómicas planificadas y estables, a favorecer el libre comercio a través de la liberación de los mercados y otro tipo de reformas que disminuyeron profundamente las funciones que recaían sobre el aparato estatal de los países latinoamericanos.

Todo lo anterior fue el punto de partida del fenómeno de la Globalización en América Latina, implementado en su etapa inicial con las características descritas anteriormente, que fueron conocidas como las reformas de primera generación. Sin embargo, estas políticas de reducción casi que total del Estado en Latinoamérica sufrieron una revisión, debido a la crisis económica de los años noventa, que ahondó aún más la desigualdad social y económica de los países de la región.

De ahí surgen lo que fueron las reformas de segunda generación, que nacieron como respuesta a las dificultades derivadas de la aplicación del vacío dejado por el Estado frente a ciertos aspectos sociales, políticos y económicos, de acuerdo a la receta impulsada desde el Consenso de Washington.

Estas reformas buscaron finalmente que el Estado retomara escena reasumiendo algunas de las competencias que había cedido por los postulados de los Organismos Multilaterales de Washington, que afectaron con dureza a la población de estos países, generándole grandes dificultades sociales y económicas.

Las reformas de segunda generación estaban dirigidas no a revivir al modelo de Estado Cepalino, anterior al Consenso de Washington, sino a que este se afirmara bajo principios de buena administración característicos del sector privado. Todo esto sin que el Estado restringiera la libertad de mercado, al contrario, convirtiéndolo en aliado del sector privado.

1.2. El modelo Cepalino de sustitución de importaciones.

El modelo Cepalino de sustitución de importaciones se implementó en Latinoamérica después de la II guerra mundial, tiene lugar por una serie de dificultades que padecían los países latinoamericanos, que desde su independencia en el siglo XIX se habían caracterizado por hacer parte de los países subdesarrollados, estos en sus intercambios comerciales se dedicaban a exportar materias primas a las grandes potencias y a importar de estas la totalidad de los bienes industriales que requerían para sus mercados internos.

De acuerdo a Vazquez (2017) “La idea del modelo de sustitución de importaciones surgió a raíz de la alta dependencia de los países “atrasados” de bienes manufacturados/industrializados producidos por los países desarrollados” (p. 8), este intercambio colapso durante la segunda guerra mundial por qué las grandes potencias económicas tuvieron que dedicar gran parte de su sector industrial a las necesidades de la producción de material de guerra y la otra parte al suministro de productos a sus mercados nacionales, lo que llevo a que no pudieran seguir suministrando bienes industriales a los países subdesarrollados

Como remedio a lo anterior la CEPAL (Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe), promovió el modelo de sustitución de importaciones que buscaba promover y proteger la producción industrial nacional para que esta suministrara los bienes de consumo necesarios para los mercados nacionales de los países de América Latina, en detrimento de las importaciones de estos bienes.

Para poder implementar este modelo en Latinoamérica, fue necesaria la intervención del Estado en las economías de cada uno de los países de la región, implementando medidas como la creación de nuevos aranceles y el aumento de los existentes, promover la industria nacional a través de inversión directa e indirecta planificada en ciertos sectores de la economía, entre otras medidas intervencionistas por parte de los gobiernos nacionales (Vallejo, 2003).

Por otro lado, de acuerdo al académico Valpy Fitzgerald, la implementación del modelo de sustitución de importaciones en Latinoamérica, requería de una sincronización entre los países del área, lo que en la práctica implica el desarrollo de procesos regionales de integración que faciliten la articulación de las políticas en tal sentido (1998, p. 3).

Este modelo fue punto de referencia y modelo de desarrollo económico para el conjunto de Latinoamérica hasta finales de la década de los años setentas y ochentas del siglo XX, cuando una serie de factores llevaron a que se agotara y se buscara otro modelo de referencia en la teoría económica, que sirviera de punto de apoyo para superar la crisis económica de los años ochenta en América Latina.

1.3. La crisis de las economías de los países de América latina durante finales de la década de los 70 y los 80 del siglo XX.

Durante este período las economías de los países latinoamericanos estuvieron en crisis, destacándose como principales fenómenos, el incremento exorbitante en la deuda pública de los estados de la región en general, crisis en los sistemas financieros, altas tasas de inflación interanual y la alta devaluación de las monedas, entre otros efectos.

