

EL DAÑO PUNITIVO A LA LUZ DE LA RESPONSABILIDAD POR VIOLACIONES
A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO
ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS

Monografía jurídica

María Ximena Benavidez Hoyos y Marcelo Buendía Vélez

Tutor: Hernando Gutiérrez Prieto

Facultad de Ciencias Jurídicas- Pontificia Universidad Javeriana

2014

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

**El daño punitivo a la luz de la responsabilidad por violaciones a la propiedad
intelectual en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de contenido

Resumen	6
Abstract	6
Introducción	8

CAPÍTULO I: EL DAÑO PUNITIVO

1.1. Concepto.....	13
1.2. Naturaleza jurídica.....	18
1.3. Antecedentes históricos.....	21
1.4. Daños punitivos en algunas legislaciones.....	24
1.4.1. Estados Unidos.....	24
1.4.2. Argentina.....	30
1.4.3. Inglaterra.....	33

CAPÍTULO II: PROPIEDAD INTELECTUAL

2.1. Concepto de propiedad intelectual.....	36
2.1.1. Propiedad intelectual dentro de la Comunidad Andina.....	39
2.1.2. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual y Comercio (ADPIC).....	41
2.2. Derechos de autor y derechos conexos.....	44
2.3. Propiedad industrial.....	47
2.4. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.....	51

2.5.	Regulación en Colombia sobre la propiedad intelectual.....	51
------	--	----

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN EN TORNO A LA INCLUSIÓN DEL DAÑO

PUNITIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

3.1.	El daño punitivo en Colombia: perspectiva general de la discusión.....	58
3.2.	Discusión en torno al daño punitivo en la legislación colombiana.....	60

CAPÍTULO IV: EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS

UNIDOS Y COLOMBIA: SU CONTENIDO Y POSIBLE CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO PUNITIVO

4.1.	Tratados de libre comercio.....	72
4.2.	Antecedentes del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.....	73
4.3.	Adopciones del TLC frente a la normatividad interna.....	74
4.4.	Lo que dice el TLC sobre la propiedad intelectual.....	75
4.5.	Posible consagración del daño punitivo en el TLC.....	79
	Postura de los autores- Discusión.....	80
	Conclusiones.....	89
	Bibliografía.....	93

Resumen

La siguiente monografía jurídica tiene como objetivo identificar los postulados teóricos del daño punitivo para, con base en ellos, determinar si en el texto del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, en lo que respecta a la responsabilidad por violación a la propiedad intelectual, se encuentra la figura en mención. Además se analizó su viabilidad en la legislación colombiana. Sobre esto, se evidenció que no obstante la aclaración que hace el tratado sobre la figura, elementos de la misma están consagrados dentro del mismo, generando al menos, un acercamiento importante a la figura. En adición, se determinó que aunque no se puede afirmar tajantemente que el daño punitivo hace parte de la legislación Colombiana, si se encuentran algunos postulados del mismo, y se cree que eventualmente su introducción podría llegar a ser viable bajo ciertas condiciones.

Palabras clave: daño punitivo, *exemplary damages*, tratado de libre comercio, propiedad intelectual.

Abstract

The objective of the present study was to identify the principal theory elements of the punitive damages. In that way, determinate if this legal figure is part of the free trade agreement between Colombia and The United States of America when they talk about responsibility for violations to intellectual property rights. Then we analyzed the viability of the punitive damages in Colombian law system. About this subject, we can't say that

punitive damages are part of Colombian law system, but what we must say is that there are some elements of the figure that are getting in to our legislation so we determinate that punitive damages can be part of the Colombian legal system under certain conditions.

Key words: punitive damage, exemplary damages, free trade agreement, intellectual property.

Introducción

Estamos en un mundo globalizado donde cada vez las distancias son más cortas, las relaciones más próximas y la información más pública. Esta globalización hace que los países se aproximen los unos a los otros con el fin de crear vínculos comerciales que les permitan llevar sus productos y servicios a otras partes del mundo.

Como consecuencia se erigen los tratados de libre comercio (TLC) entre las distintas naciones, que posibilitan el acceso a mercados y aumento en el flujo de bienes, servicios e inversiones entre los mismos. Dada la importancia que tienen los TLC, los Estados, para llegar a la firma de estos, surten una serie de negociaciones extensas sobre los diferentes puntos del texto del tratado e incorporan obligaciones que tienen fuertes repercusiones sociales, económicas y jurídicas.

En el ámbito jurídico, se ha visto que con la adopción de compromisos se imponen responsabilidades de, por ejemplo, acoger ciertos tratados internacionales, expedir leyes, proteger determinados bienes jurídicos o incluso, se introducen o consagran instituciones jurídicas o elementos de las mismas, que por esta vía comienzan a existir en nuevos sistemas normativos. Lo que en determinado momento se puede apreciar como una novedad muy circunscrita a un ámbito determinado, en el largo o mediano plazo puede implicar fenómenos de transformación jurídica importante.

Resulta interesante, entonces, analizar el impacto que tienen estas figuras o elementos consagrados en tratados, dentro de la normativa nacional. Lo anterior, teniendo en cuenta que muchas veces los países contratantes de un TLC, manejan contextos jurídicos

absolutamente disímiles y por lo tanto, las consecuencias de la adopción de una figura o varios elementos de la misma, se atenderá de manera distinta. En otros casos se presentará una “importación” de la institución jurídica, o una adaptación de la misma para tratar de guardar la coherencia del sistema receptor.

En este sentido, la presente monografía jurídica, pretende concretar el fenómeno en un caso específico, que sin duda, permea el contexto de la República de Colombia. Se decidió analizar el TLC entre Colombia y Estados Unidos que entró en vigor con la publicación del decreto 993 del 15 de mayo de 2012. Como será evidente a lo largo de este texto, el contenido del tratado antes descrito es de suma extensión y complejidad. Los procesos para su adopción llevaron años de discusiones y toda serie de argumentaciones jurídicas, sociales y económicas a favor y en contra.

Por ello, y dada su extensión, se pretenderá aquí analizar el fenómeno desde el capítulo 16 del TLC referente a la propiedad intelectual, ya que después de una lectura del mismo, se encontró gran similitud con los elementos de una institución jurídica, que aunque posee gran desarrollo en Estados Unidos, no existe, al menos de manera explícita, en nuestra legislación y tampoco ha tenido mayor evolución jurisprudencial o doctrinal en el contexto colombiano. La figura en cuestión son los daños punitivos o *exemplary damages*, que forman parte de legislaciones en todo el mundo, pero cuyo principal progreso se ha dado en el entorno estadounidense. La figura de los daños punitivos se aplica en casos de responsabilidad como una pena, que tiene las funciones de sancionar a quien produjo el daño y de generar persuasión o disuasión social frente a esta conducta.

Los daños punitivos en el contexto de la propiedad intelectual, se consideran el objetivo general de esta monografía. Establecer los postulados teóricos de la figura de los daños punitivos para con base en ello, plantear la discusión sobre la viabilidad de la misma en la legislación nacional y posteriormente, determinar si en el contexto del TLC entre Colombia y Estados Unidos —en lo que respecta a la responsabilidad por violación a la propiedad intelectual— se halla la figura en mención.

La investigación es de tipo bibliográfico y por medio de ella se hace una recopilación y análisis de fuentes sobre la figura del daño punitivo, exponiendo su conceptualización, sus antecedentes históricos y su tratamiento en diferentes legislaciones, incluyendo la norteamericana. Este es el alcance del primer capítulo.

En el segundo capítulo se describe el tema de la propiedad intelectual y su división entre propiedad industrial y derechos de autor. Su alcance no es otro que el permitir al lector no introducido en el tema poder entender el contexto en el que se realiza la discusión sobre daños punitivos. En un país como Argentina, por ejemplo, la figura fue introducida en la regulación de protección al consumidor; una hipótesis que se maneja en el trabajo es que la figura ha comenzado a introducirse en nuestro sistema a partir de la regulación sobre responsabilidad civil en el campo de protección a la propiedad intelectual.

El tercer capítulo presenta la discusión sobre la viabilidad de la figura en el sistema jurídico colombiano y las diferentes posturas al respecto. Tanto en Colombia como en Argentina, se oponen notablemente. Ha parecido oportuno describirlas indicando las principales críticas y defensas que se han presentado.

El cuarto capítulo estudia la noción de TLC. Analiza el recorrido del TLC entre Colombia y Estados Unidos, el contenido de este y lo que allí se consigna respecto a la propiedad intelectual. También se mencionará los apartes del texto del tratado que guardan relación con los elementos del daño punitivo y que merecerán nuestro análisis en la exposición de la postura de los autores.

Adicionalmente, se planteará la postura de los autores del trabajo, haciendo énfasis en lo que respecta al porqué se considera que existe un acercamiento importante a la figura del daño punitivo dentro del TLC y como, a pesar de no poder afirmar de manera tajante que el texto del tratado lo consagra, si se encuentran elementos importantes que pueden llevar a una eventual adopción del mismo, en el contexto colombiano. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales de la presente monografía.

Cabe aclarar que el presente texto tiene dos análisis, uno sobre la discusión acerca de la introducción del daño punitivo en la legislación nacional y la otra, con respecto al contenido mismo del TLC y la posible implementación por parte de este, de una figura similar al daño punitivo en el contexto colombiano.

La incorporación de elementos que se encuentran en el desarrollo de la figura del daño punitivo en el marco de un TLC merece toda la importancia dado que finalmente, los textos aprobados tendrán impacto en la legislación nacional y según la visión de los autores, podría considerarse como un acercamiento importante a darle a la responsabilidad civil- en este caso en el marco de la propiedad intelectual- funciones más allá de la

compensatoria que se le ha dado tradicionalmente, para adentrarse en el marco de la prevención, la disuasión y el castigo.

Hay que recordar que el contexto internacional incide en el ordenamiento jurídico interno; por ende, no deben dejarse de lado los detalles que pueda contener un documento tan significativo como el TLC entre Colombia y Estados Unidos.

La adopción de una figura u otra dentro de la negociación de un TLC, puede ser definitiva para su implementación, y por ello, más allá del análisis del daño punitivo o los elementos de esta institución como ejemplo para este fenómeno, se pretende llamar la atención sobre los alcances jurídicos de la acogida de nuevas figuras o de elementos de las mismas.

CAPÍTULO I: EL DAÑO PUNITIVO

Este capítulo hace referencia al concepto de daños punitivos y su finalidad. Se hará una delimitación de la naturaleza jurídica de la figura y se procederá a relatar sus antecedentes históricos. Finalmente, se realizará un análisis de derecho comparado sobre la figura de daños punitivos en distintas legislaciones, lo cual conducirá a la exposición de los casos más importantes del mundo sobre la materia haciendo un especial énfasis en los Estados Unidos e identificando los elementos caracterizadores de la figura en este país. La razón para dar mayor importancia a la jurisprudencia estadounidense está dada en que es esta la que mayor desarrollo le ha dado a la figura.

1.1. Concepto

La definición de daños punitivos, pena privativa o *exemplary damages*, como también se les conoce, es propuesta por diferentes autores de la literatura, en especial internacionales, con poca profundización en el caso colombiano, no obstante haber algunos intentos por la construcción del concepto. La razón por la cual no existe en la doctrina nacional un especial énfasis sobre la figura es porque esta, por lo menos en principio, no se encuentra consagrada al menos de manera explícita en nuestra legislación (Tobar, 2011).

Se pueden definir los daños punitivos como:

(...) aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta inconducta, unida a

un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental (Dobbs, 1993, citado por López, 2008, p. 17).

Para Posser (1984) los daños punitivos:

(...) son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado (citado por López, 2008, p. 17).

Por su parte, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia en el caso *Gertz. vs. Robert Welch, Inc.* (1974) entiende el concepto como “multas privadas impuestas por jurados civiles a fin de castigar conductas reprochables y para disuadir que se reiteren en el futuro” (López, 2008, p. 18).

Dentro de las definiciones propuestas por autores latinoamericanos cabe resaltar la de Buitrago (2007):

(...) los *punitive damages* han sido entendidos como aquellas sumas adicionales a los daños compensatorios –para nosotros daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño en vida de relación–, que se conceden a las víctimas a título de sanción en algunos casos específicos y excepcionales, y que para la doctrina mayoritaria no contienen un elemento indemnizatorio: por el contrario, su única justificación es la función preventiva y sancionatoria que tiene la responsabilidad civil (p. 37).

Los dos elementos principales de los daños punitivos son el castigo y la disuasión. Estos dos aspectos se pueden entender como la faz sancionadora y la faz preventiva de la figura, son los dos fines que persigue la institución jurídica (López, 2008).

El castigo es una fuerte desaprobación y reproche que hace que el acto merezca sanción, aun, en el campo del derecho civil (Tobar, 2011).

Por lo anterior, Tobar (2011) plantea que:

(...) pese a que la indemnización resarcitoria puede llegar a ser considerada en sí misma como una sanción, cuando la gravedad del hecho dañoso es tal, el mero resarcimiento no es suficiente para compensar la desaprobación social del acto, por lo cual los daños punitivos cumplen la función de sancionar estas conductas (p. 160).

Existen autores, que se inclinan hacia una definición del daño punitivo, enfocada principalmente desde la faz sancionatoria de la que hablamos, menciona Azar (2009) que:

(...) tanto Kane como el razonamiento jurisprudencial y el ofrecido por Sustain, Kahneman y Schakade comparten una cuestión común: en el desarrollo de su concepto de los daños punitivos recurren a la exposición de los fines de la institución. Señalan que ella es consecuencia de la intención de castigar, y agregan que hay casos en los que los *punitive damages* se otorgan porque el cálculo del demandado respecto de su acción dañosa concluye que lo que obtendrá después de

ella es superior al riesgo de ser condenado al pago de riesgos compensatorios (p. 30).

Con respecto a la faz preventiva, la figura de los daños punitivos consagra en sí misma una función de “(...) prevención de nuevos daños” (Tobar, 2011, p. 160). Por ello, no solo se busca el regresar al afectado al estado anterior al hecho dañoso, sino que además, se pretende eliminar todo tipo de beneficio producto del mismo hecho.

En esta función de prevención, algunos autores han tomado como base el análisis económico del derecho, para sustentar, que los daños punitivos:

(...) son un mecanismo que permite establecer un nivel eficiente de prevención general, por cuanto corrigen los errores, que un sistema de responsabilidad civil, con daños puramente compensatorios manifiesta (Azar, 2009, p. 30).

Para Tobar (2011), es clara la función preventiva o disuasoria de los daños punitivos:

Coincidimos con quienes sostienen que la función preventiva es la más relevante dentro de los daños punitivos, pues lo que realmente se busca, más allá del castigo al infractor, es prevenir y desincentivar futuras realización de hechos semejantes mediante la fuerte condena al infractor (p. 160).

Con respecto a estas dos fases que tienen los daños punitivos, la preventiva y la sancionatoria, se debe decir que si se acoge el enfoque que parte de la base de la función sancionatoria, el concepto de los daños punitivos se define como una indemnización que supera el monto de los daños compensatorios para sancionar una conducta socialmente reprochable del agente. Por otro lado, si la aproximación a la figura se da desde la definición de daños punitivos desde su función preventiva, estos se entenderían como montos superiores a los daños compensatorios buscando llenar los vacíos de los sistemas de responsabilidad meramente compensatorios (Azar, 2009).

Por su parte Urruti (2014) entiende los daños punitivos como penas pecuniarias, con carácter extraordinario que los jueces imponen por petición de parte y que excediendo la indemnización exclusivamente compensatoria, se establecen con el propósito de sancionar al responsable y generar disuasión frente a la repetición de conductas semejantes en el futuro.

En la doctrina colombiana Velásquez (2009), asegura que:

En la actualidad, el campo de los daños punitivos se ha establecido con el propósito de castigar al causante del daño cuando su conducta pueda calificarse como maliciosa o culpa grave. El daño punitivo consecuentemente busca proteger al consumidor y al público en general, ya que al castigar la conducta antisocial se da un efecto ejemplarizante en la sociedad para que dicha conducta no se repita en el futuro (p. 149).

