

D-10497
OK

Cartagena, octubre de 2014

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
 Bogotá

REF.: Acción de inconstitucionalidad, contra el inciso Segundo del artículo 29F de la ley 1709 de 2014, que adicionó el Art. 31 de la ley 65 de 1993.

LAUREANO ANTONIO BENAVIDES LUGO, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No.6.891.289, expedida en Montería, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Cartagena y residente en la Carrera 6ª No. 67-150, barrio Crespo, de la manera más atenta y respetuosa me dirijo a ustedes, en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, con el fin de interponer Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el inciso segundo del Artículo 29F de la Ley 1709 de 2014, el cual adicionó el Art. 31 de la Ley 65 de 1993, vale decir, Código Penitenciario y Carcelario, inciso segundo, por cuanto el legislador se excedió en su facultad de configuración legislativa, vulnerando en consecuencia, el Artículo 28 de la Carta Política Colombiana que consagra el Principio de Reserva Judicial, así como los Arts. 32, 250 numeral 1 de la Carta Política, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como tendremos oportunidad de acreditarlo más adelante.

NORMA ACUSADA

La preceptiva cuya declaratoria de Inexequibilidad se depreca, es del siguiente tenor literal:

Artículo 29F Ley 1709 de 2014, Inciso Segundo: *"El funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) encargado del control de la medida o el funcionario de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, defenderá inmediatamente a la persona que está violando sus obligaciones y la pondrá en el término de treinta y seis horas (36) a disposición del juez que profirió la respectiva medida para que tome la decisión correspondiente".*

NORMAS CONSTITUCIONALES Y DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD INFRINGIDAS

A continuación me permito transcribir las normas constitucionales y aquellas que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad vulneradas:

El artículo 28 de la Constitución Política establece:

"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

El precepto superior enunciado, consagra el principio de Reserva Judicial, en virtud del cual solamente los Jueces o Funcionarios Judiciales investidos de Jurisdicción y Competencia, pueden adoptar determinadas decisiones, entre ellas, las atinentes a la restricción de la Libertad Personal.

De otro lado, el art. 32 de la Carta Política, indica:

"El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguiere y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiére a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador".

A su turno el Art. 250, numeral 1 Superior, preceptúa:

"En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.

En situación similar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9, establece:

“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”

Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el Derecho a la Libertad Personal, en su artículo 7º, numeral 2, manda:

“2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

RAZONES POR LAS CUALES CONSIDERAMOS QUE EL PRECEPTO CITADO, VULNERA LAS NORMAS TRANSCRITAS

Las razones por las cuales consideramos que el artículo 29F de la Ley 1709 de 2014, vulnera las normas Constitucionales aludidas, así como aquellas que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad, son las siguientes:

1.- El Artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, el cual modificó el Art. 38 de la Ley 599 de 2000, establece que la Pena de Prisión, podrá ser sustituida por la Domiciliaria, la cual deberá ser cumplida en el lugar de la residencia, morada del condenado o el lugar que el Juez determine. Es de anotar que dicha sustitución procede igualmente, tratándose de la medida de aseguramiento de reclusión en establecimiento carcelario, acorde con lo previsto en el Art. 314 de la Ley 906 de 2004.

El instituto en mención, esto es, el sustituto de la pena de prisión por Prisión Domiciliaria, tiene unas exigencias legales para su concesión; es así como el Art. 23, que adicionó al Estatuto Punitivo el Art. 38B, además de requerir unos requisitos de orden objetivo, establece una serie de obligaciones para el favorecido o destinatario de dicha sustitución, cuales son las siguientes:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;*
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;*
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;*
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.*

Dentro de la reforma que sufrió el Estatuto Penitenciario y Carcelario, tenemos que quedó ordenado que el control sobre la medida de sustitución de la pena de prisión por domiciliaria, está a cargo del señor Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Obviamente, tratándose de personas detenidas

preventivamente, haciendo una interpretación sistemática del Artículo 24 de la Ley en mención, que igualmente introdujo el Art. 38C en la Ley 599 de 2000, ha de colegirse que dicho control indefectiblemente deberá ser asumido por el Juez de Control de Garantías o por el de Conocimiento¹, todos, eso sí debe quedar claro, con el apoyo de los señores miembros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario o de la **Policía Nacional**, con quienes incluso, autoriza la misma ley realizar cruce de información al INPEC, para tales efectos².

No sobra afirmar, que igualmente haciendo una interpretación finalista acerca de las labores de los funcionarios de la Policía Nacional o del Inpec, encargados de **apoyar** al Juez en su empeño de ejercer el **control** que deba adelantarse, en relación con las personas que han sido destinatarias del sustituto de la Prisión Domiciliaria (o Detención Domiciliaria), respecto de las obligaciones de éstas, podemos afirmar que se sustraen del ámbito de sus "competencias", las previstas en los literales "b" y "c", en tanto la naturaleza de las mismas hacen radicarlas en cabeza del Juez, quedando a cargo de los gendarmes, las previstas en los literales "a" y "d", esto es, sobre el cambio de residencia sin autorización judicial y la permanencia en el sitio determinado para cumplir con el sustituto plucitado.

2.- Es precisamente la normativa relacionada en el acápite anterior, la que le permitió al Legislador mandar que cuando quiera que los miembros del INPEC o de la Policía Nacional, que en sus labores de Control³, apreciaran la vulneración por parte de los favorecidos con el sustituto de las obligaciones antes

¹ Dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso

² Inciso Tercero, Art. 38C Código Penal.

³ Con imprecisión, el Legislador adjetivo indica que éstos ejercen control, cuando se sabe que el mismo está a cargo del Juez, debió, en consecuencia, utilizar el término "APOYO".

mencionadas, podrán **detenerlas**, para ser llevadas dentro de un término perentorio (36 horas) ante el Juez respectivo (de Control de Garantías, de Conocimiento o de Ejecución de Penas, según se trate de condenado o detenido preventivamente), para que proceda eventualmente a la revocatoria de la "medida" en mención.