De acuerdo a Abraham Aparicio (2014), el origen de esta crisis lo encontramos en la década de los años setentas, por el aumento de los precios del petróleo, los países productores obtuvieron grandes ganancias que depositaron en los bancos internacionales y estos a su vez los pusieron a disposición de los países latinoamericanos con intereses flotantes y a tasas de interés negativas. Los países de la región optaron en su mayoría por utilizar estos créditos en dólares y a plazos muy cortos. La dificultad se presentó a comienzos de los años ochenta, cuando los Estados Unidos aumentaron la tasa de interés real significativamente, lo que llevó al incremento desmesurado de la deuda latinoamericana, a su impago por algunos países y a la consecuente crisis.

Todo lo anterior llevó a que muchos estados de la región tuvieran que suspender el pago de la deuda pública, al incremento drástico del costo de vida de la población, al derrumbe de los niveles de consumo, con todos los perjuicios que esto tiene frente al sistema productivo en la región, y al incremento de las tasas de desempleo.

Es de destacar que estos fenómenos desembocaron en una crisis económica de grandes proporciones, llevando a un período largo de recesión económica al conjunto de países de la región, para Ocampo (2014) “La crisis de la deuda de los años ochenta ha sido el episodio económico más traumático que ha experimentado América Latina a lo largo de su historia” (p. 20).

Debe destacarse, que estando en medio de la crisis, se muestran como respuesta, una serie de corrientes que propugnan por reformas económicas orientadas a procesos de apertura económica, privatizaciones y liberalización del comercio en América Latina (Estay, 1991).

1.4. El Consenso de Washington.

La receta que se aplicó para que los países latinoamericanos pudieran salir de la larga crisis económica de la década de los ochenta del siglo XX, fue

un conjunto de fórmulas económicas de libre mercado y de férreas políticas macroeconómicas, planteadas por varios Organismos Multilaterales y que son conocidas como Consenso de Washington, al tener estos organismos su sede en esta ciudad norteamericana.

De acuerdo a Williamson (2003), el “...Consenso de Washington data de 1989 cuando la prensa de Estados Unidos aún comentaba la poca disposición que tenían los países de América Latina para emprender las reformas que les permitiría salir de la crisis de la deuda” (p. 20).

El origen del “Consenso de Washington” está mucho más allá del año de su formulación que fue en 1989. Acerca de lo anterior, Martínez y Reyes (2012), consideran que deviene de los acuerdos de Bretton Woods de 1944, en plena etapa final de la Segunda Guerra Mundial, estos buscaban establecer unas nuevas relaciones económicas a nivel internacional, con fundamento en la creación de propuestas de desarrollo y políticas que permitieran generar estabilidad después de toda la volatilidad económica generada por la guerra, aunado al impulso al libre comercio.

Dentro de los acuerdos de Bretton Woods, se crearon dos de los Organismos que promovieron posteriormente las propuestas de reformas económicas de libre mercado que se conocieron como Consenso de Washington, como son el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el anteriormente conocido como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que posteriormente pasaría a denominarse Banco Mundial (BM) (Martínez y Reyes, 2012).

En el entorno latinoamericano nuestros países acogieron en gran medida el modelo de desarrollo Cepalino de sustitución de importaciones, como ya fue estudiado anteriormente en las páginas dos y tres (2 y 3). Este modelo se consideró agotado a finales de la década de los setenta y en la de los ochenta del siglo XX, al no ser capaz de dar respuestas a la larga crisis de esos años, como también fue puntualizado en la página cuatro (4) de este texto.

Ahora bien, en lo que respecta al llamado Consenso de Washington, este se basa en las diez reformas recogidas por el economista John Williamson, que son la síntesis de las propuestas de reformas de los Organismos con sede en la Capital Norteamericana. De acuerdo al texto *Remarks to the Center for Strategic and International Studies* (Williamson, 2002, citado por Davidson, 2003), estas reformas tienen fundamento en tres principios como

son “disciplina macroeconómica, la economía de mercado y la apertura al mundo”.

Estas propuestas de reformas se formularon en un contexto de cambios políticos en la escena internacional, como la más que simbólica caída del muro de Berlín, expresión de la terminación de la guerra fría, con el consecuente cambio de sistema político y económico de los países del bloque socialista al sistema económico capitalista.