Para García y Herrera (2003), autoras también colombianas, los daños punitivos son un mecanismo por medio del cual, se condena a pagar una determinada indemnización:

(...) que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes (p.214).

Añaden García y Herrera (2003) que se entiende la institución como una pena privada donde quien es beneficiario de las sumas de dinero, es la víctima del daño causado.

Finalmente, para Orjuela (2012) la figura a la que hemos hecho referencia es una modalidad sancionatoria, proveniente del *common law*, que tiene por objeto imponer una sanción pecuniaria, a título de pena, cuyo monto se decide con base en la gravedad de la conducta. Ello, con el fin de que el comportamiento no se repita y con una búsqueda por proteger a la sociedad.

Para los autores del presente documento, un daño punitivo es aquel que se impone por una conducta que genera daño de acuerdo a la connotación social que tiene la conducta y el daño que produce. Esto, con dos fines principales: el castigo y la prevención o disuasión social.

1.2. Naturaleza jurídica

Es posible fijar elementos especiales que tiene la institución de los daños punitivos y que permiten determinar su naturaleza jurídica. Uno de ellos es que no son una indemnización, y el otro es que tienen procedencia excepcional y requieren de un componente subjetivo agravado (López, 2008). Además de ello, son de carácter civil (Tobar, 2011).

Que los daños punitivos no son una indemnización quiere decir que no pretenden compensar a la víctima o mantener su indemnidad (López, 2008). Por esta razón: “(...) los daños punitivos son entendidos como sanciones y no como compensaciones, lo cual rompe con el tradicional paradigma del aspecto eminentemente compensatorio de la responsabilidad civil, por esta razón, son sanciones adicionales a las indemnizaciones correspondientes por daños compensatorios” (Tobar, 2011, p. 158).

Para Mattio (2010), los daños punitivos no son una indemnización al daño causado sino que se convierten en un “plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado”.

Con respecto al hecho de que los daños punitivos tienen procedencia excepcional, se debe decir que no es suficiente con que una persona o un grupo haya sufrido un daño.

(...) no basta demostrar, por ejemplo, que se ha sufrido un daño injustamente causado por otra persona. Además en el mismo proceso hay que probar que concurren circunstancias, por ejemplo, la actitud del dañador a la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa, teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones (López, 2008, p. 22).

Ahora bien, la procedencia de esta figura se determina según la legislación que la acoja. Sin embargo, su carácter excepcional se mantiene y, de acuerdo con Tobar (2011):

(...) solamente tendrá cabida bajo la observancia de rigurosos supuestos de aplicación que responden a la finalidad con la cual se instituyen los daños punitivos en cada legislación, pero que en general aluden a casos en los que el accionar del demandado fuere con dolo o culpa grave y/o la conducta merezca un alto grado de reproche social (p. 158).

La anterior afirmación, nos lleva al siguiente elemento y es el hecho de que debe haber un componente subjetivo agravado que si bien debe disponerse en cada legislación, obedece sobre todo a un accionar con dolo o culpa grave o, al tema de que la conducta merezca un alto grado de reproche social. Se debe decir entonces que no es suficiente con que una persona o un grupo haya sufrido un daño sino que se requiere un grave reproche en el accionar de la acusación del daño (Mattio, 2010).

Por último, se advierte que los daños punitivos tienen carácter civil y por lo tanto, aunque en algunos aspectos pueden encajar dentro del derecho penal, se apartan del mismo. Al respecto se ha dicho que:

Los daños punitivos son de carácter civil, es decir, que operan sobre el campo de la responsabilidad civil y del derecho de daños, desligándose de figuras parecidas en otras áreas del derecho como, por ejemplo, las penas económicas a las que puede haber lugar dentro de un proceso penal, y con las cuales no son excluyentes (Tobar, 2011, p. 158).

1.3. Antecedentes históricos

La comprensión de la historia y los orígenes de la figura de los daños punitivos, ayuda a tener un mejor panorama del tema, complementar el concepto y contextualizar el objeto de esta investigación. Por esta razón, se considera importante dar a conocer los antecedentes históricos del estudio que nos ocupa.

Si bien la mayoría de las fuentes atribuye los orígenes de los daños punitivos al derecho inglés, la literatura da cuenta de que sus antecedentes son aún más remotos y datan desde el año 1760 a. C. con el Código de Hammurabi. Es después que la figura tiene desarrollo en el Derecho Romano y posteriormente en Inglaterra, en el derecho norteamericano y finalmente, en otras legislaciones del mundo.

Se empezará por reflexionar acerca del Código de Hammurabi seguido del Derecho Romano, para después pasar al *common law* de Inglaterra. Posteriormente, se hará un estudio sobre lo que consagra el sistema jurídico de Estados Unidos y otros sistemas del mundo sobre la institución del daño punitivo.

El Código de Hammurabi pretendía que las personas dejaran de tomarse la justicia por su propia cuenta y unificar los diferentes códigos que existían en el imperio babilónico (Gómez-Pantoja, s. f.). Contiene una consagración que se asemeja a los daños punitivos cuando se “(...) evidencia una presencia indirecta de los mismos a través de sanciones de carácter dinerario (leyes 207 y 208) y de prestaciones forzadas de dar una cosa determinada (leyes 120 y 265) a raíz del daño causado” (citado en Aristizábal, 2010, p. 180).

Ejemplo de lo anterior se puede observar en la ley 120 del Código en mención:

Si uno ha depositado su trigo para la guarda de la casa de otro y hubo una merma, sea que el dueño de la casa abrió el granero y robó el trigo, sea que haya disputado sobre la cantidad de trigo que había almacenada en su casa, el dueño del trigo declarará su trigo ante Dios, y el dueño de la casa doblará el trigo que ha tomado y lo dará al dueño del trigo (Traducción tomada de Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas, s. f.).

Existe un pago por parte de quien haya causado el daño, mayor al daño mismo que genera una sanción y que quizá, puede tener un efecto disuasorio o ejemplarizante en la sociedad. Ahora bien, aun cuando el Código de Hammurabi no distingue entre el derecho civil y penal (Gómez-Pantoja, s. f.) y su aproximación a los daños punitivos es algo implícita, es claro que se dedica un pago que cumple con las dos funciones que se le han dado a los daños punitivos y que ya se explicaron.

Posteriormente, la figura de nuestro análisis tuvo especiales manifestaciones en el Derecho Romano por la Ley de las XII Tablas romana que en la Tabla VII consagró una acción especial denominada *actioniuriarium*, por medio de la cual se podían sancionar las lesiones de honor con castigos que traían un beneficio para la víctima del perjuicio (Rojas, 2012). Ello se acerca a los daños punitivos en la medida en que las sumas producto de la condena no eran para el Estado sino para la víctima que había iniciado la acción y además, la tasación se hacía con base en la gravedad de la ofensa (Aristizábal, 2010), que podía alcanzar el doble, triple o cuádruple del daño que se había causado (García y Herrera, 2003).

Los daños punitivos tuvieron su tercer gran avance en el derecho inglés, a través del sistema jurídico denominado *common law*. Al respecto, López (2008) declara que “(...) los daños punitivos nacieron como una creación jurisprudencial del *common law*” (p. 28). El caso *Wilkes vs. Wood* propició la conceptualización de la figura.

El proceso *Wilkes vs. Wood* tuvo lugar en Inglaterra. El conflicto ocurre cuando el señor Wood, quien iba acompañado de algunos mensajeros del rey, entra a la casa del señor Wilkes (quien era miembro del parlamento) y ordena forzar las cerraduras y revisar la correspondencia privada del dueño de la casa. Debido a ello, el señor Wilkes demanda y reclama una reparación de cinco mil libras. El abogado de la parte actora, además de defender los intereses del señor Wilkes, reclama que hubo violación a los derechos de todos los súbditos por ir en contra de su libertad y que por lo tanto, por la violación de los principios constitucionales más importantes, debía haber la aplicación de lo que denominaron *exemplary damages* (Fernández y Belén, s. f.).

Según expresa López (2008), “la razón le fue otorgada [a la parte actora] y se impusieron daños punitivos para castigar al demandado y disuadir futuras inconductas” (p. 28). Así, se dio la aplicación de la figura a la que hemos hecho referencia y, por ende, se condenó a la suma de mil libras por concepto de daños punitivos (Fernández y Belén, s. f.).

Otro de los casos relevantes que dió origen a los daños punitivos dentro del *common law* fue *Huckle vs. Money*, en el cual el secretario de Estado de la época, ordenó que se requisara y apresara a los encargados de la impresión del boletín *North Briton*. En este caso, como en el preliminar, hubo violación a las garantías que otorgaba la Carta Magna y

por lo tanto, los afectados demandaron y se condenó al demandado al pago de una alta suma de dinero. Insatisfechos con la decisión se impuso una solicitud de apertura que se negó y por ende, quedó en firme la condena ejemplarizante para quienes habían sido demandados (Fernández y Belén, s. f.).

Los casos en mención, son la base de los daños punitivos en el *common law* y el inicio de toda serie de pronunciamientos que han dado forma y contenido a la figura.

1.4. Daños punitivos en algunas legislaciones

A pesar de que Inglaterra fue vital en el desarrollo de la institución de los daños punitivos, se debe advertir que donde más evolución tiene es en Estados Unidos, ya es el país donde se pueden encontrar las mayores condenas a pagar por daños punitivos y donde la jurisprudencia avanza de modo significativo (López, 2008).

Es necesario aclarar que debido a que la figura de los daños punitivos ha tenido especial tratamiento jurisprudencial, para explicar su desarrollo en un determinado Estado, es imprescindible reseñar los casos representativos que se desarrollen en el mismo sobre el particular.

1.4.1. Estados Unidos

La revisión de la literatura sobre el surgimiento de los daños punitivos en Estados Unidos está dividida. Para algunos, esta se dio desde el caso *Coryell vs. Colbough* que aconteció en el año en 1791 (Tessie, 1998); y para otros, en especial en la doctrina latinoamericana, el inicio se dio con el caso *Grimshaw vs. Ford Motor Company* fallado en

1972. Según se dice, los fallos que datan del siglo XVIII no constituyeron particular relevancia en la jurisprudencia norteamericana (Aristizábal, 2010). Debido a esta división doctrinal, se dará la explicación de ambas perspectivas.

La contienda entre *Coryell vs. Colbough*, se dio por el incumplimiento de una promesa matrimonial, caso que debía fallar un jurado y ser guiado para tasar los daños, sin tener en cuenta, el producido individualmente y sí que se debía generar una condena que diera ejemplo social, para que la conducta no se repitiera en el futuro (Redden, 1995).

El conflicto entre *Grimshaw vs. Ford Motor Company* sucede gracias a los defectos de fabricación de un automóvil: la compañía Ford creó un carro denominado Ford Pinto pero este tenía un defecto de fabricación consistente en que si era chocado por detrás, se incendiaba. Hubo un accidente en un vehículo de estas características y al colisionar, se quemó una niña, esto produjo que Ford Motor Company tomara la decisión de no recoger los carros del mercado, sino de pagar las indemnizaciones por daños ocasionados (Legget, 1999).

Con base en los anteriores supuestos, el tribunal decidió que condenaría a la compañía al pago de 2,5 millones de dólares por daños compensatorios y a la suma de 125 millones de dólares por concepto de daños punitivos, por considerar que existía un evidente menosprecio a la seguridad pública. Cabe aclarar que la cifra se redujo a 3,5 millones de dólares, pues la firma Ford alegó que no tenía ningún tipo de mala intención cuando actuó (Aristizábal, 2010).

Otro caso emblemático sobre daños punitivos en los Estados Unidos es la contienda entre *Anderson vs. General Motors*, que se falló en 1982. Los supuestos de hecho se resumen en el acaecimiento de un accidente en un carro Chevrolet Malibú en el cual, debido a que el tanque de gasolina se encontraba muy cercano al parachoques trasero dejó tres personas que iban dentro del vehículo con graves quemaduras. Además, se determinó que General Motors tuvo conocimiento de la deficiencia en este tipo de carros y como solución realizó un estudio de costo-beneficio en el cual se le asignaba la suma de 200.000 dólares a cada vida que se perdiera, por causa del defecto (Tobar, 2011).

Por estos supuestos, se condenó a General Motors al pago de una indemnización compensatoria de 107 millones de dólares y de 4.900 millones de dólares por concepto de daños punitivos (Tobar, 2011).

También fue muy comentada la confrontación entre *Liebeck vs. Mcdonald's Rests.* Allí se condenó a Mcdonald's a pagar la suma de 2,7 millones de dólares por daños punitivos, condena esta que fue reducida a 450.000 dólares pero que de igual manera fue tres veces superior a los daños compensatorios, que tuvo que pagar la compañía (Tobar, 2011).

La causa de la condena se originó debido a que en el mes de febrero del año 2002, la señora Stella Liebeck, quien tenía 79 años, pidió un café en el restaurante Mcdonald's; cuando se le llevó el pedido a la señora, a esta, sin intención, se le derramó el café en sus piernas y esto le ocasionó quemaduras de tercer grado (Cain, s. f.). El castigo se fundamentó en que la compañía tenía una falta de atención severa en la temperatura del

café que ya había ocasionado más de 700 quejas por parte de otros consumidores (Tobar, 2011).

No se puede olvidar que en el sistema jurídico de Estados Unidos, los daños punitivos no pueden aplicarse con arbitrariedad o discrecionalidad en las causas, sino que por el contrario, existen limitaciones y regulaciones para esta figura. Incluso hay Estados que la excluyeron, entre ellos: Massachusetts, Nebraska, Nuevo Hampshire, Washington y Luisiana (Tobar, 2011).

En adición, algunos Estados establecieron límites para la fijación monetaria de los daños punitivos, como por ejemplo, que los pagos no pueden superar el triple de la indemnización compensatoria (caso *Delaere*, Florida e Illinois); o que el monto de los mismos debe mantener una relación razonable con la indemnización (caso *Kansas*) (Tobar, 2011). De tal modo que la víctima solicita un monto a título de daños punitivos, y es el tribunal el que decide que este sea razonable, respetando los límites.

Este concepto de limitar el monto de los daños punitivos originó el sentido del caso *Campbell vs. State Farm*, fallado por la Corte Suprema de Justicia y en el cual se:

(...) anuló una condena por daños punitivos efectuada por el Estado de Utah por 145 millones de dólares, frente a un daño compensatorio de un millón, al considerar que cualquier daño punitivo que supere diez veces la indemnización compensatoria debía presumirse excesiva y violatoria del debido proceso (Tobar, 2011, p. 161).

Más allá del relato de ciertos casos emblemáticos sobre la figura de los daños punitivos, que nos ilustra la manera en que estos operan en Estados Unidos y la referencia al tema de la cuantificación, es importante hacer mención a los elementos constitutivos o caracterizadores de la figura en este país.

Con respecto a los casos y condiciones frente a los cuales pueden imponerse los daños punitivos, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha sido más o menos uniforme según lo reseñado por Luis Piez-Picasso (1999) cuando señala los tres casos en los cuales procede esta institución:

(...) cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (p. ej. Fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos o a no cesar la fabricación); cuando la conducta dañosa, sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño en particular es modesto en relación con el coste eventual del proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento; Cuando independientemente de sus consecuencias, el sujeto actúa con el fin específico de causar el daño (Citado por Rojas ,2012, p. 365).

No obstante, debe entenderse que las reglas que se han reseñado han dependido también del momento específico y por lo tanto, también se ha hecho un intento por conceptualizar la aplicación de la figura, acudiendo principalmente a los criterios subjetivos de atribución de la responsabilidad (dolo y culpa). Por ello, existe un acuerdo mayoritario

en Estados Unidos que se refiere a que la posibilidad de aplicar los daños punitivos está dada cuando hay un grave reproche subjetivo de la conducta (Rojas, 2012). De igual forma, frente a este punto también ha habido variabilidad ya que en algunos momentos este juicio de reproche ha sido más flexible y en otros momentos más estricto.