3.- Indudablemente que la norma acusada faculta a los miembros de la Policía Nacional y del Inpec en sus labores de vigilancia, en relación con el cumplimiento de la "medida" impuesta de Prisión Domiciliaria (o detención), para **detener** a quienes hallen, en situaciones que les permitan inferir, aún con riesgo de equivocarse⁴, que estaban violentando sus obligaciones, vocablo este que no puede tener en el sistema jurídico Colombiano, una significación distinta que retener, aprehender, capturar, con lo cual se vulnera el PRINCIPIO DE RESERVA JUDICIAL consagrado en el Art. 28 de la Constitución Política, en la medida en que tal acto de aprehensión no proviene de una autoridad judicial investida de competencia, mucho menos obedece a una situación de flagrancia, como que la retención del indiciado, acusado o condenado, no obedecen a la materialización de una conducta punible, tal como lo pregonan el Art. 32 Superior.

4.- Está claro que en Colombia, por mandato Constitucional y legal, están vigentes tres (3) clases de capturas: i) Por orden Judicial, la cual debe ser por escrito, emitida por un Juez competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, cuya fuente inmediata es el Art. 28

⁴ Lo cual en no pocas ocasiones suele suceder en esta querida patria: a manera de ejemplo, el señor contaba con el permiso del Juez para mudarse de su residencia, pero el gendarme no tenía aún la eficiente información por parte del Secretario del Juzgado (que a su vez tenía a cargo 5.000 procesos bajo su custodia), o el señor se encontraba en la clínica por motivos de enfermedad suya o de un familiar, en la reunión del colegio, o en la tienda de la esquina, etc.

Superior; ii) La denominada Captura en Situación de Flagrancia, de raigambre igualmente Constitucional (Art. 32) y iii) la denominada Captura Excepcional, prevista en el numeral 1 del 250 de la Carta Política Colombiana, quedando en discusión, la existencia de la denominada CAPTURA ADMINISTRATIVA, de origen Jurisprudencial (Sentencia C- 024 de 1994, Corte Constitucional).

En el caso concreto de la facultad dada a los gendarmes para detener a las personas que vulneren las obligaciones previstas en el numeral 4 del Art. 23 de la Ley 1709 de 2014, tenemos que a más de no tratarse, como quedó dicho de Jueces de la República investidos de competencia, para ordenar capturas, al permitirseles aprehender para ser llevados ante el Juez a los favorecidos con el instituto de la sustitución de la Prisión por la domiciliaria, se está asimilando tal situación a un verdadero estado de **FLAGRANCIA**, con lo cual se violenta ostensiblemente el Art. 32 Superior, en la medida en que dicha norma está referida exclusivamente a los delincuentes **sorprendidos** cometiendo una conducta punible, o si se quiere para cualquiera de las situaciones consagradas por el legislador adjetivo.

Cuando el destinatario del sustituto en mención es capturado por un miembro de la Policía Nacional o del INPEC, para ser llevado ante el Juez que impartió la sustitución, por vulneración de las obligaciones impuestas, éstas no implican que esté cometiendo un delito, resultando de contera, desproporcionada la medida adoptada por el legislador, lo cual podría haberse salvado, estableciendo un procedimiento en virtud del cual luego del informe del gendarme de la situación encontrada en el domicilio del indiciado, acusado o condenado, observándose el debido

respeto de las garantías fundamentales, esto es, que se le permita al aprehendido la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa, para que luego si, se proceda a su aprehensión y, en consecuencia, a la revocatoria de la medida, siempre que resulte procedente. Es que no se trata de un Derecho cualquiera, se trata nada más y nada menos que del DERECHO A LA LIBERTAD, uno de los dones más preciados que DIOS le concedió al hombre. Más aún, tratándose de la privación de la libertad personal "en flagrancia por violación de la obligaciones impuestas al momento de conceder el sustituto de la prisión domiciliaria", pueden resultar afectados otros Derechos Fundamentales como el Derecho al Buen Nombre, a los malos tratos, crueles y degradantes, con lo que se estaría abriendo una inmensa brecha para permitir cualquier clase de abusos por parte de los encargados de APOYAR a los Jueces, en el control del instituto en mención.

5.- Pero es que además de la vulneración flagrante de los Artículos 28 y 32 de la Carta Política, por parte de la norma que acuso, igualmente se violenta el Art. 250 numeral 1 de la Carta Política, que introdujo la denominada CAPTURA EXCEPCIONAL, que es llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación, la cual tiene una carga de exigencia mucho mayor que la requerida a los señores miembros de la Policía Nacional e Inpec, en las labores, tantas veces citadas, como que debe suscitarse por escrito y solo se impartirá cuando quiera que no esté disponible o no se halle en el momento de urgencia requerido (y siempre que sea procedente- casos que ameriten detención preventiva) un Juez que pueda ordenarla. Si ello es así, esto es, que por ocasión del respeto máximo al Derecho a la Libertad personal, solo se permite a los Fiscales ordenar capturas de manera excepcional, con mayor razón resulta desproporcionado autorizar a los gendarmes para llevarlas a cabo sin orden judicial alguna y sin contar siquiera con

carga alguna de exigibilidad mayor, a la simple constatación del cambio de residencia o ausencia del favorecido en su morada.⁵

6.- El quebrantamiento de la norma acusada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deviene precisamente, de igual manera, por vulneración de los Principios de RESERVA LEGAL Y JUDICIAL, en la medida en que el mismo establece que si bien el Derecho a la Libertad Personal puede ser objeto de restricción, debe ser por ocasión de la comisión de una INFRACCIÓN PENAL, tal como lo ordena el numeral 3 del artículo 9. Y las obligaciones del numeral 4 del Artículo 38 B del Código Penal, en manera alguna constituyen infracción penal alguna.

7.- Finalmente, debo acotar que se violenta el numeral 2 del Art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida en que éste indica que ninguna persona perteneciente a los Estados partes, podrá ser privada de su libertad, sino, conforme a las Constituciones Políticas de éstos, y conforme quedó explicado, ninguna Preceptiva Superior en Colombia, autoriza, fuera de los casos de situaciones en FLAGRANCIA⁵, a autoridad judicial o administrativa de la República de Colombia, para que puedan retener a los ciudadanos, por violación de obligaciones impuestas por los Jueces de la República.

Por todo lo anterior, considero que el inciso Segundo del Art. 29F de la Ley 1709 de 2014, vulnera las normas transcritas de la Constitución Política de Colombia y del Bloque de Constitucionalidad, esperando pues, que sea retirado del ordenamiento jurídico.