El Consenso de Washington, además de ser el conjunto de medidas económicas formuladas para sacar a los países latinoamericanos de la crisis económica de la década de los ochenta del siglo XX, resultó ser el marco de referencia de las reformas políticas, económicas y jurídicas que van a constituir junto a otros factores el proceso de Globalización Latinoamericano.

2. GLOBALIZACIÓN Y REFORMAS A LAS ESTRUCTURAS ESTATALES EN LATINOAMÉRICA.

2.1. Generalidades.

El proceso de reformas económicas que tuvieron como punto de partida el Consenso de Washington, como ya dijimos anteriormente, constituyó el modelo a seguir del entonces naciente proceso de globalización económica en Latinoamérica, no siendo el económico el único campo en el que este proceso ha impactado en nuestra región.

Además de lo anterior, encontramos que desde finales de la década de los años ochenta del siglo XX hasta la actualidad, a nivel global se han logrado una serie de avances tecnológicos y científicos a una gran velocidad, que anteriormente eran inimaginables, lo que ha permitido que se acorten las distancias a nivel de los intercambios tanto en el ámbito económico como en otros aspectos, convergiendo así lo tecnológico y lo científico como facilitadores del proceso latinoamericano de globalización.

En lo referente a la estructura del Estado, el conjunto de países latinoamericanos ha tenido que adaptarse a los cambios sobrevinientes, acorde a los requerimientos generados por el fenómeno de la globalización. En tal sentido, Castañeda y Díaz Bautista (2017), indican que en una primera etapa de las reformas los ámbitos de competencia del Estado quedan

reducidos, en gran medida, a asuntos de seguridad y al manejo de la justicia, este último aspecto en función de favorecer la confianza inversionista a través de normas que brinden seguridad jurídica y reglas de juego claras para los mismos (p. 22).

Así las cosas, es claro que el conjunto de reformas que se han ido implementado, requeridas por el proceso de globalización, han tenido un fuerte impacto no sólo en el aspecto económico, sino también en ámbitos como el político, el jurídico, y otros, como ejemplo encontramos la transformación del modelo de Estado aplicado en Latinoamérica hasta la década de los años ochenta del siglo XX.

2.2. Reformas de primera generación.

De acuerdo a Burgos (2009), en un comienzo, las reformas estaban encaminadas a reducir las funciones del Estado en los países latinoamericanos en beneficio de un mejor funcionamiento del libre mercado, ya que esto permitiría la consolidación del modelo de desarrollo propugnado de corte neoliberal (p. 90).

En el mismo sentido, Menanteau (2002), nos indica acerca del impacto del fenómeno de la globalización, que en este tienen primacía “los intereses de las corporaciones sobre las políticas públicas, el beneficio privado sobre el bienestar público, y la presencia omnímoda de las corporaciones transnacionales sobre los derechos y funciones del estado (p. 22).

Como anteriormente mencionamos, en un primer momento las reformas al Estado se enfocaron fundamentalmente, en torno a reducir el papel y el tamaño del mismo, en beneficio del libre mercado, esta primera etapa de reformas son las que se denominan de primera generación.

Las reformas de primera generación eran fiel reflejo de lo propugnado por el Consenso de Washington, buscando la transformación del estado intervencionista Cepalino a uno disminuido en sus funciones y atribuciones, resaltando entre otras medidas, la descentralización a nivel administrativo, las privatizaciones de las empresas estatales, la desregulación de los aspectos económicos y comerciales, contratación con privados de servicios y suministros necesarios para el funcionamiento del aparato estatal, disminución de la planta de personal destinada a la función pública, entre otras medidas (Ramírez, 2009, p. 122).

De acuerdo a Ramírez (2009), la idea era que el Estado al reducirse, facilitara la acción del mercado, esto inyectara dinamismo a las actividades económicas, lo que a la postre terminaría por favorecer el crecimiento económico de los países de la región (p. 123)

Todo esto sumado a medidas de corte económico, como son la disminución del gasto público, estrictas políticas macroeconómicas, un aumento en los tributos y el desmonte de los subsidios, medidas que permitieran el saneamiento de las finanzas públicas y el cumplimiento de las obligaciones de pago de la deuda (García, 2003).