Con respecto a los criterios que ha adoptado la jurisprudencia estadounidense para la fijación de los daños punitivos, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *BMW vs. Gore* estableció tres parámetros: la reprochabilidad de la conducta de quién daña; un criterio de razonabilidad entre la indemnización compensatoria y el monto que se concede a título de daños punitivos; y el alcance que concede la ley para conductas que puedan ser comparables. Cabe aclarar que otros precedentes han añadido parámetros distintos y por ello, la discrecionalidad del juez entra a jugar un papel importante en el tema (Rojas, 2012).

En el sistema jurídico de los Estados Unidos existe un jurado que es quien dictamina la responsabilidad y eventual condena y un juez que supervisa el correcto cumplimiento de la ley. Ello lleva a que como los daños punitivos son decididos por los jurados, dependiendo de factores subjetivos como el impacto de la situación o las calidades del infractor, la condena puede ser mayor o menor y los criterios para la imposición o no de la figura pueden ser más laxos o estrictos.

Con respecto a las consagraciones legislativas que se encuentran en los Estados Unidos, debemos tener en cuenta que el campo propio de los daños punitivos en este país es el de la responsabilidad civil por daños (*Torts*). Este es un campo del derecho común (*common law*) cuyo desarrollo es más jurisprudencial que legislativo; por esta razón, las normas jurídicas que se aplican principalmente recogen en el “*Restatement of torts*” (especialmente en la primera y segunda edición) publicado por el *American Law Institute*.

No obstante lo anterior, las legislaciones de cada Estado establecen algunas regulaciones especiales sobre los daños punitivos. En el Estado de California, por ejemplo, existe la norma que dice que con respecto a una acción, no proveniente de un contrato, donde está probado que el agente es culpable de dolo, fraude o malicia, en adición a los daños causados, pueden existir una porción de daños ejemplarizantes como forma de castigo al agente responsable (California Code- Section 3294).

En el Estado de Texas, en materia laboral ante una práctica discriminatoria con dolo, el demandante tiene la posibilidad de solicitar tanto los daños compensatorios como los daños punitivos. (Texas Labor Code - Section 21.2585. *Compensatory And Punitive Damages*). En el mismo sentido en cuanto al tema de la discriminación en el Estado de Nueva York el Código administrativo 8-502, prevé la posibilidad de solicitar indemnizaciones a título de daños punitivos.

Finalmente se puede citar el ejemplo del Estado de Illinois que establece en la reparación de las víctimas de comercio sexual, estas tienen derecho a solicitar no solo el valor de los daños compensatorios sino también el de los daños punitivos. (Estatuto de Illinois Section 20)

1.4.2. Argentina

En Latinoamérica, Argentina es el país que más desarrollo ha tenido en el tema de daños punitivos. Después de varias condenas que abarcaban la institución, esta nación ya contempla en su legislación la figura en un contexto concreto que es el tema de la protección al consumidor (Tobar, 2011).

Así pues, la ley 26361/2008 que modificó el artículo 52 bis de la ley 24.240/1993 sobre protección del consumidor expresa lo siguiente:

“Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

No obstante la consagración de los daños punitivos, la legislación argentina los limita al ámbito del derecho del consumidor. A pesar de que la figura es relativamente nueva en este sistema jurídico, ya han existido pronunciamientos jurisprudenciales sobre la misma, que permiten mostrar su aplicación en este país.

El primer fallo ilustrativo es el de *Machinandiarena Hernández vs. Telefónica de Argentina* (2009). El Tribunal de Apelaciones condenó a la empresa Telefónica por considerar que aunque esta no contara con un edificio de atención al cliente con acceso para personas con discapacidad, existía un evidente menosprecio por los derechos de los otros. En cuanto al derecho al consumidor, se alegaba que un consumidor con movilidad reducida no pudo entregar una queja que tenía en contra de Telefónica (Mattio, 2010). Así,

el tribunal condenó a la firma de negocios a pagar la suma de 30 mil pesos, que equivalen a 120 mil dólares.

Se referencia también, el caso de *De la Cruz vs. Renault Argentina S. A.*, en el cual el demandante compró un carro defectuoso y a pesar de llevarlo en reiteradas ocasiones al servicio técnico de Renault, no le solucionaron su problema. Lo que se decía era que si bien el automóvil funcionaba, tenía un ruido molesto que perturbaba y disminuía su valor. Por estos hechos, se aplicó la figura del daño punitivo a la compañía de automóviles.

Dentro de la doctrina argentina existen, diferentes posiciones sobre la legalidad o ilegalidad de la institución en el ordenamiento. La mayoría de opositores a la implementación refieren por ejemplo que en el derecho civil argentino, la medida de resarcimiento únicamente puede darse hasta el límite de la medida de daño resarcible probado y derivado de la actuación de quien ha dañado y que por ello, los daños punitivos corresponderían a un enriquecimiento sin justa causa de la víctima (Urruti, 2014, p. 3).

Adicionalmente, se ha mencionado que la institución tiene una naturaleza penal y que por lo tanto, su regulación debería darse en el ámbito de esta rama, que hay una vulneración a las garantías constitucionales, que se viola el principio de legalidad, que con la figura hay una posibilidad de doble incriminación por un mismo hecho y que por la falta de criterios establecidos, puede haber una arbitrariedad en la determinación de los montos de este tipo de daños (Urruti, 2014).

Sobre todas estas críticas, la doctrina defensora de los daños punitivos ha tenido su correspondiente respuesta y por lo tanto se ha forjado una dura discusión al respecto. No obstante lo anterior, el hecho es que en la Argentina los daños punitivos son una realidad

legislativa que ha ido cogiendo fuerza y que como ya hemos visto, ha generado duras sanciones en algunos precedentes jurisprudenciales.

1.4.3. Inglaterra

Se menciona aquí otros casos significativos que contribuyen al desarrollo de la monografía para ilustrar la manera en que operan los daños punitivos en la jurisprudencia inglesa.

Rookes vs. Barnard (1964). El señor Rookes era dibujante en la British Overseas Airways Corporation (BOAC). Decidió desafiliarse del sindicato de la compañía, por esta razón, el sindicato decidió presionar a la empresa con el fin de que despidieran al señor Rookes y, ciertamente, el sujeto fue despedido. Debido a ello, el señor Rookes inició acciones legales en contra de miembros del sindicato por haber inducido a la BOAC a despedirlo (Fernández y Belén, s. f.).

En el presente caso, cabe resaltar que se hizo la diferenciación entre la naturaleza y funciones de los daños compensatorios, por oposición, y los daños punitivos. Se manifestó que el objeto de los primeros es la compensación del daño efectivamente sufrido, mientras que en el segundo hay una intención de sancionar y disuadir (Fernández y Belén, s. f.).

Se especificaron dentro del fallo, los casos donde procede la figura de los daños punitivos, limitando así la aplicación de la figura. Primero, se dijo que se emplea la figura en los procesos en los que autoridades públicas o funcionarios, tengan comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales en contra de un particular o empresa. Segundo, se refiere a aquellos momentos donde la persona que causa el daño, ha calculado las

indemnizaciones que le acarrearía ese daño y ha determinado que el lucro que le reporta, es mayor al que tiene que pagar por concepto de las mismas; finalmente determinó el fallo que el tercer supuesto para que proceda la figura serán aquellas circunstancias en los que la ley expresamente prevea los daños punitivos (López, 2009).

Casos como este evidencian la más contundente limitación de la figura. Los siguientes son otros ejemplos.

Benson vs. Frederick. Quien demanda es un soldado que dice haber sido azotado de manera injustificada por un coronel. Por estos hechos, se obliga al coronel al pago de 150 libras; sin embargo, el juez concluyó que el pago era supremamente elevado y no guardaba relación con el daño sufrido. Por esta razón, se impuso la condena pero atendiendo a la capacidad de pago del condenado y con base en la arbitrariedad y falta de justificación del coronel (Fernández y Belén, s. f.).

El anterior constituye un caso en el cual nuevamente se da una limitación al monto de los daños punitivos y de alguna manera pone de presente que los mismos no se pueden imponer de manera deliberante sino bajo ciertos criterios de justificación. También permite el precedente generar una de las más fuertes críticas a los daños punitivos como es el hecho de que si a la figura no se le pone límites, la misma se puede convertir en un arma de arbitrariedad para el juzgador.

London vs. Ryder. La persona demandada ingresó al domicilio del demandante sin permiso y además trató de expulsarla de su casa. El jurado impuso una condena mayor a los daños sufridos, por considerar indignante el comportamiento del demandado, por esta

razón, se le condenó al pago de 1.500 libras como indemnización y 3.000 libras por concepto de daños punitivos. A pesar de haber apelación del fallo, el mismo fue confirmado (Fernández y Belén, s. f.).

Williams vs. Settle. Una mujer contrata a un fotógrafo para que haga las fotografías de su matrimonio advirtiéndole que el *copyright* o derechos de autor quedarían en sus manos. Pasado un tiempo, la mujer se convirtió en una persona pública y el fotógrafo decidió vender el material visual de la boda de la señora a periódicos. A pesar de no tener el derecho para hacerlo, ello generó fuertes perturbaciones a la mujer. La Corte decidió condenar al fotógrafo al pago de 1.500 libras, considerando que parte de la suma tenía naturaleza de daños punitivos por violación al *copyright* (Fernández y Belén, s. f.).

El anterior es uno de los casos relacionados con la propiedad intelectual y en concreto con los derechos que se tenían sobre las fotografías a las que se ha hecho mención. De esta forma, ello nos ilustra que la figura puede hacer parte de toda serie de procesos de responsabilidad incluyendo por supuesto, aquellos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual.

CAPÍTULO II: PROPIEDAD INTELECTUAL

En este capítulo se presenta de manera muy sucinta los conceptos básicos relativos a la institución de la propiedad intelectual. Además, se busca destacar la importancia que tiene la protección de la propiedad intelectual en el ámbito nacional y global, mencionando los convenios y tratados internacionales más importantes, así como las normas en Colombia que se refieren al tema.

2.1. Concepto de propiedad intelectual

La propiedad intelectual existe desde que el hombre tuvo capacidad de imaginar y crear. Con el tiempo adquirió mayor relevancia, pues se entiende que esa capacidad creadora tiene un valor que requiere protección.

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (s. f.): “la propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio” (p. 2). Dentro del concepto de propiedad intelectual se encuentran el de propiedad industrial, que se refiere a patentes, marcas y diseños industriales; y los derechos de autor, que comprenden obras artísticas y literarias.

Como bien lo explica López (2010):

(...) la propiedad intelectual comprende dos grandes campos: uno dedicado a las creaciones del intelecto de carácter científico, artístico o literario que es lo que se denomina derecho de autor, y otro que protege las nuevas creaciones, sean invenciones o procedimientos, con aplicación industrial, los signos distintivos y las nuevas variedades vegetales, llamado propiedad industrial (p. 12).

La propiedad intelectual se relaciona entonces, con la posibilidad de proteger la información y conocimientos, convirtiéndolos en derechos para así promover la innovación y el desarrollo económico, que a largo plazo, mejoran la calidad de vida y promueven el empleo en la sociedad. Con el paso del tiempo, la propiedad intelectual ha sido

determinante en la economía de los países, en la generación de confianza para incentivar la creatividad y en el progreso.

Las reglamentaciones que se han creado sobre el tema de la propiedad intelectual, tienen el fin de generar suficientes incentivos para fomentar los inventos y las creaciones, a través del otorgamiento de un derecho de propiedad que no es eterno ni absoluto, sino temporal y con ciertas restricciones (Díaz, 2008). De esta manera, se busca que a través de las normas se contribuya a un equilibrio entre el interés público y el interés privado.

En principio, el tema de la propiedad intelectual es tratado internamente, de acuerdo con los intereses que tenga cada país. Sin embargo, la internacionalización se empezó a dar a finales del siglo XIX, evolucionando con los años y las circunstancias, ante la necesidad de normas generales válidas para todos (Correa, 2009).

En su obra *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor* Luis Carlos Plata (2010) asegura que

Los procesos de cooperación, colaboración, integración y expansión que durante la última década ha sufrido la economía en el ámbito mundial; la conformación de grupos y alianzas de mercados bilaterales y multilaterales apoyados en el acelerado desarrollo de la ciencia, la tecnología y las comunicaciones y el aumento de la capacidad de transmitir información, hacen que más frecuentemente las naciones deban acomodar su legislación interna a los requerimientos y normas emanados de los acuerdos internacionales (...) (p. 9).

Se da en primer lugar el convenio de París sobre la protección de la propiedad intelectual en 1883. Este convenio abrió paso al tema y le dio un fundamento, en un momento donde se internacionalizó la economía y la preferencia y fuerza que tomaba la invención como factor de supremacía industrial, implicaban una necesidad de protegerla más allá de las fronteras nacionales (García, 2009). Uno de los aportes más importantes de este tratado, fue la introducción de cuatro principios del derecho de propiedad industrial: principio de independencia, de territorialidad, trato nacional y de prioridad.

El primero hace referencia a que cada país es independiente en el otorgamiento de protección del derecho de propiedad industrial. El segundo explica que el derecho de propiedad industrial se ejerce dentro del territorio del país que como tal lo ha reconocido. El principio de trato nacional establece que no se le puede dar un trato menos favorable a un extranjero del que se le da a los nacionales en cuanto a la protección de la propiedad intelectual. Por último, el principio de prioridad, determina que a quien solicite el registro de propiedad industrial en un país determinado, le debe ser protegido ese derecho en otros países miembros del convenio por un tiempo determinado, para evitar que en otra nación alguien registre la misma creación en perjuicio del primero (García, 2009).

Posteriormente, se firmó el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas en 1886. En el año de 1891 en Madrid se da el Acuerdo relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos. Aparecen luego ciertos instrumentos que fueron de mayor importancia como la Convención de Roma de 1961, para la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión; la Unión internacional para la protección de las obtenciones

vegetales de 1961; el Acuerdo de Lisboa para la protección de denominaciones de origen y su registro internacional de 1967; el Tratado de cooperación en materia de patentes en 1970; el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas en 1971; el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite en 1974 y el Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes en 1977 (Correa, 2009).

2.1.1. Propiedad intelectual dentro de la Comunidad Andina

La Comunidad Andina (CAN) por su parte ha desarrollado legalmente el tema de la propiedad intelectual. La Comunidad Andina es un acuerdo de integración de países suramericanos. “Los países que la integramos - Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú- estamos unidos por el mismo pasado, una variada geografía, una gran diversidad cultural y natural, así como por objetivos y metas comunes” (Comunidad Andina, s. f.). La CAN ha venido creando las Decisiones relacionadas con el tema de Propiedad intelectual con el fin de unificar la normatividad de los países miembros, así como de internacionalizar cada vez más la propiedad intelectual.

Como antecedente importante de las decisiones de propiedad intelectual de la Comunidad Andina, se encuentra el acuerdo de Cartagena, un acuerdo de integración creado en Bogotá en 1969 entre Bolivia, Perú, Ecuador, Chile y Colombia con el fin de crear una comunidad para cooperación e integración económica. Surge entonces la

Comunidad Andina con la aprobación de todos los países miembros, regulando temas de común interés para los mismos. Por facultad que le otorga la Constitución Política de Colombia, es el Congreso el encargado de regular los temas relacionados con la propiedad industrial, sin embargo en virtud de la supranacionalidad la Comunidad Andina a través de las Decisiones ha regulado este tema de importancia para los países miembros. Tanto así que los países miembros se obligan a crear un reglamento para la aplicación de normas sobre propiedad industrial. Debido a lo anterior en el año de 1974 se aprueba la Decisión 85 que tiene el Reglamento para la aplicación de normas sobre propiedad industrial, buscando unificar información en temas como requisitos para la solicitud de patentes, los dibujos y modelos industriales y las marcas (Decisión N° 85 de 5 de junio de 1974 - Reglamento para la Aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial).