⁵ O incluso, por fuera de los eventos de la denominada CAPTURA ADMINISTRATIVA.

COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, según el cual dicho tribunal decidirá "sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Carrera 6ª No. 67-150, barrio Crespo de la ciudad de Cartagena, o en mi Oficina ubicada en la Calle 66 No. 4-86, 452, Edificio Hocol, barrio Crespo, Cartagena.

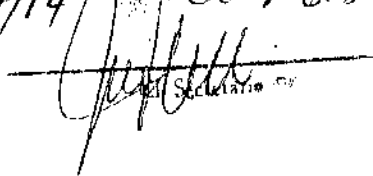
Atentamente,


LAUREANO ANTONIO BENAVIDES LUGO

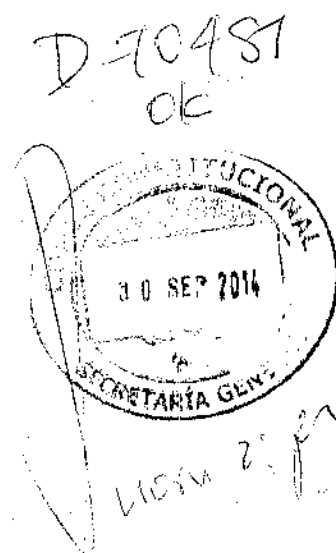
C.C. No. 6.891.289 expedida en Montería.

Unidad de Fiscalía Delegada ante el
Tribunal de Distrito

El presente *memorial de Acción de Inconstitucionalidad*
Fue presentado personalmente por su signatario, Quién
se identificó en legal forma. *Laureano Antonio Benavides Lugo*
Cartagena, *Oct. 17/14* C.C. *6.891.289 de Montería*


Secretario

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá



REF: Acción de inconstitucionalidad contra el Artículo 12 de la Ley 1680 de 2013

ELIAN CARLOS MONROY RODRÍGUEZ, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.542.567 expedida en Bogotá, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Bogotá y residente en la Calle 70 A No. 4 – 80 de Bogotá, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013, por cuanto el legislador vulneró mandatos de la Constitución Política en sus artículos 61 y 94, este último en conexidad con los artículos 15, 54, 67 y 70 ibídem.

NORMA ACUSADA

LEY 1680 DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2013

“POR LA CUAL SE GARANTIZA A LAS PERSONAS CIEGAS Y CON BAJA VISIÓN, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, A LAS COMUNICACIONES, AL CONOCIMIENTO Y A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES”

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

(...)

Artículo 12. Limitaciones y excepciones a los Derechos de Autor. Para garantizar la autonomía y la independencia de las personas ciegas y con baja visión en el ejercicio de sus derechos a la información, las comunicaciones y el conocimiento, las obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales, producidas en cualquier formato, medio o procedimiento, podrán ser reproducidas, distribuidas, comunicadas, traducidas, adaptadas, arregladas o transformadas en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas ciegas y con baja visión, sin autorización de sus autores ni pago de los Derechos de Autor, siempre y cuando la reproducción, distribución, comunicación, traducción, adaptación, transformación o el arreglo, sean hechos sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.”

“No se aplicará la exención de pago de los Derechos de Autor, en la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en sistemas especiales para personas ciegas y con baja visión y que se hallen comercialmente disponibles.”

NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

A continuación me permito transcribir las normas constitucionales infringidas:

"ARTICULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley."

"ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

Este último en conexidad con los artículos 15, 54, 67 y 70 de la Constitución, en lo que respecta a los derechos de acceso a la información, educación, trabajo y acceso a la cultura de la población discapacitada visual.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN, AL CONSAGRARSE UNA LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN AL DERECHO DE AUTOR QUE NO CUMPLE CON LA LLAMADA "REGLA DE LOS TRES PASOS" Y POR TANTO INCUMPLE LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE DAR PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El artículo 61 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado para proteger la propiedad intelectual. El legislador tiene en esta norma un mandato específico, no simplemente un amplio o difuso margen de manobra o configuración, sino un mandato específico orientado hacia un deber de protección. En efecto, no cualquier forma de regulación en materia de propiedad intelectual, o de derecho de autor específicamente, es aceptable en los términos de la Constitución, sino tan solo aquella que garantice una protección adecuada.

El rango constitucional y de interés público que reviste la protección del Derecho de Autor en Colombia, consagrado en dicho Artículo 61 superior, ha sido reconocido por la Corte Constitucional en relación también con las siguientes disposiciones constitucionales que lo desarrollan y complementan:

- El Artículo 7º: establece que "es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales... de la nación."
- El Artículo 25: sostiene esta norma que "el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado..."
- El Artículo 58: que afirma que "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles... Cuando de la aplicación de una ley... resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social..."
- El Artículo 70: en la parte que dice que "el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades... La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad".
- El Artículo 72: que anota que "el patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado".

En cuanto a la existencia de limitaciones o excepciones al derecho de autor, la Corte ha sostenido que su razón de ser es la función social de la propiedad, consagrada en los artículos 58 y 2º inciso segundo de la Carta. En efecto, la doctrina coincide en afirmar que una creación del espíritu que beneficia la cultura de un pueblo es algo que involucra simultáneamente los derechos del creador como los derechos de la comunidad. Tanto a nivel tecnológico como artístico, un nuevo aporte nunca es un fenómeno individual. (Sentencia C-334 de 1993).

La Corte Constitucional (Sentencia C-871 de 2010) ha establecido que las limitaciones y excepciones al derecho de autor deben ajustarse a la llamada '*regla de los tres pasos*', consagrada en el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, según la cual, éstas deben adecuarse a las siguientes características: (i) que sean legales y taxativas (ii) que su aplicación no atente contra la normal explotación de la obra y; (iii) que con ella se evite causarle al titular del derecho de autor un perjuicio injustificado en sus legítimos derechos e intereses.

11. La limitación o excepción al derecho de autor consagrada en la norma demandada, no cumple ninguna de las condiciones o requisitos de la llamada “regla de los tres pasos”, lo cual deviene en su inconstitucionalidad.