Las reformas primera generación sufrieron un serio traspié en la década de los 90, al no estar los estados en Latinoamérica preparados para realizarlas, lo que llevó a una revisión de este modelo.

De acuerdo a C. Sánchez (comunicación personal, 1 de diciembre de 2017), lo anterior en razón a que las medidas empleadas para la disminución del gasto público no lograron su objetivo, por el contrario, lo que se dio fue un incremento del mismo. Como consecuencia el Estado no se redujo, sino que creció, aumentando la burocracia y el gasto de los recursos obtenidos de la política de privatizaciones. Lo cual devino en un aumento del déficit fiscal y en una expansión de la deuda pública de difícil manejo.

2.3. Reformas de segunda generación.

Como solución a las dificultades descritas en el párrafo anterior, y a la crisis económica de la segunda mitad de la década de los años noventa del siglo XX, se formulan otras reformas que se conocieron como de segunda generación. A diferencia de las medidas implementadas en las reformas de primera generación, que parten de un consenso entre los diferentes organismos multilaterales conocidos como el Consenso de Washington, las de segunda generación no contaron con esa paridad de criterios por parte de algunos de estos organismos, como fue el caso del Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL).

que estaban encaminadas a revitalizar al Estado bajo principios de administración, característicos del sector privado, como son transparencia, eficacia, eficiencia, uso racional de los recursos, inversión focalizada en educación, salud, e infraestructura, creación de normas y formulación de

políticas de protección del medio ambiente (Andara, 2003, p. 80-81).

En cuanto al libre mercado, se propende por que se convierta al sector privado en socio del Estado, sobre todo en lo referente al manejo de los servicios públicos y a la prestación de servicios de Seguridad Social (Andara, 2003, p. 81).

2.4. Conclusiones.

El fenómeno de la globalización en América latina ha dejado una huella de transformación profunda, en la medida en que toda la región ha sufrido grandes transformaciones en los aspectos políticos, sociales y económicos, con una marcada influencia de las transnacionales y de los Organismos Financieros Multilaterales, que han favorecido a la consolidación de las fuerzas del mercado.

En lo que tiene que ver con el modelo de Estado, este ha sido transformado desde sus cimientos, desde la implementación del modelo de desarrollo de sustitución de importaciones, impulsado por la CEPAL, enmarcado dentro de un Estado intervencionista, hasta el modelo de Estado defendido actualmente desde el Banco Mundial y otros Organismos Multilaterales, administrado por normas de buen gobierno, bajo los principios de transparencia, eficiencia y eficacia, que reafirma las consignas del libre mercado.

Es importante resaltar que ninguno de los modelos de desarrollo y de Estado implementados en la región ha logrado superar significativamente la marcada desigualdad social que es característica de toda Latinoamérica, si bien de la Globalización se esperaba que pudiese significar cierto grado de esperanzas y de oportunidades para la región.

En el mismo sentido, encontramos que la brecha social y económica entre las grandes potencias y el conjunto de los países latinoamericanos, lejos de reducirse se ha acrecentado notoriamente.

Referencias

- Andara, M., A. (2007). La segunda generación de Reforma del Estado y su efecto en la administración pública local de América Latina. *Provincia*, (17), 77-105.
- Aparicio, A. (2014). Historia Económica Mundial 1950-1990. *Economía Informa*, (385), 77-78.
- Burgos Silva, G. (2009). Estado de derecho y globalización: el Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina. (1ª Ed.). Bogotá, Colombia: ILSA UNIJUS.
- Castañeda Rodríguez, V. & Díaz Bautista, O. (2017). El Consenso de Washington: algunas implicaciones para América Latina. *Apuntes Del Cenes*, 36(63), 15-41.
- Davidson, P. (2003). ¿Qué es erróneo en el Consenso de Washington y qué debemos hacer? *Cuadernos de Economía*, 22(39), 169-194.
- Estay Reyno, J. (1991). América Latina en la década de los ochenta. *Ensayos de Economía*, 2(4), 11-32.
- FitzGerald, V. (1998). La CEPAL y la teoría de la industrialización. *Revista de la CEPAL*. 47-61.
- GarcíaChourio, J.G. (2003). DEL PRIMERA A LA SEGUNDA GENERACIÓN DE REFORMAS DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA; GIRO IDEOLÓGICO Y CAMBIO CONCEPTUAL. *Cuadernos de Economía*, 22(38), 95-125.
- Martínez Rangel, R. & Reyes Garmendia, E. S. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. *Política y cultura*, (37), 35-64.
- Menanteau Horta, D. (2002). Impactos Socio-Políticos de la Globalización en América Latina. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 19 34.
- Ocampo Gaviria, J. A. (2014). La crisis latinoamericana de la deuda a la luz de la historia. En J. A. Ocampo, B. Stallings, I. Bustillo H. Belloso & R. Frenkel (Eds.). *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*. (19-41). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