Han sido varias las decisiones de la CAN con relación a la propiedad intelectual. A través de la Decisión No. 291 del 12 de marzo de 1991 se creó un régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías. La Decisión No. 345 del 21 de octubre de 1993 que se refiere al régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales. La Decisión No. 351 del 17 de diciembre de 1993 que trata el régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos, reconociendo la importancia de los derechos sobre las obras literarias, artísticas y científicas. La Decisión No. 391 del 2 de julio de 1996 sobre el régimen común sobre acceso a los recursos genéticos. A través de este régimen se buscó una participación de los países miembros en los beneficios de recursos genéticos. En el año 2000 aprobó un régimen de protección de los derechos de protección intelectual. (OMPI, s. f.). De esta manera a

través de decisiones como la Decisión 486 se buscaba unificar la normativa sobre el tema en los cinco países, incluyendo varios temas relacionados con el Convenio sobre Diversidad Biológica. Una de las innovaciones que trae esta última Decisión es lo relacionado con esquemas de trazados de circuitos integrados comúnmente denominados microchips, un concepto desarrollado en esta Decisión que lo define como:

“un producto, en su forma final o intermedia, cuyos elementos, de los cuales al menos uno es un elemento activo y alguna o todas las interconexiones ,forman parte integrante del cuerpo o de la superficie de una pieza material, y que esté destinado a realizar una función electrónica” (NOCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, s.f.).

Debemos recordar que en Colombia la Constitución de 1991 otorgó al Congreso de la Republica la función de regular y desarrollar el tema de Propiedad Industrial, sin embargo esto se reguló a través de decisiones de la CAN, particularmente a través de la Decisión 486, que entró en vigor en diciembre de 2000. Esta Decisión fue novedosa como ya se dijo anteriormente, ya que incluyo temas como los de nación más favorecida y desarrollo el tema en consonancia con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual y Comercio (ADPIC). (NOCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, s.f.).

2.1.2 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual y Comercio (ADPIC)

La propiedad intelectual continuó su desarrollo hacia la internacionalización, con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual y Comercio (ADPIC) en 1994; el Tratado de derecho de marcas en el mismo año; el Tratado de derechos de autor de la OMPI en 1996; el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas en el mismo año y finalmente el Tratado sobre derecho de patentes en el año 2000 (Correa, 2009). Se agrega que la ejecución de diferentes TLC ha regulado el tema de la protección a la propiedad intelectual.

Uno de los acuerdos más notables fue el de la ADPIC en cuanto a la internacionalización del tema, ya que le resta flexibilidad y libertad a los países en la regulación interna de la propiedad intelectual, estableciendo parámetros claros a los cuales los Estados deben darle aplicación. Con los TLC lo que se ha hecho es extender aún más los requisitos y disposiciones que se tiene en ADPIC. “En algunos casos, la protección que se aplica bajo estos TLC es mayor que la que existe en EE. UU.” (Correa, 2009, p. 113).

Como lo expresa Díaz (2006):

(...) el TLC incorpora un conjunto significativo de disposiciones que fortalecen los derechos de propiedad intelectual y que van más allá del ADPIC y los tratados OMPI, especialmente en patentes farmacéuticas, derecho de autor en el mundo digital y observancia (p. 7).

El acuerdo ADPIC se dio en el marco de un intercambio comercial en el que los derechos de propiedad intelectual en los países eran diferentes y se convertían en barreras para la apertura comercial. Es uno de los acuerdos multilaterales más completos, pues abarca detalles valiosos de la propiedad intelectual. Se encuentra compuesto por cinco aspectos generales: a) la aplicación que se debe dar a los principios básicos del sistema de comercio internacional y otros tratados sobre propiedad intelectual; b) la manera de otorgar adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual; c) cómo los Estados miembros deben hacer cumplir dichos derechos al interior de sus territorios; d) la forma de enfrentar problemas sobre derechos de propiedad intelectual entre los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y e) disposiciones transitorias para la implementación del acuerdo (OMPI, 2007). Este acuerdo se convierte entonces, en el antecedente más importante para dar origen a la inclusión en capítulos extensos referentes a la propiedad intelectual, en el TLC entre Estados Unidos y países latinoamericanos (Díaz, 2006).

La libertad de comercio es el pilar de la globalización, pues es el fin e ideal de la economía mundial. “La liberalización comercial es considerada como uno de los mejores indicadores del grado en que la economía de una nación ha logrado insertarse en el mundo global” (Recopilación de las intervenciones del Seminario Internacional Globalización, 2005). De esta manera, con la promesa y la necesidad de crecimiento se ha promovido la apertura económica a través de mecanismos como los TLC, que muchas veces ponen en desventaja a las naciones menos desarrolladas. Numerosos expertos aseguran que las “disposiciones generales” que se encuentran en los diversos tratados, son la herramienta

más importante que tienen los países en vía de desarrollo para defenderse de las cláusulas que se les imponen.

En garantizar la observancia de tales disposiciones está el comienzo del camino para que ese tejido de múltiples interrelaciones que constituye el imaginario ideal de la globalización, cuente con una institucionalidad supranacional que oriente sus ejecutorías y corrija los desequilibrios y las asimetrías que hoy son la norma general en la comunidad internacional (Recopilación de las intervenciones del Seminario Internacional Globalización, 2005).

Para los países más pobres, la protección de la propiedad intelectual, los ubica en una situación de desventaja en la aplicación del acuerdo ADPIC, por el poder del mercado. Es así, como la propiedad intelectual es un tema tan trascendental que se ha internacionalizado y se ha extendido su protección, a través de múltiples instrumentos como los TLC, que muchas veces desfavorecen a las naciones menos desarrolladas como lo son Colombia y otros Estados latinoamericanos. Estos tratados prometen un mayor desarrollo económico para quienes lo suscriben, y terminan convirtiéndose en mecanismos para controlar y manejar el mercado de determinados productos al interior del país.

Como lo enuncian Moron, Bernedo, Chávez, Cusato y Winkelried (2005): incorporan un conjunto significativo de disposiciones que fortalecen los derechos de propiedad intelectual y que van más allá del ADPIC y los tratados OMPI, especialmente en patentes farmacéuticas y derecho de autor en el mundo digital.

2.2. Derechos de autor y derechos conexos

Una de las ramas de la propiedad intelectual es el derecho de autor y derechos conexos. Se hará referencia al concepto de derechos de autor, su contenido y la manera en que se ha protegido este derecho.

Los derechos de autor, como bien lo apunta la OMPI, son los derechos que tienen quienes crean obras literarias y artísticas. Conforman el derecho de autor las obras literarias y artísticas, las películas, las composiciones musicales, la arquitectura, la publicidad y los mapas. No se protegen las simples ideas, sino la materialización de las mismas, por lo tanto, se protege el derecho sobre algo tangible como lo son las ideas plasmadas o expresadas. “El derecho de autor es el cuerpo de leyes que concede a los autores, artistas y demás creadores protección por sus creaciones literarias y artísticas, a las que generalmente se hace referencia como obras” (OMPI, s. f.).

En un principio era muy difícil controlar y proteger las creaciones literarias y artísticas, pues se iban difundiendo de manera oral. Así fue como las normas de derecho de autor nacieron con la imprenta, esto es, hacia el año 1450 (Vidal, 2009). Lo que primero se protegió, fueron los privilegios de impresión, dándole derechos a los impresores. Luego en Inglaterra, a través del estatuto de 1710, se empezó a proteger directamente a los autores de las obras. Aunque en un comienzo las obras eran censuradas, poco a poco se vio la necesidad de difundir la información y expandir los conocimientos promoviendo una libertad de pensamiento y la creación de diferentes medios de reproducción y difusión. Con el enciclopedismo se recopilan obras dándole reconocimiento a los autores “*L'Encyclopédie* o *Diccionario Razonado de las Ciencias, las Artes y los Oficios*, es la expresión más clara de la nueva situación” (Chousa, 2002, p. 31).

Se reconoce como tal al autor hasta después de la Revolución Francesa, en la cual se examinan los derechos personales de los creadores. Así inicia el aumento de obras y se establece el primer acuerdo internacional que busca proteger los derechos de autor: el Convenio de Berna sobre Protección de Obras Literarias y Artísticas. En este convenio se fijaron algunos principios básicos. En primer lugar las obras que se originan en cada Estado que se adhiere al convenio son protegidas, tanto las publicadas por nacionales como por quienes no lo sean, de la misma manera en los diversos Estados. En segundo lugar, el principio que se refiere a la protección de manera automática; es decir, no se debe cumplir ninguna formalidad para que se protejan los derechos de autor, por el simple hecho de plasmar una idea se le concede un derecho y se le protege al titular.

Por su parte, es de sumo valor la Convención Universal de Derechos de Autor, adoptada el 6 de septiembre de 1952 en Ginebra. Esta, determinó que los países adherentes debían tomar todas las medidas necesarias y utilizar múltiples instrumentos para garantizar la protección de los derechos de autor. Es necesario recordar, que el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 manifiesta: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

El derecho de autor está compuesto por una serie de privilegios que la ley le otorga a quien es autor o creador de una obra literaria, artística o científica. El autor de las obras tiene dos clases de derechos o prerrogativas: a) derechos patrimoniales, que se refieren a la posibilidad de recibir un dinero por la reproducción o el uso de su obra y b) posibilidad que tiene el autor de explotar económicamente su creación durante un tiempo determinado,

siendo un derecho susceptible de transmitirse. A su vez, están los derechos morales, que le permiten al autor oponerse a modificaciones de la obra que puedan perjudicarlo a él o a su buen nombre; es proteger los aspectos subjetivos. Los creadores de las obras, pueden reclamar sus derechos a través de los numerosos instrumentos jurídicos que posee cada país, como lo son por ejemplo, las demandas judiciales (López, 2010).

Chousa (2002) se refirió a los derechos morales en los siguientes términos:

Su contenido se centra en los derechos a la divulgación de la obra (el autor tiene derecho a difundir la obra por él creada, lo que también implica el derecho a no difundirla, al nombre, reconocimiento de la paternidad, a su divulgación bajo seudónimo o de forma anónima, al respeto de la obra (integridad de la obra y facultad de impedir cualquier transformación), a su modificación, a continuarla y terminarla, a retirarla del comercio, y a acceder al ejemplar único o raro (p. 48).

La Corte Constitucional en sentencia C- 276/1996 (M. P.: Julio César Ortiz) resalta dos aspectos de los derechos morales del autor: un derecho de carácter extrapatrimonial que no se valora en dinero —sin embargo, una violación al mismo sí es apta para generar una indemnización en dinero—, y un derecho inalienable e irrenunciable.

Las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) cambiaron los mecanismos de reproducción de las obras, y con ello, los mecanismos de protección de estas. Las TIC implican que el acceso a las obras sea mucho más fácil y el control más difícil. La OMPI, ha trabajado para crear los tratados conocidos como “Tratados Internet”, que buscan construir normas que protejan las obras que se encuentran en la red. Es un gran

reto al que se enfrentan los países: luchar contra la piratería e incentivar la creación de nuevas obras.

2.3. Propiedad industrial

La propiedad industrial y su protección es un tema de gran relevancia, pues estimula la creatividad e invenciones que aportan al crecimiento y desarrollo económico y cultural, pues amplían las posibilidades de mejores condiciones de vida.

La propiedad intelectual en palabras de la OMPI (s. f.) incluye las patentes de invenciones, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas, otorgando así, un derecho a los propietarios de obtener beneficios del uso de estas.

Rodríguez (s. f.) se refiere a los derechos de propiedad industrial de la siguiente manera:

Los derechos de propiedad industrial son, por supuesto, exclusivos en tanto y cuanto su titular puede prohibir al resto de la comunidad que los utilice. Pero son, además, un derechos excluyente por cuanto sobre un mismo objetos solo puede existir un derecho de exclusiva (p. 109).

Como parte de la propiedad intelectual, la propiedad industrial ha tenido desarrollo nacional e internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoce en su artículo 27 la protección que requieren las invenciones. En el contexto mundial, se afirma esta posición en convenios como el de París del año 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886.

Vale la pena hacer referencia a las patentes como una de las ramas de la propiedad intelectual. Estas tratan de la protección que se da a ciertas invenciones o innovaciones sobre un producto o una forma de producción por un periodo determinado (por lo general la vigencia es de 20 años). Para Díaz (2008), las patentes tienen tres grandes funciones, “primero, pueden asegurar una propiedad temporal de todas las creaciones que cumplan los requisitos de invención originalidad y aplicación industrial” (p. 23). Por otro lado, tienen como función divulgar el conocimiento necesario para la invención, permitiendo así que se expandan nuevos saberes. Por último, las patentes son títulos de propiedad que pueden negociarse de tal forma que se reciba un beneficio económico aumentando ingresos ya sea de personas naturales o jurídicas, lo que incrementa a su vez el capital. La patente, para ser concedida debe ser solicitada, es decir que no se da automáticamente con la creación del objeto.

Es evidente cómo con las patentes se reduce la posibilidad de competencia en los mercados, por lo que son dos temas que se deben tratar y regular de manera paralela, buscando evitar mercados monopólicos. Según Díaz (2008), hay un triple desafío para la regulación de patentes que pretenda evitar que se restrinja la libertad de empresa y libre competencia en los mercados, “primero determinar cómo se regularán, la duración, alcance y requisito de originalidad de las patentes, segundo establecer normas que aseguren una máxima difusión de los nuevos conocimientos tecnológicos y por último determinar las excepciones a la patentabilidad” (p. 33).

En cuanto a las marcas, estas componen también la propiedad intelectual y se refieren a un símbolo o signo que permite identificar ciertos bienes y servicios. Se protege

de esta manera a quien creó la marca determinada y recibe el reconocimiento y retribuciones económicas que genere la marca, al ser única e identificar un determinado producto que va creando una popularidad e identidad. Al igual que las patentes, las marcas deben solicitarse para ser reconocidas. La OMPI diseñó un sistema internacional de registro de marcas con el fin de proteger la marca en todo el mundo. El Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y el Protocolo de Madrid de 1989, son los dos tratados fundamentales que sirven como base para manejar este sistema de acuerdo a los Estados partes en estos tratados. Es este un paso grande a la internacionalización de la normatividad que hace posible la expansión del comercio, pues se puede mantener el reconocimiento de un modo específico en el ámbito global, dándole seguridad a los creadores de la misma e impulsándolos a llevarla a otros países.

La propiedad industrial comprende los diseños industriales. Trata en esencia de la protección de la forma o diseño de un objeto, en especial su estética, que influye en las ventas. Para proteger un diseño industrial es requisito que este sea realmente un diseño nuevo y se debe solicitar el registro del mismo por persona jurídica o natural.

El secreto industrial o empresarial, forma también parte de la propiedad industrial. Alude a información de tipo confidencial que tiene una persona jurídica o natural, la cual sirve para una actividad de comercio.

En palabras de la Corte Constitucional en sentencia T-381/1993 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo):

(...) de la propiedad industrial [forman] parte los secretos industriales, es decir, los que se refieren a los factores técnicos o científicos que, combinados de cierta manera, permiten una fabricación o transformación de productos con resultados específicos y característicos de la empresa industrial que los posee. Lo que se conoce como *Know how* es objeto de protección jurídica en razón precisamente del vínculo que establece entre el proceso y su resultado, cuyo conocimiento y manejo pertenece a la empresa y forma parte de su patrimonio.

2.4. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Es una de las organizaciones más importantes en el campo de la propiedad intelectual, nació en el año de 1970 con el objetivo de proteger y promover los derechos de propiedad intelectual en todo el mundo. Se instituyó con el fin de impulsar las creaciones y prosperidad en diferentes países. La OMPI es parte de las Naciones Unidas, su objetivo es generar espacios para que los Estados propongan leyes dirigidas a la protección de la propiedad intelectual. Teniendo en cuenta la velocidad con la que se ha dado la globalización y la internacionalización del tema de propiedad intelectual, esta entidad adquiere gran importancia para lograr este proceso, conseguir una normatividad clara y adecuada para la protección mundial y facilitar una integración de los países en el tema, como lo hacen por ejemplo a través del registro internacional de marcas y patentes (OMPI, s. f.).