Las limitaciones y excepciones son el mecanismo que ha creado la ley para poner en equilibrio los derechos del titular del derecho de autor y los derechos de la sociedad a tener acceso a la información, a la cultura y/o a la educación, entre otros. Si bien el derecho de autor confiere a su titular la facultad *exclusiva* de autorizar o prohibir la utilización de las obras, dicho monopolio legal de utilización contempla limitaciones en su aspecto patrimonial.

Al respecto, el ordenamiento jurídico colombiano contempla de manera taxativa y expresa una serie de limitaciones y excepciones al derecho de autor entre los artículos 31 y 44 del Capítulo III de la Ley 23 de 1982 y en el artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993.

No obstante, en el artículo 21 de dicha norma comunitaria se establece que las legislaciones nacionales de los países miembros podrán expedir limitaciones o excepciones únicamente cuando no afecten la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios injustificados a los intereses de autores y titulares.

Acorde con lo anterior, se analizan cada una de estas condiciones o requisitos para la constitucionalidad de la limitación o excepción consagrada en el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013, a efecto de evidenciar cómo se incumplen todos y cada uno de ellos, dando como resultado la inconstitucionalidad de la norma demandada.

12. La limitación debe ser legal y taxativa, es decir, existe una preocupación por el sujeto activo que debe determinar la limitación, así como la idea de que aquella constará de manera precisa en una ley.

La limitación o excepción al derecho de autor consagrada en el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013, lejos de recaer sobre una determinada forma de uso respecto de una determinada obra en particular, ha sido redactada con tal generalidad y vaguedad que termina comprendiendo o abarcando TODAS las formas de uso o explotación respecto de TODAS las obras protegibles por el derecho de autor.

Si por “taxativo”, según el Diccionario de la Real Academia Española, ha de entenderse “Que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias”, mal puede considerarse como tal una limitación o excepción abierta a la totalidad de usos y obras dentro de las cuales el legislador hubiera podido escoger aquellas que ameritaran –excepcionalmente– consagrar una causal de uso libre y gratuito de la obra, dejando a salvo las demás modalidades de uso y las demás obras que –razonablemente– deberían continuar bajo el control de los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor.

En efecto, al recaer la limitación o excepción sobre “las obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales, producidas en cualquier formato, medio o procedimiento” se está abarcando en dicha enumeración a la totalidad de las obras protegibles por el derecho de autor. El artículo 4 de la Decisión 351 determina que son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas, susceptibles de ser divulgadas o reproducidas a través del empleo de diferentes

medios y hace una enumeración ejemplificativa de las obras protegidas, mencionando en el literal a) las obras expresadas por escrito, aunque omite dar el concepto de ellas. Sin embargo, se puede decir que éstas son creaciones que se materializan a través del empleo de signos gráficos que permiten su lectura y comprensión. Es decir, el artículo 4 establece que la protección recae sobre la obra que pueda reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer.

Tampoco existe taxatividad al enunciarse en el citado artículo las formas de uso o explotación de la obra que son objeto de la limitación o excepción al derecho de autor. En lugar de escoger el legislador una(s) determinada(s) formas de uso o explotación para convertirlas en usos libres y gratuitos de la obra, dejando a salvo las demás formas de uso o explotación bajo el control de los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor, en la norma citada se establece que las obras objeto de la limitación o excepción “podrán ser reproducidas, distribuidas, comunicadas, traducidas, adaptadas, arregladas o transformadas”, con lo cual quedan incluidas todas las formas de uso o explotación comprendidas por los derechos patrimoniales de autor, que en nuestra legislación se consagran en la Decisión Andina 351 de 1993 artículo 13 y, a su vez, la Ley 23 de 1982 en su artículo 12.

Al mencionar el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013, que las obras objeto de la limitación o excepción, pueden ser transformadas en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas ciegas y con baja visión, se está especificando un caso especial o taxativo únicamente respecto de la modificación o transformación de la obra. No obstante, al decir que las obras pueden “al amparo de esta limitación o excepción” ser “traducidas, adaptadas o arregladas” sin condición o restricción semejante, se cae nuevamente en la generalidad o vaguedad en la enunciación de la limitación o excepción, pues es casi imposible encontrar un caso o ejemplo de transformación de la obra, que no haya quedado comprendido por la limitación o excepción redactada en términos tan amplios y generales.

Por otra parte, acorde con el citado artículo, la limitación o excepción es aplicable “siempre y cuando la reproducción, distribución, comunicación, traducción, adaptación, transformación o el arreglo, sean hechos sin fines de lucro”. Esta exigencia, entendida como el propósito exento de buscar una utilidad o ganancia, no impide que los ejemplares de las obras reproducidos y obtenidos al amparo de la limitación o excepción terminen vendiéndose en el mercado, a través de los diferentes canales comerciales, pues la intencionalidad (con lucro o sin él) pertenece al lucro interno y a la propia consciencia de quien vende o comercializa, pero no es una circunstancia que se evidencie de hecho fácilmente.

El lucro, directo o indirecto, es totalmente irrelevante para convertir un uso de la obra en libre o exento de la autorización del autor. Ninguna norma internacional, comunitaria o nacional exige como requisito para que operen los derechos patrimoniales de autor que los actos de uso o explotación se realicen con propósitos lucrativos, directos o indirectos. No tiene fundamento alguno afirmar que cuando las obras son utilizadas sin ánimo de lucro no se causan los derechos de autor. Para nada se aprecia que el legislador —al consagrar los derechos patrimoniales de autor— haya hecho una tal o cual exigencia de lucro económico para el usuario, pues con el sólo hecho de reproducir, comunicar, distribuir o transformar la obra por cualquier medio implica la obligación de obtener la autorización previa y expresa del autor y, de ser el caso, de pagar un valor determinado por este concepto.

En consecuencia, lejos de estar planteando una limitación o excepción taxativa, el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013 enuncia los casos de limitación o excepción de una manera tan amplia y genérica que convierte en la regla general el uso libre y gratuito de la obra, y deja el control de los derechos exclusivos de los titulares como lo excepcional.

1.2 La aplicación de la limitación no debe atentar contra la normal explotación de la obra.

En relación con la normal explotación de la obra, la amplitud y vaguedad con la que se ha establecido la limitación o excepción al derecho de autor contenida en el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013, termina afectando la normal explotación de las obras, incumpliendo de esta manera la segunda condición de la regla de los tres pasos.