- Ramírez, M. (2009). Las reformas del Estado y la administración pública en América Latina y los intentos de aplicación del New Public Management. *Estudios Políticos*, 34, 115-141.
- Vallejo Zamudio, L. E. (2003). El modelo de crecimiento hacia adentro: Una interpretación del caso colombiano. *Apuntes Del Cenes*, (24), 77-100.
- Vazquez Maggio, L. M. (2017). Revisión del modelo de sustitución de importaciones: vigencia y algunas reconsideraciones. *Economía Informa*, (404), 4-17.
- Williamson, J. (2003). No hay consenso: Reseña sobre el Consenso de Washington y sugerencias sobre los pasos a dar. *Finanzas & Desarrollo*, 40(3), 10-13.

TABLAS

Tabla 1: Algunos de los programas de reforma judicial en América Latina y el Caribe en el período (1984-2004) y su costo en millones de dólares (1994-2002)

País / Financiación	AID y Dpto. de Justicia de Estados Unidos	BID	Banco Mundial
Argentina	- Estudios de diagnóstico. - Justicia penal y policía judicial. - Funcionamiento de tribunales.	- Mejoramiento capacidad de gestión jurídica del Estado. - Diseño y ejecución de políticas preventivas del delito. - Acceso a la justicia. - Modernización de las leyes y la justicia provinciales.	- Evaluación del sector judicial. - Reestructuración de los tribunales de justicia (mejoramiento de la estructura institucional y de los procedimientos judiciales en tribunales modelo).
<i>Total: \$23,0</i>	<i>\$2,0 (1989-1993) ^a</i> <i>\$5,5 (1993-1998) ^v</i>	<i>\$10,5 (1998) ^e</i>	<i>\$5,0 (1998) ^w</i>
Barbados	- Justicia penal y policía judicial.	- Modernización tecnológica y administrativa de sistema judicial - Mejoramiento de los mecanismos de resolución alternativa de disputas - Prevención de comportamiento criminal y rehabilitación de detenidos.	
<i>Total: \$8,7</i>	...	<i>\$8,7 (2001) ^{bb}</i>	...
Bolivia	- Estudio diagnóstico del sistema judicial, elaborado por la ONU. - Promoción de creación de nuevas instituciones judiciales (Tribunal Constitucional, Consejo Judicial, Ombudsman, Oficina del Defensor Público). - Promoción de un nuevo código de procedimiento penal (introducción del sistema oral acusatorio). - Fortalecimiento de Policía Nacional y Fiscalía.	- Acceso a la justicia (asistencia técnica para el fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil que prestarán servicios de capacitación y asistencia legal a sectores vulnerables).	- Reformas legales para promover actividades del sector privado. - Reforma del sistema judicial (mejora del proceso judicial; fortalecimiento de recursos humanos; capacitación judicial). - Apoyo al Ministerio de Justicia.