2.5. Regulación en Colombia sobre la propiedad intelectual

En Colombia la propiedad intelectual se protege cada vez más gracias a la relevancia que se le reconoce. El Estado se ve obligado a ejecutar políticas públicas para tratar un tema de valor social que requiere su intervención para que facilite avances tecnológicos y la protección de innovaciones, que promuevan mayor crecimiento y desarrollo de la economía nacional.

La economía actual, se basa en un modelo que dejó de ser el de tierra, capital y trabajo, para transformarse en uno que se sustenta en la información, tecnología y activos intangibles. Es un nuevo modo de economía, conocida como economía del conocimiento (Plata y Cabrera, 2011). Esta nueva forma de economía y la globalización, apoyan la idea de la libertad de comercio entre los diferentes países. En ese sentido, para que se pueda liberalizar el comercio como tal, una de las necesidades que se plantea, en particular en naciones en vía de desarrollo como Colombia, es la de tener un soporte normativo lo suficientemente sólido como para poder tener relaciones comerciales con otros países. Uno de los temas que adquiere trascendencia es el de la protección a la propiedad intelectual en cada Estado, de tal manera que exista una protección de la misma sin que esto repercuta en una restricción excesiva para el comercio.

En sentencia C-276/1996 (M. P: Julio César Ortiz Gutiérrez) la Corte Constitucional se pronuncia sobre la propiedad intelectual así:

La propiedad intelectual está protegida en sus distintas expresiones por normas especiales de orden interno y por convenciones de Derecho Internacional aplicables

en Colombia, que consagran procedimientos administrativos y judiciales orientados, precisamente, a preservar los derechos básicos de quien la tiene a su favor de conformidad con la ley.

Son varias las leyes y regulaciones que hacen referencia a la propiedad intelectual en Colombia. La Constitución Política de Colombia en su artículo 61 establece que: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Siendo la Constitución la norma de normas, la de mayor jerarquía dentro del sistema normativo nacional, ha servido como sustento y guía en el desarrollo de preceptos que se ha dado sobre el tema. En la Carta Magna se alude al género de propiedad intelectual, a la espera de incluir dentro de este los derechos de autor y la propiedad intelectual (Corte Constitucional, sentencia C-276/1996, M. P: Julio César Ortiz Gutiérrez).

Hay que tener en cuenta que la mayor regulación en el tema al que hemos hecho referencia, si bien se basa en el precepto constitucional antes citado, tiene su principal desarrollo en las Decisiones de la Comunidad Andina- a las cuales hemos hecho referencia. Esto en virtud de la supranacionalidad que consiste en que aquellas normas expedidas por la CAN, se incorporaran a los países miembros sin que medie un proceso legislativo interno previo, lo que quiere decir que tienen aplicación inmediata en Colombia con excepción de aquellas que explícitamente se hayan pronosticado para que sean incorporadas por una norma nacional (Richardson s.f).

Con respecto a lo anterior, la sentencia C 137 de 1996 dispone lo siguiente:

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

En consonancia con lo anterior, se deben tener en cuenta entonces como principales decisiones de la CAN en cuanto a la propiedad intelectual en Colombia y sin perjuicio de otras que han sido adoptadas, la 351 del 17 de diciembre de 1993 y la 486 del 1 de diciembre del año 2000.

En cuanto a la Decisión 351 del año 1993 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos), la misma plantea como bien lo indica su artículo 1 una “adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico”. Así, ella plantea la definición de autor y los derechos que tiene el mismo a la conservación de su obra de manera inédita, a la divulgación de la misma, la reivindicación de su paternidad y a la oposición a cualquier tipo de deformación, mutilación o modificación que pueda atentar contra el decoro de la obra o la reputación de su autor. De igual forma, se reconocen los derechos patrimoniales sobre la obra. Así mismo, se plantea que la protección a estos derechos no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte (Art.18)

Si llega a haber infracción a los derechos reconocidos, la autoridad está facultada para ordenar el cese de la actividad ilícita, la incautación, el embargo, decomiso o secuestro de los ejemplares de la obra producidos con la infracción o la de los medios que se usen para la comisión de la infracción. En caso de infracción a los derechos reconocidos, la autoridad nacional competente está facultada para ordenar el cese inmediato de la actividad ilícita; la incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo de los ejemplares producidos con infracción o de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

La protección a los derechos conexos de las obras, está igualmente protegida en la decisión 351.

Por su parte, el régimen de propiedad intelectual se regula también en la Decisión 486 del año 2000 (Régimen Común de Propiedad Industrial), a través de la cual se

incluyeron conceptos importantes tomados de la ADPIC como lo son el Trato Nacional y el Tratado de Nación más favorecida, temas regulados en los primeros artículos de la decisión. Así mismo, la decisión hace referencia al patrimonio biológico y los conocimientos tradicionales teniendo en cuenta que los países miembros son reconocidos por la biodiversidad y la variedad cultural la cual debe ser protegida.

Esta decisión hace referencia a las indicaciones geográficas, marcas, diseños industriales y patente e indica cuales son los requisitos de la patentabilidad, los derechos, usos, y obligaciones de los titulares de las patentes de acuerdo con los lineamientos de la ADPIC.

Por otro lado, la decisión de la Comunidad Andina regula y define el tema de los secretos empresariales o industriales así como los actos de competencia desleal. Se considera entonces, como secreto empresaria, según el Art. 260 la información no divulgada de la que disponga una persona natural o jurídica referente a alguna actividad industrial o comercial y que además cumpla con ser secreta, tener un valor comercial y haya sido objeto de medidas para mantener su reserva.

En cuanto a leyes, se encuentra la ley 23/1982 que establece que los derechos de autor sobre obras literarias, artísticas y científicas serán protegidos. En esta normativa es válido recalcar que se imponen unas medidas de carácter preventivo como providencias cautelares, que son el secuestro preventivo y la interdicción o suspensión por ejemplo, de obra teatral o musical. Después viene la ley 44/1993 que modifica el precepto anterior y en la cual se funda la necesidad de registrar en el Registro Nacional del Derecho de Autor toda obra con fines de publicidad y oponibilidad a terceros.

La ley 599/2000, por la cual se expide el Código Penal, que en sus artículos 270 y 271 se refiere a las violaciones a los derechos morales y patrimoniales de autor otorgando como sanción prisión y multa. La protección penal procura la tipificación de conductas con el propósito de sancionar a quien realice una acción que encaje dentro del tipo penal. Se empezó a proteger en lo penal los derechos sobre propiedad intelectual en las leyes 23/1982 y 44/1993, en las que se especificaban y trataban ciertas conductas que afectaban estos derechos. Pero con el Código Penal se tipifican como delitos unas conductas concretas que se consignan en el Título VIII como De los delitos contra los derechos de autor del libro segundo, parte especial. Además de los derechos de autor, dentro del Código Penal se tipifican otras conductas que buscan proteger la propiedad intelectual como en el Título VII Bis que se refiere a la protección de la información y de los datos. Así mismo, se halla el artículo 306: usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales; el artículo 307 sobre el uso ilegítimo de patentes; y el artículo 308 sobre violación de reserva industrial o comercial. Son estos ejemplos de cómo el sistema normativo colombiano le ha dado relevancia a los derechos de propiedad intelectual.

La ley 1343/2009 a través de la cual se aprueba el “Tratado sobre el Derecho de Marcas” y su “Reglamento”, adoptados el 21 de octubre de 1994. La ley 1455/2011: “Por medio de la cual se aprueba el ‘protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas’, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989 (...)”. A través de la ley 1273/2009 se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado —denominado “de la protección de la información y de los datos”— y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las TIC. Estas son algunas de las

principales leyes que se han adoptado para proteger la propiedad intelectual en Colombia, además de la normatividad internacional a la que se ha acogido el país.

Por su parte, la jurisprudencia alude al tema en diferentes sentencias. Un ejemplo de esto es la sentencia C-276/1996 (M. P: Julio César Ortiz Gutiérrez), allí se enuncia que:

(...) las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas de manifestaciones de la capacidad creativa del individuo.

En Colombia esta protección que se ha dado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, permite que puedan hacerse efectivos estos derechos a través de acciones civiles presentando una demanda con sus pretensiones para que estas sean resueltas por la jurisdicción civil; se busca con ello una reparación integral e indemnización del daño tanto extrapatrimonial como patrimonial. La vulneración de los derechos de propiedad intelectual generan un daño que puede repararse y se pretende que las cosas regresen al estado anterior, sin embargo, en caso de no ser viable, se debe indemnizar por los perjuicios causados con el pago de una suma de dinero equivalente (López, 2010).

Así mismo, está la posibilidad de presentar acciones penales a través de una denuncia que sanciona de manera penal a quien realice alguna actividad que se encuentre tipificada en el Código Penal. En Colombia las sanciones son entonces prisión y multa por

un tiempo. El monto de dinero se determina de acuerdo con las circunstancias y los perjuicios causados al titular del derecho.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN EN TORNO A LA INCLUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

3.1. El daño punitivo en Colombia: perspectiva general de la discusión

Aunque en Colombia la responsabilidad como daño punitivo no se encuentra consagrada explícitamente, en este capítulo se estudiarán las posturas y discusiones en torno a la inclusión de dicha figura en nuestro ordenamiento o por lo menos al acercamiento que se puede tener a esta.

Para este análisis, es necesario que nos apartemos del hecho de si el TLC consagró o no el daño punitivo en nuestra legislación y hagamos énfasis más bien en las posturas acerca de la viabilidad del daño punitivo en Colombia.

En lo que respecta a la responsabilidad civil, en Colombia se ha entendido que quien causa un daño debe repararlo, de tal forma que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban o si esto no es posible, que se pueda compensar los daños causados con una indemnización de perjuicios. Para Tamayo (2007), la responsabilidad civil será una consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien tiene un comportamiento ilícito, debe dar una indemnización por los daños que ha producido a terceros.

Por ello, su objetivo es el de “(...) conservar el equilibrio patrimonial de los particulares” (Tamayo, 2007, tomo I, p.12) y por lo tanto hacer una reparación que implica “(...) retornar a la víctima a su situación de indemnidad” (Tamayo, 2007, tomo I, p.12).

Se puede decir con base en lo anterior que en los países de derecho continental, hay una priorización importante sobre la función compensatoria de la responsabilidad civil dejando relegadas las funciones sancionatorias y preventivas que pretende la figura de los daños punitivos (Rojas, 2007). Por esto, hemos de advertir que la mayoría de la doctrina coincide en que la función principal de la responsabilidad en el derecho continental, será la compensación de daños y por lo tanto, asumir una posición en la cual también se quiere dar una función de otra índole es sin duda un desafío importante y minoritario.

Se debe tener en cuenta, que la figura del daño punitivo, y la discusión en torno a los fines que debe perseguir la responsabilidad civil, no es del todo pacífica ya que aun en países que han adoptado la figura como parte de su legislación, existen fuertes opositores a la misma y a la forma en que esta opera.

La discusión planteada girará entorno a quienes defienden la posible adopción de la figura del daño punitivo en nuestra legislación y aquella postura que niega la posibilidad de que en la responsabilidad civil colombiana, haya cabida para una figura que va más allá de los fines compensatorios, tradicionalmente planteados.

3.2. Discusión en torno al daño punitivo en la legislación Colombiana

Para Orjuela (2012) es claro que los fines de la sanción civil y penal difieren notablemente. Ello porque en la primera de ellas se pretende resarcir y en la segunda un

castigo. Siguiendo esta línea, la autora considera que la responsabilidad civil no puede ser fuente de riqueza y el daño debe limitarse a una “(...) justa medida resarcitoria (...)” (p.9) y por lo tanto una sobre indemnización de la víctima llevaría a un enriquecimiento sin causa.

Orjuela (2012) toma entonces la postura mayoritaria en Colombia en el sentido de considerar que no existe la figura en nuestro ordenamiento principalmente por los fines que tiene la sanción en la responsabilidad penal y civil. Además, expresa que no ve conveniente la aplicación de la figura dado que las bondades del daño punitivo- como la disuasión social - y su aplicación principalmente en el *Common Law* puede ser fácilmente alcanzables a través del derecho penal y las normas de protección al consumidor.

De igual forma hay quienes sostienen que el daño punitivo en Colombia no tiene cabida teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico en el campo constitucional, civil y penal son incompatibles. Nuestro sistema de responsabilidad parte de la indemnización y reparación, de tal forma que no sería viable que el juez civil actué como penalista al castigar a quien cause un daño imponiendo una sanción que vaya más allá de los perjuicios realmente causado. “El legislador ha querido indemnizar a las víctimas y ponerlas en la posición en que se encontraban antes de la ocurrencia del daño, ni mejor, ni peor.” (Lozano, 2003)

Por otro lado, otros autores consideran que el daño punitivo no es un sistema de responsabilidad completamente ajeno para Colombia. Se ha defendido la existencia y viabilidad del daño punitivo en Colombia, de tal forma que la prevención y el efecto intimidatorio del derecho penal se pueda dar con la colaboración y apoyo del derecho civil.

“En ese orden de ideas, nos adherimos completamente a la posición de Starck para quien el derecho civil complementa al derecho penal puesto que el segundo no puede cumplir totalmente con sus tareas de represión y prevención de comportamientos indeseables” (González, 2005).

Es necesario un sistema de responsabilidad no solo patrimonial sino una visión sociológica de la responsabilidad. Teniendo en cuenta que el derecho penal es considerado la última ratio en el ordenamiento, se debe buscar a través del derecho civil no solo un restablecimiento del patrimonio. En ese sentido, no solo se debe reparar el daño de tal forma que la víctima vuelva a su estado anterior, sino que se debe ir más allá hacia una sanción ejemplarizante que tenga la función de prevenir. “Los expertos, ya no civilistas, sino los propios penalistas aconsejan que el efecto intimidatorio no hay que buscarlo sólo a través del Derecho Penal y que para ello se debe recurrir a otras instancias de control social. Podrían considerarse algunos factores económicos y sociales que prestarían mayor utilidad a la comunidad”. (Duque, 2009)

Para Aristizábal (2010), es claro que la implementación del daño punitivo en Colombia es un tema que “(...) adolece de un tratamiento integral por parte de las fuentes creativas del derecho” (p.177), por ello, para comenzar su análisis plantea como cuestionamiento base no solo el hecho de si es predicable la existencia del daño punitivo en el ordenamiento jurídico Colombiano sino también si es justificable su implementación.

Precisa Aristizábal (2010) en su análisis, que la tradición jurídica colombiana tiene un enfoque resarcitorio con respecto al daño patrimonial. Adicionalmente, menciona que

además de la simple definición que se puede tener de la figura como aquel daño que se concibe como adición al daño normal por un actuar imprudente o malicioso, se debe tener en cuenta la verdadera gravedad de la conducta y por supuesto, la graduación de esa gravedad debe estar previamente definida en el ordenamiento.

También analiza el referido autor que normalmente la argumentación destinada a defender la no aplicación del daño punitivo en sistemas jurídico como el colombiano, se centra en la discusión de las finalidades de las sanciones que tienen las ramas o áreas del derecho. Así, la finalidad de la sanción en la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual será la de resarcir y por el contrario, en la responsabilidad penal será la de castigar.

Así pues, Aristizábal (2010) hace un análisis profundo de estas posturas y se centra en que a pesar de que existen muchos indicadores que parecieran excluir al daño punitivo de la legislación colombiana, existen normas que al parecer los consagran y por lo tanto, según el autor, son “(...) una realidad dentro del derecho privado Colombiano” (p. 190).

Cabe mencionar que la referencia a estas normas es citada por varios autores de la manera que se expondrá a continuación de tal forma que la mayoría coinciden con respecto a estos ejemplos.

En el Código Civil se evidencian dos ejemplos: los artículos 997 y 1288. En el primero se dice que:

Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de este tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare.