En efecto, las obras literarias son comercializadas principalmente mediante la edición y distribución de libros impresos o electrónicos; las obras musicales a través de su fijación en fonogramas y la distribución y comunicación de éstos, así como su descarga y acceso en medios digitales; las obras audiovisuales mediante su exhibición o comunicación pública, por radiodifusión, cabledifusión o en medios digitales; los programas de computador se comercializan mediante la venta de licencias de uso, etc. Todos los usos mencionados, respecto de todas las obras referidas a título de ejemplo (hubieran podido mencionarse muchas otras más) quedan comprendidos como usos libres y gratuitos dentro de la referida limitación o excepción.

En otras palabras, la normal explotación de las obras se afectara, y la segunda de las condiciones de la regla de los tres pasos se incumple, en la medida en que la limitación o excepción permite reproducir, transformar y distribuir cualquier obra, en formatos que no solamente serían accesibles para la población discapacitada visual sino, eventualmente, cualquier otra persona. Ejemplos de lo anterior podría ser:

- Un libro puede ser reproducido –sin pedir permiso y sin pago alguno– en otro cuya letra sea de gran tamaño, el cual no solamente puede ser leído por las personas con visión reducida, sino por cualquier persona.
- Un libro puede ser digitalizado y subido a internet –sin pedir permiso y sin pago alguno– de manera que una vez publicado en internet no solamente puede ser leído por un discapacitado visual (mediante un software lector de pantalla), sino por cualquier otra persona.
- Un libro puede ser llevado a formato de audio libro –sin pedir permiso y sin pago alguno–, en donde no solamente puede ser escuchado por el discapacitado visual sino por cualquier otra persona.
- Un video de una película cinematográfica puede ser reproducido y distribuido –sin pedir permiso y sin pago alguno– al ser acompañado de subtítulos con la tecnología *closed caption*.

Un programa de computador puede ser reproducido, distribuido o subido a internet, –sin pedir permiso y sin pago alguno– a efecto de que un software lector de pantalla permita al discapacitado visual utilizarlo o servirse de él. No obstante, el software así reproducido o publicado en la red también puede ser aprovechado por cualquier otra persona.

Todos los anteriores ejemplos muestran como la limitación o excepción, así como puede servir al propósito de darle a los discapacitados visuales o personas con baja visión el acceso a los bienes culturales, también puede servir para que otras personas diferentes a aquellas accedan abusivamente al conocimiento o disfrute de las obras, obviando la necesidad de tener que adquirirlas en el mercado ni pagar suma alguna al respecto, privando a los autores y titulares de derecho de los ingresos de los cuales esperan recibir la remuneración de su trabajo creativo y la retribución de su inversión.

Al carecer de un mecanismo que evite que personas distintas a los beneficiarios de la excepción se beneficien o aprovechen de ella, se llega a la conclusión que la limitación o excepción al derecho de autor que esta ley pretende crear afecta la normal explotación de la obra y causa un perjuicio irremediable e injustificado a los intereses económicos de autores y titulares de derechos.

1.4 La limitación o excepción no debe causar un perjuicio injustificado a los legítimos derechos e intereses del titular, es decir, que si bien se reconoce el perjuicio que puede ocasionar al autor la limitación establecida lo cierto es que este debe estar justificado.

Si bien la limitación o excepción consagrada en el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013 busca justificar la limitación o excepción al derecho de autor allí consagrada en el propósito de “garantizar la autonomía y la independencia de las personas ciegas y con baja visión en el ejercicio de sus derechos a la información, las comunicaciones y el conocimiento”, habida cuenta de la forma imprecisa y genérica con que ha sido redactada, también puede servir para que otras personas diferentes a aquellas accedan abusivamente –y sin ninguna justificación válida- a obtener copias de las obras de las cuales pueden servirse y provecharse, obviando la necesidad de tener que adquirirlas en el mercado ni pagar suma alguna al respecto, privando a los autores y titulares de derecho de los ingresos de los cuales esperan recibir la remuneración de su trabajo creativo y la retribución de su inversión.

De esta manera, tampoco se cumple la tercera de las condiciones de la regla de los tres pasos.

1.5 Inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa

La Corte Constitucional ha establecido en reiteradas oportunidades que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional. En estos eventos la competencia de la Corte Constitucional para proferir una decisión de fondo se justifica en la decisión del legislador de no incluir determinado elemento o condición jurídica que resulta imprescindible constitucionalmente para la materia regulada o que, incluyéndolo, es insuficiente o incompleto para atender los principios, valores y garantías consagrados en las normas Superiores.

Ha dicho la Corte que para que se cumplan los presupuestos del control de constitucionalidad, en ambas expresiones de la omisión legislativa relativa el texto legal debe “resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales”. Así las cosas, la omisión legislativa debe desprenderse directamente de las normas demandadas.

Habida cuenta de lo anterior, al haberse consagrado en la norma demandada una limitación o excepción al derecho de autor que no cumple con los parámetros o requisitos de la llamada “regla de los tres pasos”, no solamente se están violando disposiciones de la ley y de los tratados internacionales, sino que se está vulnerando la protección constitucional establecida en el Artículo 61 superior (y demás normas constitucionales que la Corte ha encontrado concordantes con ella), en el sentido en que se configura una inconstitucionalidad por omisión relativa, por cuanto la norma demandada adolece de los necesarios mecanismos que impidan su abuso, contemplándose una limitación o excepción al derecho de autor de alcances virtualmente infinitos, abriéndose a la posibilidad de una aplicación excesiva o abusiva de la norma, en grave detrimento de la protección y respeto al derecho de autor, y en incumplimiento de las normas constitucionales que respaldan dicha protección y respeto.

¿Cuáles debieron ser estos límites o contrapesos a la aplicación de esta limitación o excepción al derecho de autor?

Creemos que subsanar falencias como las señaladas y solucionar el vicio de inconstitucionalidad, no debería implicar necesariamente tener que replantear por completo de la limitación o excepción, los derechos objeto de la misma, los sujetos beneficiarios y las condiciones para su aplicación. Como se trata de un vicio de inconstitucionalidad por omisión relativa, lo que se presenta es la ausencia de mecanismos de contrapeso, compensación o equilibrio que frente a una limitación o excepción de tan amplios alcances permitieran restablecer los postulados de la regla de los tres pasos y, a su vez, satisfacer el mandato constitucional del Artículo 61 superior.