<i>Total: \$45,6</i>	\$3,5 (1988-1993) ^v \$28,4 (1992-2002) <i>dd</i>	\$2,7 (1999) ^u	\$11,0 (1998) ^w
Brasil	- Fortalecimiento de la justicia penal y de la policía judicial. - Mejoramiento en la gestión de juzgados.		
<i>Total: \$4,2</i>	\$4,2 (1993-1998) ^v	...	...
Chile	- Formación de jueces. - Fortalecimiento de gerencia de despachos judiciales. - Defensoría pública. - Informatización del sistema judicial.		
<i>Total: \$3,2</i>	\$3,2 (1993-1998) ^v	...	...
Colombia	- Introducción de Fiscalía y sistema penal acusatorio. - Mejoramiento de capacidades investigativas de entidades con funciones de policía judicial.	Donación: - Fortalecimiento de métodos alternativos de solución de conflictos comerciales (arbitraje y conciliación).	- Fortalecimiento administrativo de juzgados (gestión judicial, recursos humanos, organización y estructura institucional, evaluación de desempeño, sistemas de información e infraestructura).
Colombia	- Aumento de capacidades institucionales del sistema de tribunales, Ministerio de Justicia, Procuraduría, Defensoría Pública, Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía. - Capacitación de funcionarios judiciales. - Acceso a la justicia (centros de resolución alternativa de conflictos y casas de justicia).	Primer préstamo: - Fortalecimiento de la Fiscalía (eficiencia administrativa, de investigación y técnica; diseño de política criminal de Estado, e infraestructura). Segundo préstamo: - Fortalecimiento de Procuraduría (sistema administrativo, servicio al público e imagen).	
<i>Total: \$118,5</i>	\$2,7 (1986-1991) ^a \$86,2 (1992-2002) <i>dd</i>	\$9,4 (1995) ^f \$1,2 (1995) ^g \$14,0 (2003) ^t	\$5,0 (2001) ^w

Costa Rica	- Entrenamiento para jueces y funcionarios judiciales. - Evacuación de procesos civiles y penales. - Resolución alternativa de conflictos.	Primer préstamo: - Mejoramiento administración despachos judiciales. - Entrenamiento de jueces y funcionarios judiciales. - Sistematización de archivo de información judicial. Segundo préstamo: - Fortalecimiento institucional para prevención de delitos. - Fortalecimiento de Defensoría Pública. - Fortalecimiento de la Fiscalía. - Mejoramiento de la capacidad de gestión de la rama Judicial.	
<i>Total: \$37,3</i>	\$2,9 (1988-1991) ^b \$0,8 (1993-1998) ^v	\$11,2 (1994) ^h \$22,4 (2001) ^x	...
República Dominicana	- Fortalecimiento de la justicia penal y la policía judicial. - Mejoramiento gestión de juzgados.		
<i>Total: \$4,7</i>	\$4,7 (1993-1998) ^v	...	...
País / Financiación	AID y Dpto. de Justicia de Estados Unidos	BID	Banco Mundial
Ecuador	- Justicia penal y policía judicial.	- Fortalecimiento de la gestión, calidad y equidad del sistema judicial (sistema de capacitación y mejora de los servicios de defensores públicos y la oficina del ombudsman). - Acceso a la justicia (financiamiento de pequeños proyectos de organizaciones de sociedad civil para mejorar el acceso a los servicios legales).	Préstamo: - Evaluación del sector jurídico y judicial. - Acceso a la justicia (centros de asistencia jurídica para mujeres pobres). - Reforma de tribunales (mejora en tramitación de casos, sistemas de gestión de información y capacitación judicial). - Programa de mediación anexo a los tribunales. - Fortalecimiento de educación jurídica (entrenamiento de profesores de derecho, evaluación enseñanza del derecho y formulación de plan de estudio). Donaciones: - Asistencia jurídica a sectores pobres

			(mecanismos alternativos de resolución de conflictos, mejora de servicios jurídicos, apoyo a iniciativas indígenas de resolución de conflictos). - Fortalecimiento institucional de la Oficina del Procurador General.
<i>Total: \$23,1</i>	<i>\$8,4 (1993-1998) ^V</i>	<i>\$2,0 (1997) ^J</i>	<i>\$10,7 (1995) ^W</i> <i>\$1,7 (2002) ^W</i> <i>\$0,3 (2002) ^W</i>
El Salvador	- Revisión e implementación de nuevos códigos (penal, de familia). - Fortalecimiento de la planeación y coordinación del sistema penal. - Descongestión de despachos judiciales. - Aumento de salarios de jueces y fiscales.	- Fortalecimiento y modernización del sistema judicial (reformas legales, capacitación e información; reforma del sistema juvenil de justicia para la reducción y prevención de la delincuencia juvenil).	- Fortalecimiento de la capacidad institucional de gestión del poder judicial. - Modernización del sistema judicial. - Fomento del acceso a la justicia, y de transparencia y claridad de ordenamiento jurídico. - Profesionalización de funcionarios judiciales.
El Salvador	- Entrenamiento y asistencia técnica para funcionarios judiciales. - Acceso a la justicia (sistemas alternativos de resolución de conflictos, educación legal a la ciudadanía). - Reestructuración de la Corte Suprema de Justicia. - Creación de la Oficina del Ombudsman de Derechos Humanos. - Entrenamiento y asistencia técnica a la Policía Nacional.		
<i>Total: \$120,1</i>	<i>\$13,7 (1984-1992) ^b</i> <i>\$66,0 (1992-2002) ^{dd}</i>	<i>\$22,2 (1996) ^k</i>	<i>\$18,2 (2002)</i>