Este es un caso donde se sanciona con el doble de la pena impuesta como castigo por la reincidencia. Por su parte, el artículo 1288 establece que:

El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, y no teniendo el dominio de ellos, será obligado a restituir el duplo. Uno y otro quedaran, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan.

En el anterior artículo se observa cómo el legislador no persigue solo la restitución de los bienes sino que condena al doble de los mismos como sanción (Tobar, 2011). En derecho comercial también se puede hallar un ejemplo en el tema de intereses comerciales. Por un lado, los intereses moratorios se entienden como una sanción que paga el deudor por la mora, como también se estipula en el artículo 884 del Código de Comercio que cuando en materia comercial se sobrepasen los topes legalmente establecidos, se pierde el derecho a reclamar los intereses por parte del acreedor. Lo mismo sucede en el derecho laboral donde si al terminar el contrato laboral, el empleador no ha cancelado todas las prestaciones y salarios debidos hasta el momento, por cada día de retardo debe pagar un día de salario a título de sanción (Tobar, 2011).

En el ámbito contractual, las partes pueden pactar lo que se conoce como “cláusula penal” para los casos de incumplimiento, en los que se determinan sanciones de carácter patrimonial. Es posible entonces que se pacten cláusulas penales que vayan más allá de la reparación del daño causado. Se sufraga, además de la indemnización, una suma adicional por el incumplimiento del contrato.

Como dice Velásquez (2010): “(...) se puede aseverar que la cláusula penal (como tasación anticipada de perjuicios) es un verdadero daño punitivo, puesto que se abandona el campo de la reparación para entrarse en el de la pena privada (...)” (p. 20).

Otro ejemplo es el caso de los seguros en materia mercantil, donde, como sanción, la aseguradora retiene por completo la prima en caso de cancelación del contrato de seguro; así se consigna en el artículo 1059 del Código Civil. Este castigo se da cuando quien contrata el seguro revela información inexacta o no la confiesa, engañando a la aseguradora (Velásquez, 2010).

Finalmente concluye Aristizábal (2010) que:

Según lo expuesto, resulta clara la respuesta frente al interrogante formulado inicialmente, ya que las funciones sancionatorias y preventivas de la responsabilidad patrimonial no son ajenas al Derecho privado colombiano y coexisten con los mecanismos reparatorios e indemnizatorios de este, evidenciándose así no pocos casos en que el legislador ha desvalorado el elemento subjetivo de la conducta (Dolo y Culpa) como factor altamente desvalorado y determinante para acrecentar los montos de las indemnizaciones y de esta manera generar una “prevención mediante la ejemplificación de la comunidad (p. 199).

Para Tobar (2011) es claro que el derecho Colombiano esta permeado por la figura del daño punitivo. Para ello tare a colación los ejemplos que ya por medio de otros autores hemos mencionado como lo son los artículos 997 y 1288 del Código Civil y el 722 y 885 del Código de Comercio.

El autor además hace un análisis sobre una de las críticas a los daños punitivos como *idem* ya que se podrían establecer penas en materia civil que también generan sanción en materia penal. Al respecto menciona que no se encuentra ningún impedimento para que una misma conducta sea condenada desde lo civil y lo penal y que ello nos lleva además a reafirmar la naturaleza eminentemente civil de la figura de los daños punitivos.

De igual forma, considera la necesidad de que el aporte que hace el infractor no vaya directamente hacia la victima sino a un determinado fondo. Adicionalmente, plantea que debe haber criterios para determinar los montos de los daños punitivos y trata el tema de mínimos y máximos. Al respecto menciona que este criterio no es el apropiado ya que lo que puede ser mucho para algunos, para otros no lo es y viceversa, por eso, plantea un criterio basado en la indemnización principal.

Con respecto a esto, Duque (2009) dice que el inconveniente de fijar montos máximos y mínimos no es del todo correcto pues pueden existir casos en los cuales el máximo no sea suficiente para generar una sanción ejemplarizante para la sociedad. Por ello la respuesta de Tobar (2010) puede ser una alternativa.

Por su parte, el escritor Barreto Moreno propone presentar las críticas a la función punitiva, mediante la imposición de penas privadas, en cuatro categorías, a saber: 1. Violan

al principio de reparación integral, 2. Es contraria a la evolución de la humanidad y del derecho, 3. Vulnera la separación jurisdiccional y sustancial entre el derecho civil y penal, 4. No ha dejado experiencias afortunadas en los ordenamientos que la acogen.” (Duque, 2009) una de las mayores críticas que se le han hecho a la posibilidad de la inclusión del daño punitivo en nuestro ordenamiento jurídico, es que estos violan el principio de reparación integral según el cual se debe reparar únicamente el daño buscando que la víctima vuelva al estado en el que se encontraba. Por lo tanto una indemnización que va más allá de la simple reparación implica un enriquecimiento por parte de la víctima.

Sin embargo, dentro de las posiciones jurisprudenciales sobre el tema del daño punitivo en Colombia, es importante resaltar como la Corte Constitucional en sentencia C-1008/2010 reconoce la posibilidad que tiene el legislador de definir el alcance de la reparación integral y dentro de ella los daños punitivos. Haciendo referencia a su propia jurisprudencia, cita la Corte la sentencia C 916/2002 y expone que la Constitución no precisa cuales daños deben ser reparados ni tampoco la forma en que se debe ver la reparación, pero sí reconoce en su art. 250, numeral 1 que las víctimas de un hecho punible tienen derecho a la reparación.

Agrega la Corte (2010) la siguiente cita:

Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación

de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados (Citada por la Corte Constitucional de su propia jurisprudencia en sentencia C-916/2002 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

Hay que aclarar que las precedentes afirmaciones de la Corte de se hicieron en el marco del estudio de la fase reparatoria en materia penal, pero ello no obsta para el reconocimiento de la figura de una u otra manera

En la sentencia C- 916/2002 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional se remite a pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la reparación de las víctimas determinando que la reparación se debe dar de tal forma que se indemnice a la víctima por los daños efectivamente causados. Sin embargo, muchas veces los daños causados no se pueden reparar integralmente. La Corte Interamericana en ese sentido ha determinado que se pueden buscar formas de reparación como indemnizaciones pecuniarias,

“hasta ahora no ha aceptado que dicha reparación incluya los daños punitivos, es decir, aquellos otorgados a la víctima, no para reparar un daño material o moral directamente causado, sino para sancionar la conducta del condenado, cuando éste

ha actuado con excesiva maldad, temeridad, o violencia, a pesar de que varias legislaciones internas los reconocen como parte de la reparación integral de los daños ocasionados por el delito”

Por su lado, Rojas (2012) además de consagrar de manera íntegra la discusión acerca de los fines de la reparación en materia civil, aboga por lo que él llama una “visión positivista” con respecto a la incorporación de aspectos punitivos y sancionatorios a la responsabilidad civil en el derecho continental.

De esta manera, reconoce el autor mencionado que la concepción moderna de la responsabilidad civil continental tiene como eje principal o central la reparación integral a la víctima. “Tanto así que hoy en día se alude ya no al daño injustamente causado sino al daño injustamente sufrido que, como es obvio deja de mirar al victimario para concentrarse en la posición de la víctima” (p.348).

Teniendo en cuenta lo anterior, para Rojas (2012), un derecho que está enfocado en una protección íntegra a las víctimas, no puede limitarse a un ámbito netamente compensatorio y no preventivo. Por ello, “(...)la desprotección a la víctima no solo se concentra en la ausencia de indemnización, sino también en la ausencia de garantías de no repetición y de prevención colectiva de los daños”(p.348).

Con base en la reflexión antes descrita, el mismo autor se pregunta entonces si resultaría jurídicamente viable incorporar la punición y la prevención en ordenamientos como el colombiano, en el marco de la responsabilidad civil. Dentro de su argumentación, el autor menciona los clásicos ejemplos que ya hemos mencionado de articulados del

ordenamiento colombiano en los cuales se podría llegar a evidenciar un acercamiento a la figura de los daños punitivos y por lo tanto dice que “la función punitiva y preventiva no son tampoco extrañas a las normas orientadoras del sistema jurídico colombiano, las que muy por el contrario, parece acogerlas” (p.351).

Adicionalmente, y tomando como referencia ejemplos del código civil español y del ordenamiento Argentino, menciona que “la función preventiva no es extraña a la tradición histórica y a la actualidad de los sistemas de responsabilidad civil continental” (p.349). Dentro de estos ejemplos trae a colación los artículos 1107, 1486 y 1487 del Código Civil español los cuales comprometen al deudor a una responsabilidad mayor por el reproche que tienen conductas de este tipo. También menciona la Ley Argentina 24.240 que incorpora los daños punitivos en su artículo 52bis.

Considera además Rojas (2012) que las funciones de las que hemos venido hablando estas expresamente aceptadas en el orden internacional cuya suscripción tienen los países continentales. Para citar un ejemplo de los que se mencionan en el texto, encontramos el artículo 10.101 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil que menciona que “la indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”.

Finalmente el autor concluye, como es de esperar, que el derecho colombiano podría estar preparado para incorporar dentro de sus sistemas de responsabilidad las funciones de prevención y punición y trae de presente como uno de los mecanismos para ello, la figura de los daños punitivos. Así, menciona que:

(...) si se asimila la idea de que punición y prevención no son funciones ajenas al ordenamiento nacional, no existe un escollo insoslayable para esta propuesta, como quiera que los daños punitivos marcan justamente la convergencia entre la simple indemnización, el castigo, y por contera la prevención general (364).

Claro está, que el autor añade que para la implementación de los mismos se requieren unas normas específicas entre las cuales encontramos que los daños punitivos deben ser aplicados únicamente cuando se logra comprobar que el sujeto actuó de forma dolosa o gravemente culposa y por lo tanto se evalúe el factor subjetivo; el hecho de que apliquen cuando haya una evidente desigualdad entre las partes y un simple proceso resarcitorio no sea capaz de disuadir al infractor; deben existir mecanismos de tasación similares a los norteamericanos; para evitar el enriquecimiento sin causa, las víctimas directamente e involucradas no deben ser los destinatarios de los dineros frutos de la figura y por lo tanto, debe haber lo que el autor denomina “fondos de indemnización de víctimas especiales”(p. 367); no se deben presumir; la obligación fruto de los daños punitivos no debe ser asegurable para que cumple efectivamente sus funciones y finalmente, se deben publicitar las condenas ejemplarizantes.

Encontramos como uno de los argumentos más fuertes en contra de la implementación de los daños punitivos la consideración por medio de la cual se dice que los mismos generan un enriquecimiento sin justa causa. Ello dado que el daño punitivo sería una indemnización injustificada para quien se beneficia de ellos “al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado” (Aguilar, s.f. p.84). De igual forma Adriano de Cupis (s.f), afirma que

únicamente se puede reparar el daño sin que se enriquezca a la víctima ya que el enriquecimiento no encaja dentro de la función reparadora y equilibradora de la responsabilidad civil.

Sobre este punto, Ayalde y Uribe-Holguín (2011) consideran que la conclusión anterior es derivada de las condiciones actuales del ordenamiento jurídico colombiano ya que si se reconociera una suma superior a la determinada como la indemnización compensatoria, se estaría generando en la víctima un enriquecimiento injustificado, sin embargo, de considerarse un cambio en la legislación, en la cual se adopte el daño punitivo, la justa causa del enriquecimiento estaría dada por la ley y por ello desaparece uno de los elementos esenciales del enriquecimiento sin justa causa.

Sobre el particular, también Rojas (2012) y Tobar (2011) han considerado la posibilidad de que los dineros extras, que vayan más allá de la compensación a la víctima, puedan ir a un fondo especial. De esta manera, el enriquecimiento injustificado no caería en cabeza de nadie, y el manejo de esos fondos correspondería al Estado.

CAPÍTULO IV: EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA: SU CONTENIDO Y POSIBLE CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO PUNITIVO

4.1. Tratados de libre comercio

Un TLC es un acuerdo que busca que dos o más países hagan posible una apertura comercial, a través de la reducción de aranceles y barreras no arancelarias en el comercio y flujo de bienes y servicios. El propósito de este tipo de acuerdos es el de cooperación entre

los países para crear nuevos mercados y promover la inversión, generando empleos y mejores condiciones de vida. Facilita el aumento de la competitividad entre las empresas y que el consumidor pueda tener acceso a mayor cantidad de productos a un mejor precio.

La apertura comercial y económica se convierte entonces en un elemento indispensable para el desarrollo económico de los países, pues es evidente que se necesita incursionar en la economía global para que una nación pueda crecer. “El objetivo de todo proceso de apertura económica es la eliminación de las barreras al intercambio de bienes y servicios que imponen (y muchas veces, se autoimponen) los países” (Moron *et al.*, 2005, p. 67).

4.2. Antecedentes del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos

Los Estados se dieron cuenta que había cosas que cada uno producía mejor como otras que podía obtener de otros Estados. En ese sentido se empezó a dar una apertura comercial donde el intercambio y el flujo de bienes y servicios, se convirtieron en uno de los retos más importantes de la economía mundial. Se evidencia entonces la necesidad de regular las relaciones comerciales, por ejemplo, a través de los TLC entre diferentes naciones. Uno de los TLC más cardinales para Colombia es el firmado con Estados Unidos, debido a que el país buscó incursionar en nuevos mercados, persiguiendo mayor desarrollo económico y reducción del desempleo.

Como primer antecedente del TLC, el 18 de marzo de 2003 —mediante el acta número 69— y el 29 de mayo del mismo año —mediante el acta 70—, se ordenó al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo empezar la negociación de un tratado con

Estados Unidos, investigando los efectos que este tendría en la sociedad y en la economía del país. En agosto de 2003 se realizó una reunión entre el presidente Álvaro Uribe y Robert Zoellick, representante comercial de Estados Unidos. En dicha reunión se expresó la disposición de Estados Unidos de realizar la negociación del tratado comercial con Colombia, Ecuador y Perú. Se inician entonces las negociaciones entre los países formando parte del grupo negociador de Colombia, no solo el gobierno, sino también, los empresarios; la sociedad civil como sindicatos y poblaciones indígenas; el Congreso de la República en representación del pueblo; la Contraloría y la Procuraduría como organismos de control.

Para Colombia finalizó la negociación el 27 de febrero del año 2006 en Washington, después de varias rondas de discusión, donde se suscitaron controversias en temas como el de la industria farmacéutica, quien se opuso al mismo. El 22 de noviembre del mismo año Jorge Humberto Botero, entonces ministro de Comercio, Industria y Turismo y John Veroneau, representante comercial adjunto de Estados Unidos firman el TLC. No obstante, con posterioridad, se iniciaron nuevos debates sobre temas que se incluían en el tratado y que llevaron a que se hicieran reformas (Correa, 2011).

El TLC se aprobó en el Congreso mediante ley 1143 del 4 de julio de 2007, la cual se declaró constitucional por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-750/2008 el 24 de julio de este año. Empero, el problema que se ocasionó fue la tardanza en la aprobación por parte del Congreso de Estados Unidos, que finalmente dio su aval el 10 de octubre del año 2011 y que entró en vigencia el 15 de mayo de 2012.

4.3. Adopciones del TLC frente a la normatividad interna

Uno de los interrogantes que se tiene es cómo funcionan las normas internas de un país frente a un TLC. Haciendo referencia en particular al TLC de Colombia con Estados Unidos, es imprescindible recalcar que no se trata de una norma supranacional, es decir, que no tiene la supremacía ni aplicación directa e inmediata. Sin embargo, es un tratado que entra a formar parte de la regulación en Colombia, como las leyes nacionales, vinculantes, pero ante el conflicto entre la ley interna del país y el tratado prevalece la ley interna, como se expresó en el anexo de medidas disconformes (Moron *et al.*, 2005).

La Corte Constitucional se pronunció al respecto en sentencia C-400/1998 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero): “(...) en virtud del principio *Pacta sunt servanda* (...) es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país”.