Si bien el legislador en su autonomía hubiera podido dar lugar a unas muy diversas alternativas de restricciones o contrapesos, en su libertad de configuración, en esta materia se han venido dorantando en el derecho comparado y en los tratados internacionales unos mecanismos que el legislador colombiano, hubiera debido atender y tomar como referencia, más aún cuando el contexto de los bienes culturales en la sociedad de la información y las redes de comunicación hacen cada vez más necesario que las normas nacionales sean compatibles, coherentes y consecuentes con un escenario globalizado.

Se mencionan a continuación dos de esos mecanismos de contrapeso, equilibrio, compensación o control:

1.3.1. Designación de un “tercero de confianza” o entidad autorizada para realizar y/o autorizar a terceros el ejercicio de la limitación o excepción.

Habida cuenta del riesgo de abuso de la limitación o excepción, y la necesidad de controlar la idoneidad y calidad del material en formatos accesibles que se ofrece y distribuye a la población discapacitada visual, en diversas legislaciones se ha implementado un mecanismo que impide dicho exceso o abuso, creando la figura del “tercero de confianza” en cuanto sujeta la aplicación de esta limitación o excepción a las personas o entidades específicamente autorizadas por el gobierno nacional, se entiende, personas o entidades de carácter público o privado que pudieran acreditar su interés y dedicación en producir obras en formatos accesibles para servicio y beneficio de los discapacitados visuales.

Debe llamarse la atención respecto al hecho de que si bien en el pasado la escritura en Braille estaba restringida a ser usada por los discapacitados, hoy en día bajo el concepto de “formatos accesibles” se comprenden diversos tipos de tecnologías que podrían llevar el acceso a la obra tanto a la población discapacitada como a la no discapacitada, surgiendo el riesgo de que se abuse la limitación o excepción para propósitos distintos a los que busca crearse, incurriéndose en situaciones contrarias a los postulados de equilibrio y razonabilidad que pretende garantizar la “regla de los tres pasos”. Creemos que esto se evita, o por lo menos se minimiza, precisando el sujeto activo o beneficiario de la limitación o excepción, estableciendo así el mecanismo que impide los abusos de las personas o instituciones que harán uso de ella, facultando al Gobierno nacional para que designe la entidad encargada al respecto. Así las cosas, este mecanismo se hace necesario, por ejemplo:

- Para evitar que se haga uso indebido y abusivo de la limitación o excepción por parte de personas que no busquen beneficiar a la población discapacitada visual
- Para garantizar la calidad de los contenidos de información y medios que sean llevados a la población discapacitada
- Para contar con la información sobre las obras que en Colombia se han hecho accesibles a la población discapacitada visual, y la disponibilidad de las mismas.
- Para interrumpir rápida y efectivamente cualquier abuso de la limitación o excepción, mediante la revocatoria de la autorización concedida. En caso contrario, los titulares de derecho de autor sólo tendrían la posibilidad de acudir a la jurisdicción una vez los perjuicios fueran ocasionados.

En el Anexo 2 de esta demanda, se presenta una relación de derecho comparado, a título de ejemplo, de limitaciones o excepciones semejantes en donde se consagra el mecanismo del “tercero de confianza”.

Valgo señalar que en el siguiente acápite, relativo a la inconstitucionalidad por contravención del Artículo 94 de la Constitución, se plantea nuevamente la necesidad de instituir la figura de este “tercero de confianza” o “entidad autorizada” a efecto de dar viabilidad al reconocimiento en Colombia de los derechos que en beneficio de la población discapacitada visual se han establecido en el Tratado de Marrakech de 2013, en cuanto a la posibilidad de acceder mediante importación a los ejemplares de obras producidas en formatos accesibles en otros países

(intercambio transfronterizo), según exigencia del propio tratado, materia omitida completamente por la norma demandada.

1.5.2 Consagración de un mecanismo de remuneración compensatoria o compensación equitativa a los titulares de derecho de autor, por el detrimento económico causado por el impacto de la limitación o excepción.

Toda limitación o excepción al derecho de autor causa un mayor o menor impacto económico en el mercado y los ingresos que los autores e industrias culturales derivan de la explotación de su obra. Si bien se trata de servir a derechos e intereses de terceros que ameritan tutela jurídica, en el contexto de la función social de la propiedad, en diversas legislaciones del mundo el gravamen que soportan los titulares de derecho de autor ha buscado ser compensado —al menos en parte— por la consagración de mecanismos de remuneración compensatoria o compensación equitativa.

Un ejemplo de estos mecanismos lo constituye la remuneración compensatoria por la copia privada que se ha creado en diversas legislaciones con el propósito de compensar las pérdidas que padecen los titulares de derecho de autor y conexo por la reproducción masiva de sus obras y prestaciones a instancia de la limitación o excepción de la copia privada.

En virtud de esta remuneración compensatoria se consagra el derecho a recibir el pago de una remuneración al fabricante de los aparatos, dispositivos o soportes que posibilitan la reproducción reprográfica de obras impresas —a favor de autores y editores— y la reproducción doméstica de fonogramas y obras audiovisuales —en beneficio de autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores—.

En América Latina, por ejemplo, la remuneración compensatoria por la copia privada se ha consagrado en Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana.

En cuanto a los dispositivos y soportes sobre los cuales recae la remuneración compensatoria se dispone lo siguiente: En Ecuador se aplica respecto de obras fijadas en fonogramas, videogramas que son objeto de reproducción reprográfica. En Paraguay son las obras publicadas en forma gráfica, por medio de videogramas o fonogramas o cualquier clase de grabación sonora o audiovisual. En República Dominicana, se aplica respecto de las obras divulgadas en forma de libros u otras publicaciones así como fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales. En Perú, son las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas en forma de videogramas o fonogramas en soportes o materiales susceptibles de contenerlos.