Guatemala	- Mejoramiento del sistema penal (implementación de nuevo Código Penal, apoyo a funcionarios judiciales abogados y escuelas de derecho, creación de Defensoría Pública, descentralización de la Fiscalía). - Reestructuración y profesionalización de la Policía Técnica Judicial (entrenamiento, asistencia técnica). - Acceso a la justicia (centros de justicia).	- Fortalecimiento institucional (gerencial, técnico y administrativo; coordinación interinstitucional). - Acceso a la justicia (mejoramiento de cobertura del sistema judicial en comunidades marginadas mediante centros de justicia, juzgados de paz y oficinas de fiscales de distrito).	Préstamo: - Fortalecimiento de capacidad institucional (gestión de recursos humanos, fortalecimiento de carrera judicial y mejora de funcionamiento de tribunales). - Lucha contra corrupción en sistema judicial. - Acceso a la justicia (mecanismos de resolución de conflictos: jueces de paz, centros de mediación y tribunales itinerantes). Donación: - Fortalecimiento de la Defensoría del Pueblo a través de Defensoría de la Mujer Indígena.]
	- Educación legal (revisión de currículo en facultad pública de derecho, desarrollo de materiales pedagógicos).		
<i>Total: \$101,6</i>	<i>\$6,1 (1987-1993) ^b</i> <i>\$37,4 (1992-2002) ^{dd}</i>	<i>\$25,0 (1998) ^l</i>	<i>\$33,0 (1999) ^w</i> <i>\$0,1 (2003) ^w</i>
Haití	- Apoyo a monitores policiales internacionales tras golpe de Estado de 1991. - Desarrollo y apoyo de una Policía Nacional Civil. - Apoyo al sistema de justicia penal.		
<i>Total: \$137,0</i>	<i>\$137,0 (1993-1998) ^v</i>	...	...
Honduras	- Mejoramiento del sistema penal (elaboración e implementación de nuevo código, apoyo a tribunales, fiscales y defensores públicos). - Apoyo al establecimiento y fortalecimiento de la Fiscalía (infraestructura, entrenamiento). - Promoción de apoyo público a las	Primer préstamo, más donación: - Modernización del derecho (nueva ley de fomento de inversiones, nueva ley de organización y funcionamiento de tribunales, nueva ley de jurisdicción constitucional, nuevo código de procedimiento civil, legislación contra la violencia doméstica e implementación de código de la	

	reformas a la justicia - Sistematización de archivos de tribunales. - Fortalecimiento de la escuela judicial. - Acceso a la justicia.	niñez). - Fortalecimiento institucional (mejoramiento administrativo y técnico del poder judicial y escuela judicial).	
	- Apoyo a la Policía Nacional y a la Policía Técnica Judicial para transformarla de una institución militar a una civil.	- Solución expedita de conflictos comerciales (arbitraje, conciliación). - Acceso a la justicia (fortalecimiento de la defensa pública, conciliación y mediación).	
		Segundo préstamo:	
		- Implementación nuevo código de procedimiento penal.	
		- Fortalecimiento de la Oficina de Defensoría Pública.	
		- Consolidación de la escuela judicial.	
Honduras		- Mejoramiento de infraestructura de administración de juzgados. - Fortalecimiento de Fiscalía y entrenamiento de Policía Judicial.	
<i>Total: \$62,3</i>	<i>\$15,8 (1987-1994)^a</i> <i>\$7,8 (1993-1998)^v</i>	<i>\$7,2 (1996)ⁿ</i> <i>\$1,5 (1996)ⁿ</i> <i>\$30,0 (2002)^y</i>	
Jamaica	- Fortalecimiento justicia penal y Policía Judicial. - Mejoramiento gestión de juzgados.		
<i>Total: \$5,1</i>	<i>\$2,8 (1986-1990)^c</i> <i>\$2,3 (1993-1998)^v</i>	...	...
México	- Fortalecimiento justicia penal y Policía Judicial. - Mejoramiento gestión de juzgados.		