Como también lo ha hecho en sentencia C-155/2007 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis): “En caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan estas materias, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia (art. 9° C. P.)”.

4.4. Lo que dice el TLC sobre la propiedad intelectual.

En concreto, en el tema de la propiedad intelectual, los TLC son un instrumento para incursionar y controlar el mercado, más que una herramienta para incentivar las creaciones y expansión de información.

Correa (2009) indica que:

Mientras que para los países desarrollados, los costos del sistema de observancia de derechos de propiedad industrial pueden ser compensados por beneficios económicos y de otra naturaleza, incluso por mayores ingresos fiscales, para los países en desarrollo, intensificar las actividades de observancia puede implicar el uso de sus escasos recursos para proteger los intereses comerciales de empresas extranjeras (p. 121).

Se ha sustentado la idea de incrementar la protección a la propiedad intelectual por el aumento de la piratería y falsificación, entendiendo que la lucha contra estos dos fenómenos ayuda a que crezca la industria nacional y la inversión extranjera. Con este discurso, los países desarrollados tienen la intención de cambiar la legislación interna de los países en vía de desarrollo y las sanciones que se les da a las violaciones de los derechos de propiedad intelectual, sugiriendo así que se permitan sanciones penales y medidas que sean lo suficientemente eficaces como para prevenir y castigar las violaciones a estos derechos.

Levis (s. f.) en su artículo “El acuerdo de los Adpic: legislación nacional y TLC en América Latina” se refiere a las características de los TLC como:

(...) establecen obligaciones de ratificar acuerdos internacionales, la mayoría de los cuales es administrada por la OMPI, y todos ellos no hacen otra cosa que elevar las

obligaciones y los estándares establecidos en el Acuerdo de los Adpic y cercenar cada vez más los márgenes de maniobra de las legislaciones nacionales y de las oficinas de propiedad industrial en la evaluación y concesión de solicitudes de patentes (p. 119).

En el presente segmento se exponen con detenimiento los aspectos que se consagraron en el TLC sobre la propiedad intelectual. La anterior labor se hará con base en el texto mismo del tratado, haciendo un recuento de las principales obligaciones sobre la materia. El capítulo referido a la propiedad intelectual dentro del TLC es el 16. En este, se encuentran diversos temas obligacionales que se reseñan a continuación

El artículo 16.1 sobre disposiciones generales en materia de propiedad intelectual, determina un listado de convenios o tratados internacionales que los Estados contratantes deberán ratificar o a los cuales deberán adherirse en unas fechas fijadas. Por ejemplo, a la fecha de la firma del tratado se obligó a los dos países a adherirse o ratificar los tratados: el Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (1974); el Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos para fines de procedimiento en materia de patentes (1977), enmendado en 1980; el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (1996); y el Tratado de la OMPI sobre implementación o ejecución y fonogramas (1996).

También se les puso plazo a los Estados para adherirse o suscribir: el Tratado de cooperación en materia de patentes (1970), enmendado en 1979; el Tratado sobre el

derecho de marcas (1994); y el Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales (1991).

Los anteriores constituyen presupuestos en absoluto obligatorios en razón de la firma del tratado. Sin embargo, luego se tiene otro grupo de tratados, convenios, protocolos o arreglos frente a los cuales los Estados deben hacer los esfuerzos razonables para su ratificación o adhesión. Se trata entonces de: el Tratado sobre el derecho de patentes (2000); el Arreglo de la Haya sobre el depósito internacional de dibujos y modelos industriales (1999); y el Protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas (1989).

Además, se explica la existencia de algunos principios como el de trato nacional, según el cual, el tratamiento que cada país le da a sus nacionales debe ser el mismo que se le brinda a los no nacionales en temas de propiedad intelectual. Se alude también al principio de transparencia; de acuerdo con este, las leyes y normas que se desarrollen en el tema, deben hacerse por escrito y publicarse de tal modo que se puedan dar a conocer de forma clara para todos.

Se tratan temas particulares como derechos de autor y conexos, como son los de artistas, intérpretes y productores, entre los cuales se dice no debe existir ningún tipo de jerarquía. Así como se trata también la cuestión de marcas, estableciendo unos parámetros comunes como en lo atinente al sistema de registro de marcas. En cada país el sistema de registro debe tener un proceso expreso, así como un sistema para solicitud, registro y procesamiento de manera electrónica y una base de datos virtual.

Se persigue que entre ambos países se promueva el desarrollo tecnológico, desarrollando proyectos de investigación, científicos y tecnológicos de manera conjunta. Procurando que se dé también la transferencia de tecnología y lograr avanzar hacia objetivos comunes en ciencia y tecnología.

Los países deben publicar la información evidenciando sus esfuerzos en el desarrollo de normas civiles, administrativas y penales que protejan y promuevan la propiedad intelectual. Se agrega que se debe contar con los recursos judiciales para reclamar la protección de los derechos y sancionar las infracciones de estos mismos civil y penalmente. En el texto se explica las formas como se debe dar la indemnización, tema que será tratado en el siguiente capítulo.

4.5. Posible consagración del daño punitivo en el TLC

En el artículo 16.11 del TLC, en específico en el numeral 8 se manifiesta:

En los procedimientos judiciales civiles, cada Parte, al menos con respecto a la infracción de los derechos de autor y derechos conexos, y falsificación de marcas, establecerá o mantendrá indemnizaciones preestablecidas, las cuales deberán estar disponibles a elección del titular del derecho como una alternativa a la indemnización basada en hechos reales. Dichas indemnizaciones preestablecidas estarán previstas por la legislación interna y determinadas por las autoridades judiciales, tomando en cuenta los objetivos del sistema de propiedad intelectual, en una cantidad suficiente para compensar al titular del derecho por el daño causado por la infracción y que se constituyan en disuasorio frente a futuras infracciones.

Esta consagración se da en el marco de los procedimientos y recursos civiles y administrativos por los cuales deben propender los Estados dentro de sus legislaciones para la protección de la propiedad intelectual. Cabe aclarar que la consagración que se acaba de citar lleva un pie de página que señala que las indemnizaciones de las que trata el segmento no serán daño punitivo; sobre el particular, nos referiremos en el desarrollo de la postura de los autores del presente trabajo al igual que sobre el análisis del texto citado.

Postura de los autores-discusión

Las presentes reflexiones se encuentran divididas en cuatro segmentos, el primero referido a la figura misma del daño punitivo y sus elementos teóricos; el segundo, correspondiente a la discusión sobre la implementación del daño punitivo en Colombia; el tercero, con respecto al análisis de la consagración del artículo 16.11 del TLC y los elementos que consideran los autores son similares a los del daño punitivo y el último enfatizar en cómo la adopción de figuras o elementos como los del daño punitivo en un TLC, terminan permeando el derecho interno y crean la necesidad de adaptación de las instituciones a los diferentes contextos legales que las reciban.

Así pues, se puede decir que la figura del daño punitivo no tiene unos fundamentos teóricos absolutamente unificados con respecto a su procedencia. La razón es que se ha desarrollado y adoptado en las diferentes legislaciones con distintas especificidades. No obstante, existe una unificación importante respecto al concepto general de la figura y a los fines tanto sancionatorio como disuasorio que tiene. También se puede afirmar que el

mayor progreso de la figura se da en Estados Unidos, aunque su país de origen sea Inglaterra.

Se puede decir que para los autores del presente documento, un daño punitivo es aquel que se impone por una conducta que genera daño y por la connotación social que tiene la conducta y el daño que produce, esto, con dos fines principales: el castigo y la prevención o disuasión social. Adicionalmente, se considera que para la adopción de los mismos debe haber un ingrediente subjetivo consistente en una conducta maliciosa o al menos de una imprudencia relevante, ello para hacer que el juez si bien debe analizar ingredientes subjetivos, al menos tenga un criterio para hacerlo.

Queda claro que la discusión acerca de la implementación de la figura del daño punitivo en Colombia no es pacífica y que la posición mayoritaria tiene a rechazar el fenómeno. Debemos decir que la discusión entorno a esto se rige en torno a las finalidades de la responsabilidad civil ya que para algunos, la misma tiene un fin únicamente resarcitorio y para otros, es posible la introducción de fines disuasorios y de castigo.

Teniendo en cuenta lo anterior y en aras de tomar posición al respecto, han querido los autores de este documento acogerse a la posición minoritaria por medio de la cual se cree que la responsabilidad civil tiene más fines que el meramente compensatorio y que por lo tanto, una figura como el daño punitivo podría, bajo ciertas condiciones ser viable en el contexto colombiano.

Se cree entonces que la responsabilidad civil, como el derecho en general, es cambiante de acuerdo a las necesidades y exigencias de la sociedad. El sistema de

responsabilidad en Colombia tradicionalmente se basa y está constituido sobre la reparación integral de los daños, es decir sobre la idea de indemnizar a la víctima hasta el punto en que se encontraba antes de la ocurrencia del daño

No obstante lo anterior, se cree que la responsabilidad entonces no solo debe tener la función reparadora sino que debe ser también sancionatoria y preventiva. Como lo dice Duque (2009):

La comunidad exige soluciones materiales y no solo formales para evitar así controles difusos. Lo que se busca no es tener que recurrir expresamente al represivo Derecho Penal y otorgar a la comunidad, al mismo tiempo, verdaderas soluciones con énfasis en la prevención. He aquí la dogmática de la prevención; antes que la curación se exige cambiar el paradigma de la reparación por la disuasión, es decir, una visión más global, humanista y realista de los casos y problemas que se desprenden de las realidades de los sujetos sociales.

En ese sentido el derecho civil debe servir como apoyo para el derecho penal, de tal forma que el derecho penal sea realmente el último recurso o última ratio. Es mejor procurar por prevenir que ocurra el daño que esperar a indemnizar los perjuicios por el daño causado. En muchos casos como cuando se presentan daños de tipo extrapatrimoniales, no se logra realmente una reparación integral ya que para que exista reparación integral el daño debe ser resarcible. En una sociedad como la colombiana es necesario que la responsabilidad civil sea más estricta, dotándola de una función sancionadora y preventiva. La función preventiva no es exclusivamente del derecho penal

y, está junto con la función reparadora como bien lo dice Castilla (2010), no son excluyentes, sino por el contrario son complementarias.

La inclusión de la figura de daño punitivo en nuestro ordenamiento sería una buena herramienta para evitar la generación de daños y para acoplarnos cada vez más al sistema de responsabilidad consideramos que necesitamos en un mundo globalizado, una figura que ha sido acogida por diferentes países y que podemos ajustar y mejorar de acuerdo a las necesidades de nuestro país.

Teniendo en cuenta lo anterior y tomando como base a Rojas (2012) consideramos como propuesta que para la implementación de los daños punitivos en Colombia, se deben tener en cuenta criterios establecidos como son: 1. Para la aplicación de los daños punitivos debe tenerse en cuenta un ingrediente subjetivo consistente en que la conducta de quien causa el daño sea dolosa o supremamente imprudente. 2. También debe haber una evaluación por parte del juez para que el daño punitivo proceda en casos en que la posición de quien genera el daño sea dominante y no se de en el marco de un proceso común de responsabilidad ya que el objetivo real será la disuasión, persuasión y sanción. 3. Para la tasación del monto de los daños no se deben tener en cuenta mínimos ni máximos sino que los criterios deben tener como base la indemnización inicial que se le dará a la víctima. 4. Con el fin de evitar el enriquecimiento sin justa causa, los dineros recibidos por daño punitivo deben ir a un fondo común administrado por el Estado y tendiente a la solución de algún problema relacionado con el daño causado. 5. De ninguna manera los daños punitivos podrán presumirse. 6. Se debe procurar por publicitar y divulgar las condenas de los daños punitivos con el fin de que sean verdaderos ejemplos sociales.

Los daños punitivos según explicación dada en capítulos precedentes, son más una sanción que una indemnización por el daño causado, son sanciones por conductas reprochables socialmente que buscan de alguna manera ejemplarizar a la sociedad. Se espera que no se repitan, es decir, tienen una función preventiva. Se discute si la función preventiva es o no parte de la responsabilidad civil, para según alguna doctrina jurisprudencia, concluir que sí lo es, en virtud del principio *alterum non laedere*: no dañar a otro, de tal manera que no solo se debe castigar el daño causado a otro sino propender por evitar que este se dé.

Debemos tener en cuenta que el hecho de que se esté de acuerdo con la implementación de los daños punitivos en Colombia y que se argumente la manera en que se podrían aplicar no quiere decir que estemos afirmando que los mismos existen en la legislación actual. Sin embargo, lo que si podemos decir es que existen figuras cuyos fines concuerdan con los de los daños punitivos que están a lo largo de la legislación y que ya mencionamos en capítulos de este texto.

Con respecto al artículo 16.11 del TLC entre Colombia y Estados Unidos hemos de concluir que no podemos afirmar tajantemente que el mismo consagra la figura del daño punitivo dado que además, hay una salvedad que dice que no se está haciendo lo propio, pero lo que sí vamos a decir es que hay una aproximación a los fines disuasorios de la figura que nos hace pensar que estamos al menos cerca de la institución de los daños punitivos. Por ello, y dado que el TLC consigna la adopción de este tipo de indemnización como obligatoria, se podría llegar a decir que dentro de las obligaciones del tratado, se

compromete a Colombia a la adopción de una figura que irá más allá de los fines compensatorios tradicionales que se le ha dado a la responsabilidad civil.

Las razones principales para sostener lo anterior nos llevan a referirnos a la consagración explícita que tiene el artículo 16.11 del TLC cuando menciona que las indemnizaciones que se establecerán en la legislación interna, entre otras, deben ser en “una cantidad suficiente para compensar al titular del derecho por el daño causado por la infracción y que se constituyan en disuasorio frente a futuras infracciones”.

Así pues, se puede ver que del mismo texto se desprenden dos características de las referidas indemnizaciones: por un lado, que deben compensar el daño y por otro, que deben tener un efecto disuasorio frente a futuras infracciones. El elemento disuasorio como bien lo hemos tratado en este documento, hace parte del concepto de daño punitivo, en ese sentido esto nos lleva a pensar que la disposición incluida en el tratado de libre comercio va más allá de implicar una simple responsabilidad compensatoria (principal fin de la responsabilidad en Colombia) asemejándose en el fin de disuasión a la figura del daño punitivo.

Cuando la consagración del TLC por si misma otorga a la indemnización el fin de disuasión, en opinión de los autores, teniendo en cuenta la importancia con la que se trata la protección de la propiedad intelectual a lo largo del tratado y analizando la tesis por medio de la cual se sostiene que la responsabilidad puede llegar a tener fines distintos a los compensatorios, se encuentra coherente que lo que se quiere por medio del texto es incorporar una responsabilidad más amplia a la tradicionalmente acogida en Colombia.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la firma del tratado ha sido con unos de los países que mayor desarrollo le ha dado a la figura del daño punitivo. Lo que lleva a

pensar que incorporar el fin disuasorio en normas que van a regir las dos naciones, puede haber sido una manera de permear con parte del desarrollo legal norteamericano a nuestro país, en aras de proteger un derecho que cada vez cobra más importancia para el mundo.

Pulido (2009), analiza si el sistema colombiano de responsabilidad está en capacidad de amoldarse a un régimen de propiedad intelectual que exige un mercado globalizado. Cuando se analiza la responsabilidad por daños causados sobre derechos inmateriales la cuantificación de los daños es más compleja y la indemnización y responsabilidad patrimonial puede considerar no solo los intereses de la víctima sino que en muchos casos y legislaciones se le ha asignado una función distinta a la indemnización, en muchos casos función preventiva a través del reconocimiento del daño punitivo. En la decisión 486 de la Comunidad Andina se ha reconocido en el artículo 239 que el resarcimiento se calculará en función de la explotación efectivamente realizada por el demandado.

Dice Pulido (2009), que Colombia tiene varias deficiencias en el sistema de responsabilidad en cuanto a la propiedad intelectual especialmente en cuanto a la función disuasiva y sancionatoria.