En cuanto a los beneficiarios de la limitación o excepción en la ley de Ecuador se ha establecido que son beneficiarios los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores y en caso de obras literarias autores y editores. En Paraguay son los titulares de derechos sobre las obras. **El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, determinará los titulares a quienes corresponda dicha remuneración.** En República Dominicana los beneficiarios son autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de obras audiovisuales expresadas en videogramas y los editores. En Perú, son los artistas intérpretes, artistas ejecutantes, los autores, los editores, los productores de fonogramas y los productores de videogramas, cuyas interpretaciones, ejecuciones, obras y producciones hayan sido fijadas en fonogramas y videogramas.

Los obligados al pago de la remuneración compensatoria en las leyes de la región son los siguientes: En Ecuador el deudor es el fabricante o importador en el momento de la puesta en el mercado nacional. La persona natural o jurídica que ofrezca al público soportes susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual o de equipos reproductores que no hayan pagado la remuneración compensatoria, responderá solidariamente con el fabricante o importador por el pago de dicha remuneración. En República Dominicana es el fabricante o importador al territorio

dominicano, en la primera venta del equipo, o en su defecto por los distribuidores, cuya responsabilidad en el pago será solidaria con aquellos. En Perú el obligado es el fabricante nacional y el importador de los materiales o soportes idóneos que permitan la reproducción; los adquirientes fuera del territorio peruano, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de soportes o materiales susceptibles de contener obras y producciones protegidas; los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirientes de los mencionados soportes o materiales susceptibles de contener obras o producciones protegidas, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración.

En cuanto a los equipos y soportes que dan lugar al pago, en Ecuador son los soportes susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual (cintas u otros soportes materiales susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual) o equipos reproductores de fonogramas o videogramas, equipos para reproducción reprográfica. **Al respecto, la Resolución No. CD-IEPI-03-133 fijó la remuneración compensatoria para (i) sistemas de grabación y soportes analógicos de grabación fonográficos (cassette de audio) (ii) sistemas de grabación y soportes analógicos de grabación audiovisual (cinta de video) (iii) sistemas de grabación y soportes digitales de dedicación exclusiva fonográfica (equipo de grabación fonográfica, soporte de grabación) (iv) sistemas de grabación y soportes digitales de dedicación exclusiva de audiovisuales (equipo de grabación videográfica y soporte de grabación) y (v) sistemas y soportes de grabación multiplataforma, que deberán ser aplicadas en el mercado ecuatoriano sobre la totalidad de las unidades comercializadas en el mercado de soportes creado en tecnología CD Data y DVD Data. Esta Resolución no se aplica en la práctica.** En Paraguay son los equipos, aparatos técnicos no tipográficos y materiales idóneos para realizar la reproducción. **El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, reglamentará el procedimiento para determinar los equipos y soportes sujetos a la remuneración compensatoria.** En República Dominicana son las cintas, discos compactos, soportes materiales susceptibles de incorporar una fijación sonora, visual o audiovisual; los soportes materiales o digitales susceptibles de incorporar obras literarias o gráficas; los equipos reproductores o de almacenamiento (no tipográficos) de obras divulgadas en forma de libro u otras publicaciones, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales; las unidades destinadas al copiado de soportes sonoros y audiovisuales incluidas en un ordenador personal o fabricadas o importadas para ser utilizadas en forma periférica. La Ley del Perú no establece claramente los equipos y soportes que dan lugar al pago. Solo menciona que están obligados al pago el fabricante nacional así como el importador de materiales o soportes idóneos que permitan la reproducción. Igualmente se indica que la compensación se determina en función de los soportes idóneos, creados o por crearse, para realizar dicha reproducción.

Finalmente, respecto a las tarifas, en Ecuador es una cuantía porcentual calculada sobre el precio de los soportes o equipos reproductores, fijada y establecida por el Consejo Directivo del IEPI. En Paraguay el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, reglamentará el procedimiento para determinar los importes. En República Dominicana se consagra una tarifa porcentual determinada en común acuerdo entre los fabricantes e importadores y los respectivos titulares de derechos afectados, o las sociedades de gestión colectiva a las que hayan otorgado mandato para su representación. **En caso de no llegar a un acuerdo, se aplicará lo establecido por el Art. 4 párrafo 3 del Reglamento de la Remuneración por Copia Privada Decreto No. 548-04.** En Perú, se consagra una cuantía porcentual determinada en común acuerdo por las sociedades de gestión colectiva, en caso de no llegar a un acuerdo la Oficina de Derechos de Autor podrá fijar las tarifas, las cuales tendrán vigencia por un año. A falta de acuerdo entre ellas, después de 30 días de expedido este reglamento, las entidades de gestión podrán acudir a la Oficina de Derechos de Autor, la que pondrá a su disposición los mecanismos de solución de controversias. Si no hay acuerdo, la Oficina de Derechos de Autor podrá fijar tarifas temporales, que tendrán la vigencia de un (1) año. Para fijar las mismas, la Oficina de Derechos de Autor fundamentará su decisión en criterios técnicos, económicos, estudios de mercado, entre otros. Si vencido el año, las entidades de

gestión colectiva no hubiesen acordado las tarifas a cobrar, la tarifa temporal podrá ser prorrogada a solicitud de las mismas por un período igual.

2. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 94 DE LA CONSTITUCIÓN, AL HABER OMITIDO EL LEGISLADOR LA CONSAGRACIÓN DE UN MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA EDUCACIÓN, INFORMACIÓN Y ACCESO A LA CULTURA DE LOS DISCAPACITADOS VISUALES, EN EQUILIBRIO CON LA TUTELA DEL DERECHO DE AUTOR, ACORDE O AJUSTADO AL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DETERMINADO POR EL TRATADO DE MARRAKECH DE 2013, ADOPTADO EN EL SENO DE LA OMPI.

El artículo 94 de la Constitución Política Colombiana contiene la cláusula de derechos innominados –no numerados, no nombrados– situación que comparten en su gran mayoría las cartas fundamentales de los países del mundo.

Se trata de derechos fundamentales que corresponden a todos los ciudadanos colombianos, por ser personas humanas, sin que la circunstancia de no encontrarse expresamente consignados en el texto constitucional, impida que el ciudadano tenga la tutela derecho a la efectiva correspondiente.

En la doctrina de derecho constitucional se han denominado también derechos fundamentales “no numerados”, que se constituyen por efecto de una proyección del contenido axiológico de la Constitución, adquiriendo verdadero rango constitucional y hacen efectiva su protección.