<i>Total: \$7,3</i>	<i>\$7,3 (1993-1998) ^V</i>	...	...
Nicaragua	- Modernización del sistema penal (apoyo a implementación de nuevo código penal). - Consolidación de organismos con funciones de policía judicial. - Mejoramiento de gestión de juzgados.	Donación: - Fortalecimiento de la Asamblea Nacional y preparación de una reforma al sistema de justicia. Préstamo: - Fortalecimiento de infraestructura y administración del aparato judicial. - Acceso a la justicia (proyectos piloto de centros de atención a sectores pobres).	
<i>Total: \$26,7</i>	<i>\$13,0 (1992-2002) ^{dd}</i>	<i>\$1,7 (1996) ^O</i> <i>\$12,0 (2001) ^Z</i>	...
Panamá	- Fortalecimiento del sistema penal (aumento de capacidades de jueces, fiscales, investigadores y defensores públicos). - Establecimiento y fortalecimiento de una Policía Nacional y una Policía Técnica de Investigación. - Creación de bibliotecas en la Corte Suprema, Ministerio Público y Escuela Judicial. - Apoyo técnico y de infraestructura a oficina de defensoría pública. - Apoyo a ONG que promueven reformas a la justicia.	- Mejoramiento del sistema legal y judicial (creación de juzgados urbanos y rurales modelo).	
<i>Total: \$44,0</i>	<i>\$13,1 (1990-1995) ^d</i> <i>\$12,0 (1993-1998) ^v</i>	<i>\$18,9 (1998) ^P</i>	...
Paraguay	- Fortalecimiento justicia penal y Policía Judicial. - Mejoramiento gestión de juzgados.	- Fortalecimiento de la rama Judicial (modernización de administración de despachos, sistemas de información e infraestructura).	- Apoyo a Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Magistratura para mejorar su capacidad de supervisión y planificación de servicios judiciales.

<i>Total: \$25,7</i>	<i>\$3,3 (1993-1998) ^v</i>	<i>\$22,0 (1996) ^m</i>	<i>\$0,4 (2000) ^w</i>
Perú	- Fortalecimiento de la justicia penal y la policía judicial. - Mejoramiento gestión de juzgados.	- Solución alternativa de conflictos comerciales. - Acceso a la justicia (centros de justicia).	- Desarrollo institucional de la Defensoría del Pueblo.
<i>Total: \$37,9</i>	<i>\$2,8 (1986-1991) ^c</i>	<i>\$1,4 (1994) ^q</i>	<i>\$0,5 (1999) ^w</i>
Venezuela	- Fortalecimiento de la justicia penal y de la policía judicial. - Mejoramiento gestión de juzgados.	- Modernización del ministerio público. - Fortalecimiento del Ministerio del Interior y Justicia (modernización de la Policía Técnica Judicial y modernización del sistema carcelario).	Primer préstamo: - Mejora de la capacidad gerencial del Consejo Judicial y Dirección de la Magistratura (planificación, presupuestación y administración). - Mejora de la capacidad institucional de la escuela judicial. - Construcción y renovación de edificios de tribunales. Segundo préstamo: - Modernización de la Corte Suprema - Apoyo a la Alianza Social para la Justicia con 45 ONG.
<i>Total: \$118,1</i>	<i>\$3,7 (1993-1998) ^v</i> <i>\$4,7 (1997) ^m</i>	<i>\$75,0 (2001) ^{aa}</i>	<i>\$30,0 (1992) ^w</i> <i>\$4,7 (1997) ^w</i>
Otros países	<i>\$19,6 (1993-1998) ^v</i>	...	...
<i>Total: \$19,6</i>			
Costo reforma judicial: \$982	\$536,3 (1994-2002)	\$325,1 (1994-2004)	\$120,6 (1992-2004)

Fuente: Rodríguez Garavito, C. (2006) citado por Burgos Silva, G. En: *Estado de derecho y globalización: el Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*. (1ª Ed.). Bogotá, Colombia: ILSA UNIJUS. 2009, 335-343 p.