Igualmente, las diversas formas de reparación por violación a estos derechos que se encuentran en otros sistemas y que han probado su eficacia, no han sido acogidas en Colombia. En principio, no existe todavía en nuestro derecho normas generales sobre el daño punitivo, el daño preestablecido y,

más gravé aún, el reconocimiento de los daños morales está sometido al vaivén del diverso tratamiento que tiene en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción contencioso administrativa (Pulido, 2009).

Con el tratado de libre comercio el reto que enfrenta nuestro país es mucho más grande pues trae novedades para nuestro sistema en cuanto al tema de propiedad intelectual. Pues bien, es evidente que cuando el TLC pretende que los países adopten legislaciones que permitan no solo cumplir con el fin de resarcir los daños sino además de generar disuasión, se habla de condenas que no se limitan a cumplir con el pago resarcitorio sino que por el contrario, producen una sanción y, por supuesto, una disuasión social sobre la conducta.

En el Tratado de Libre comercio de Colombia con Estados Unidos, aun cuando en el artículo 16. 11 que se refiere a la observancia de los derechos propiedad intelectual se hace la salvedad de que las partes reconocen que las indemnizaciones aquí consignadas no constituyen daño punitivo, a nuestro parecer está es una salvedad que se hace debido a que Colombia es un país cuyo sistema jurídico está basado en el “Civil Law”, entendiendo la responsabilidad como reparadora y no reconociendo el daño punitivo como una posibilidad de sanción. Sin embargo, de acuerdo a las características del daño punitivo y analizando tanto las posturas a favor como en contra de la inclusión de un sistema de responsabilidad en Colombia que admita la figura del daño punitivo, creemos que este es un gran paso hacia lograr y aceptar el daño punitivo ya no con un nombre diferente sino realmente entendido e incluido en la responsabilidad civil, siendo además una forma de permitirnos ajustar nuestra normatividad a las exigencias y modelos internacionales.

De acuerdo con lo dicho, no es posible aseverar que el daño punitivo ya se encuentra expresamente consagrado en Colombia, pero sí se puede decir que hay figuras muy cercanas que nutren nuestro sistema jurídico. Sobre la viabilidad de la institución, se evidenció que la misma bien podría formar parte de nuestro sistema, pero habría que limitarse en cuanto a su procedencia y cuantificación tal como lo analizamos con antelación.

Por estas razones, se cree en la viabilidad del daño punitivo en lo que respecta a la responsabilidad por violación a la propiedad intelectual. Ya se ha consagrado en este texto que el fin que se persigue para la protección de una obra o creación humana, es salvaguardar su autoría o dueño, si bien se sabe que al pasar del tiempo este se convertirá en un patrimonio de todos. Se considera justo que se implemente la figura en el sentido de ser un disuasivo social para el respeto de los derechos de propiedad intelectual, que finalmente tienen la vocación de convertirse en un bien jurídico para el beneficio de la sociedad en general.

Por último, se considera que el derecho debe ser por naturaleza cambiante, adaptarse a las transformaciones sociales y estar en armonía con los fenómenos de globalización e integración mundial actuales. Por ello, cuando se dan negociaciones como las del TLC se deben tener en cuenta los contextos de cada uno de los países y evaluar metódicamente la manera jurídica en la cual se va a dar la implementación de los acuerdos.

A la luz de lo anterior, se puede enunciar que la implementación del TLC entre Colombia y Estados Unidos pondrá a la legislación colombiana a incorporar figuras que

probablemente no se tenían previstas y, por ende, se deberán crear los mecanismos jurídicos para que las mismas sean viables. Será importante explorar figuras como el daño punitivo y la observancia de experiencias internacionales para la adopción, interpretación e implementación de una institución similar a esta.

Conclusiones

Si bien en la discusión antes planteada se ha dejado de presente la mayoría de reflexiones y puntos de vista de los autores, las presentes conclusiones tienen por objeto exponer de manera sintética los puntos claves a los cuales se ha llegado por medio de esta monografía jurídica.

En primer lugar, se ha de concluir que los daños punitivos son una figura cuyo principal desarrollo se da en los Estados Unidos a nivel jurisprudencial y que su conceptualización, así como sus elementos caracterizadores dependen de cada uno de los países que acojan la figura. No obstante lo anterior, si existe un común denominador dentro del concepto de daño punitivo y es el hecho de que la implementación de la figura tiene un fin sancionatorio y un fin disuasorio o persuasivo.

Hay que tener en cuenta que tanto a nivel nacional como internacional, la adopción de la figura de los daños punitivos suscita toda clase de discusiones haciendo que las posiciones sobre la implementación de la misma y el tratamiento que se le debe dar no sean uniformes, aún en países como Argentina que ya la tienen expresamente consagrada en su legislación. Con respecto a esto, hay que decir que existen discusiones tanto sobre la

conveniencia y viabilidad de la figura como también sobre la manera en que esta opera dentro de los sistemas y los límites que se le debe poner.

La gran discusión sobre la conveniencia o viabilidad de una figura como el daño punitivo tiene realmente de trasfondo el análisis de los fines de la responsabilidad en los sistemas legales. Por esta razón, quienes están en pro de su implementación, además de toda serie de argumentos ya expuestos, tienen como base argumentativa que la responsabilidad puede tener unos fines más allá del compensatorio y puede servir como herramienta de disuasión, control social entre otras.

Concretando la discusión de la que se habló, al caso Colombiano, se debe decir que tampoco hay una opinión uniforme al respecto y existe una división doctrinal entre quienes aceptarían la implementación de los daños punitivos en Colombia y los que no. En cuanto a ello, como se expresó en la discusión del trabajo, los autores se acogen a la doctrina minoritaria que aceptaría la inclusión de este tipo de daños en el ordenamiento jurídico colombiano, no obstante se reconoce la importancia de la posición contraria que por demás ha sido la que mayoritaria y tradicionalmente se ha acogido en Colombia. Adoptar esta posición trae también el rompimiento del esquema tradicional por medio del cual en nuestro ordenamiento la responsabilidad solo debe darse única y exclusivamente para compensar los daños y no para sancionar.

Hay que tener en cuenta que el acoger esta teoría minoritaria también implica acogernos a la propuesta de Rojas (2012) según la cual es viable la introducción de la figura bajo ciertas condiciones que ya se expusieron en la discusión de este trabajo.

A pesar de reconocer la discusión y tomar partido entorno a ella, los autores de la monografía han podido determinar que aún no existe la figura del daño punitivo de manera explícita en el ordenamiento jurídico Colombiano pero que si existen dentro de la legislación figuras cercanas al mismo que en materia civil, van más allá de la compensación y plantean una sanción.

Teniendo claro entonces el concepto de daño punitivo y la discusión entorno al mismo, hemos de concluir con respecto al TLC entre Colombia y Estados Unidos este trae toda serie de obligaciones a las cuales Colombia debe ajustarse y debe estar preparada para asumir. Así, con respecto a la responsabilidad por violación a la propiedad intelectual existe dentro del texto del tratado una figura similar al daño punitivo que podría estar haciendo que los fines tradicionales de compensación en la responsabilidad se estén revaluando y se esté dando paso a fines de sanción y disuasión dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Con base en este fenómeno, debemos decir que cada día es más fuerte la presencia de normas o compromisos que en el campo de la responsabilidad, van más allá de la compensación de los daños y por lo tanto, la figura del daño punitivo puede estarse introduciendo de manera discreta e implícita en nuestro ordenamiento.

Finalmente, quieren los autores del presente texto llamar la atención sobre el fenómeno puesto de presente en la introducción de la monografía sobre la importancia de que los países sean conscientes de los compromisos que adquieren con la firma de un TLC y sobre la relevancia de que los ordenamientos jurídicos se encuentren preparados para dar

las discusiones y plantear la manera en que operaran figuras que se generen en los textos de los tratados y que probablemente son ajenas a las legislaciones de los países firmantes.

Bibliografía

Doctrina

Aristizábal, V. D. (2010). Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40 (112), pp. 175-201.

Aguilar L.H.F. (s.f). Los daños punitivos (punitive damages) y el enriquecimiento injustificado o sin justa causa. Ecuador.

Alsina, J. B. (s.f.). *Responsabilidad Civil y Otros Estudios III*. Buenos Aires: Abeledo

Ayalde J.A.L y Uribe-Holguín A.S.Z. (2011) El enriquecimiento sin justa causa como límite para la aplicación de los daños punitivos en el régimen de responsabilidad civil colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Azar J.I. (2009). Los daños punitivos y sus posibilidades en el derecho chileno. Universidad de Chile. Chile.

Barbosa, M. J. D. y Lozano, O. Z. (2008). ¿Cómo leer el tratado de libre comercio Colombia-Estados Unidos de América? *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi.*, 13, pp. 255-290.

Buitrago, D. J. A. (2007). El daño punitivo en la responsabilidad civil. Pereira: Litografía Moderna Digital.

- Burnham, W. (1995). *Introduction to the law and legal system of the United States*. United States: West Publishing Co.
- Cain. (s. f.). The McDonald's coffee lawsuit. *Journal of Consumer & Commercial Law*, 11 (1), pp. 14-19. Recuperado de <http://www.jtexconsumerlaw.com/V11N1/Coffee.pdf> el 5 de enero de 2014.
- Chousa, S. D. (2002). *Los derechos de autor y la propiedad intelectual en el periodismo especializado*. Madrid.
- Comunidad Andina*. (s.f.). Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/Quienes.aspx> el 20 de mayo de 2014.
- Correa, C. M. (2009). *Derechos de propiedad intelectual. Competencia y protección del interés público*. Buenos Aires: Euros Editores S. R. L.
- Correa, J. (2011). TLC: La historia de un proceso que se demoró siete años. Periódico *El Tiempo*, 12 de octubre.
- Decisión N° 85 de 5 de junio de 1974 - *Reglamento para la Aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial*
- Díaz, Á. (2006). *TLC y propiedad intelectual: desafíos de política pública en nueve países de América Latina y el Caribe*. Brasil: Cepal.
- Díaz, Á. (2008). *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Duque, J. A. (5 de marzo de 2009). *Derecho de Daños y Opinión Ciudadana*. Recuperado de DAÑO PUNITIVO O SANCIÓN CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO:

<http://jesusabuitrago.blogspot.com/2009/03/dano-punitivo-o-sancion-civil-en-el.html> el 2 de junio de 2014.

Dobbs, D. B. (1993). *Law of remedies*. 2nd ed. Minnesota: West Publishing Co.

Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas. (s. f.).

Traducción del Código de Hammurabi. Recuperado de:

http://www.eumed.net/cursecon/economistas/textos/codigo_de_hammurabi.htm el

12 de diciembre de 2013.

Fernández, O. M. y Belén, T. J. (s. f.). Origen de la multa civil en el *common law* británico.

Universidad Nacional del Rosario, Centro de Investigación en Derecho Civil, 2 (6).

García, J. D. (2009). *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

García M. L. V. y Herrera L. M. C. (2003). El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Estud. Socio-Jurid.* Bogotá. 5(1):211-229. Enero-junio.

George P. Fletcher, Steve Sheppard. (2005). *American Law in a global context the basics*. New York: Oxford University Press.

González, M. R. (2005). *La función punitiva de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hadley, K. J. (1995). Punitive damage “Overkill” after TXO Production Corp. v. Alliance resources: the need for a Congressional solution. En *Wm. & Mary L* (36), pp. 751-782. Recuperado de: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol36/iss2/12> el 7 de enero de 2014.

Leggett, C. (1999). The Ford Pinto case: the valuation on life assist applied to the negligence-efficiency argument. En *Wake Forest NC*. Recuperado de <http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html#Text> el 13 de enero de 2014.

Levis, M. (s. f.). El acuerdo de los Adpic: legislación nacional y tratados de libre comercio en América Latina.

López, H. E. (2009). *Los daños punitivos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

López, L. C. (2010). *Responsabilidad civil por interacciones al derecho de autor*. Barranquilla: Ediciones Uninorte.

Lozano, L. V. (junio de 2003). *El concepto de los daños punitivos o punitive damages*. Recuperado de Academia.edu: https://www.academia.edu/3003225/El_concepto_de_danos_punitivos_o_punitive_damages el 20 de mayo de 2014.

Luis D.P. (1999). Derecho de daños. Civitas. Madrid

Mattio, M. V. (2010). Daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor. En: *La tesina de Belgrano* (440). Buenos Aires: Universidad de Belgrano.

Moron, E., Bernedo, M., Chávez, J. F., Cusato, A. y Winkelried, D. (2005). *Tratado de libre comercio con los Estados Unidos: una oportunidad para crecer sostenidamente*. Lima: Universidad del Pacífico.

NOCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. (s.f.). Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-45.pdf> el 2 de junio de 2014.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (OMPI). (2007). *Understanding WIPO*.

Genève: WIPO Publications.

Orjuela, A. M. (2012). Daño punitivo en Colombia. En: *Ensayo, Instituto de posgrados*.

Bogotá: Universidad de la Sabana.

Paladini, M. (2012). La responsabilidad civil en la familia: ¿hacia los daños punitivos? *IUSTA*, 143-147

Plata L. C. y Cabrera, K. I. (2011). La normativa colombiana sobre propiedad intelectual: un análisis de la política pública en ciencia, tecnología e innovación a partir del desarrollo económico. *Opinión Jurídica*, 10 (20), pp. 87-104.

Posser, W. L. y Keeton, P. (1984). *Prosser and Keeton on the law of torts*. 5th ed. Minnesota: West Publishing Co.

Pulido, C. B. (26 de agosto de 2009). *Botero sobre la indemnización de los daños a los derechos de propiedad intelectual*. Recuperado de: <http://derechodelaresponsabilidad.blogspot.com/2009/08/botero-sobre-la-indemnizacion-de-los.html> el 19 de mayo de 2014.

Recopilación de las intervenciones del Seminario Internacional Globalización, d. d. (2005).

La propiedad intelectual en los tratados comerciales. Bogotá: Fundación Agenda Colombia.

Redden, L. L. (1995). *Punitive Damages*. Lexis.

Richardson, D. (s.f). Colombia y la Comunidad Andina de Naciones (CAN) frente al proceso de globalización e integración económica internacional. Aproximación normativa al TLC con Estados Unidos. (269-282).

Rodríguez, J. A. (s. f.). *La importancia de los derechos de propiedad industrial*.

Rojas. Q.S. (2012). Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria. En: *Vniversitas* (124), 339-375. Bogotá, Colombia.

Tamayo, J. J. (1999). *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.

Tessie, G. (1998). Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos. *Revista de Derecho Puertorriqueña*, 44 (2), pp. 431.

Tobar, T. J. A. (2011). Los daños punitivos y las posibilidades de aplicación en Colombia. En *Revista Republicana*, 11, pp. 155-157.

Urruti, L.A. (2014). Daños punitivos la validez del instituto en el derecho privado argentino. *Derecho y Cambio Social*. 2005-5822

Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis.

Vidal, C. R. (2009). *Manual de derecho de autor*. Madrid: Editoriales Reus S. A.

Normatividad

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948).

Comunidad Andina de Naciones. (1974). Decisión 85.

Congreso de la República de Colombia. (1982). Ley 23.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 44.

Comunidad Andina de Naciones. (1993). Decisión 345.

Comunidad Andina de Naciones. (1993). Decisión 351.

Comunidad Andina de Naciones. (1996). Decisión 391.

Congreso de la República de Argentina. (2003). Ley 24.240.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599.

Comunidad Andina de Naciones. (2000). Decisión 486.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1143.

Congreso de la República de Argentina. (2008). Ley 26361.

Comunidad Andina de Naciones. (2009). Decisión 291.

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1273.

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1343.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1455.

República de Colombia. (2012). Decreto 93.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-381/1993. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-137/1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-276/1996. M. P. Julio César Ortiz Gutiérrez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-400/1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-916/2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-155/2007. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-750/2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008/2010.

Corte Suprema de Estados Unidos. (1974). Caso Gertz vs. Robert Welch Inc. 418 US 323,350.