Los Derechos Fundamentales innominados o sin nombre, es parte del desarrollo de la protección de los derechos fundamentales consagrados en el texto de la Constitución que, al igual que el bloque de constitucionalidad, pretende la efectividad de los textos garantistas que los contienen: que la persona humana por su dignidad, tenga la plenitud de sus derechos por ser tal y no porque se los reconozca un texto escrito, que puede variar de acuerdo con la voluntad de unos pocos en muchos casos.

2.1 Derechos fundamentales proyectados en sus alcances por el estándar internacional del Tratado de Marrakech de 2013.

El Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para acceder al Texto Impreso (en adelante “Tratado de Marrakech”) adoptado en el seno de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) el día 28 de junio de 2013, determinan parámetros uniformes a nivel global para que los países que lo ratifiquen, tengan excepciones a las leyes nacionales de derechos de autor a favor de los discapacitados visuales y de quienes tienen dificultades para acceder al texto impreso ordinario. Esto significa que deben garantizar que sus leyes permitan a las personas ciegas y a sus organizaciones la producción de libros en formatos accesibles sin necesidad de solicitar antes la autorización del titular de los derechos de autor, como el autor o el editor.

Específicamente, el Tratado de Marrakech contiene disposiciones en beneficio de la población con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Estas disposiciones obligan a los Estados contratantes a establecer limitaciones o excepciones al derecho de autor que permiten a esa población discapacitada no solamente beneficiarse de una mayor cantidad de libros y bienes culturales en formatos accesibles FABRICADOS Y DISTRIBUIDOS EN SU PROPIO PAÍS, sino además beneficiarse de una mayor oferta de libros y bienes culturales en formatos accesibles IMPORTADOS DE OTROS PAÍSES, MEDIANTE

MECANISMOS FACILITADORES DEL COMERCIO TRANSFRONTERIZO que el propio Tratado consagra y desarrolla.

En la perspectiva de la población con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, el Tratado de Marrakech significa una nueva proyección, alcance y dimensión para sus derechos fundamentales a la educación, de información, de acceso a la cultura y al trabajo, en donde se crea un escenario y mecanismo de intercambio transfronterizo de libros y bienes culturales en formatos accesibles, que permitirá a los países en desarrollo –que tienen limitaciones para cubrir los costos de la fabricación o producción de libros o bienes culturales en tales formatos- acceder a una mucho mayor oferta de títulos en diversos formatos, disponiendo el Tratado que dicha importación e intercambio transfronterizo ha de estar a cargo de “entidades autorizadas” (Artículos 5 y 6 del Tratado de Marrakech).

Desde la perspectiva de los derechos de autor, el Tratado de Marrakech constituye el primer tratado internacional dedicado específicamente a establecer una limitación o excepción al derecho de autor para favorecer el acceso a los bienes culturales por parte de la población discapacitada, con la particularidad de que al ser un estándar internacional elimina las diferencias o distorsiones que para el mercado de las industrias y los bienes culturales pueden resultar del otorgamiento diferenciado en las leyes nacionales de un mayor o menor nivel de protección, eliminando la dificultad de tener unos mismos actos sujetos al control de los derechos exclusivos del autor, en unos países, al tiempo que esos mismos actos en otros países son formas de uso libre y gratuita de la obra al amparo de una limitación o excepción.

La limitación o excepción al derecho de autor en beneficio de la población con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso no solamente abarca los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública (derechos exceptuados también por la norma demandada, Artículo 12 de la Ley 1680 de 2013), sino que también se ocupa de facilitar mediante limitación o excepción el intercambio transfronterizo (Artículos 5 y 6 del Tratado) en lo que viene a constituirse propiamente en una limitación o excepción al derecho de importación, en virtud del cual el titular de los derechos puede autorizar o prohibir la importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho.

En efecto, de conformidad con el derecho patrimonial de importación (consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano por el Artículo 13 literal d) de la Decisión Andina 351 de 1993), un titular del derecho de autor podría hipotéticamente prohibir que se importen al territorio colombiano los ejemplares de su obra, que en otro país han sido transformados o adaptados a formatos accesibles al amparo de una limitación o excepción consagrado en la ley de dicho país extranjero, sin contar con su autorización o licencia.

En otras palabras, el Artículo 12 de la Ley 1680 de 2013, la norma demandada, omitió establecer una limitación o excepción respecto del derecho de importación consagrado en el Artículo 13 literal d) de la Decisión Andina 351 de 1993, lo cual produce como efecto práctico que las instituciones que trabajan por proveerle a la población discapacitada visual una oferta de libros o bienes culturales, cuentan con la posibilidad de reproducirlos, adaptarlos, comunicarlos o distribuirlos, pero no con la posibilidad de acceder mediante importación a los ejemplares en formatos accesibles, bajo el gravamen de que el titular del derecho patrimonial de autor deba autorizar previa y expresamente dicho acto de importación, y a riesgo de que lo prohíba.

Esta situación, mirada desde la perspectiva de la población discapacitada visual, constituye una restricción indebida e injusta, que va en detrimento de la posibilidad de ejercer sus derechos a la educación, información, cultura y trabajo, sirviéndose de la oferta de material o bienes culturales en formatos accesibles que otros países, distintos a Colombia, puede ofrecerles. Este acceso a la oferta de libros y bienes culturales en formatos accesibles producidos a nivel internacional, es lo que ha buscado garantizar el Tratado de Marrakech como un estándar mundial, para la población discapacitada visual en todos los países que se hagan miembros del Tratado, situación y posibilidad que el legislador colombiano omitió al expedir el Artículo 12 de la Ley 1680 de 2012.

2.2 Los derechos y garantías contenidas en Tratado de Marrakech, en beneficio de la población discapacitada visual en equilibrio con el derecho de autor, aún no forman parte de un tratado internacional vigente y vinculante para Colombia.

En los términos del Artículo 94 de la Constitución, se trata aquí de derechos fundamentales que no son parte de un tratado internacional vigente y vinculante para Colombia, toda vez que Colombia, si bien es uno de los Estados firmantes del mismo, aún no ha iniciado el proceso tendiente a su ratificación, empezando por su aprobación por parte del Congreso de la República.

Nótese cómo las disposiciones de los artículos 5 y 6 del Tratado de Marrakech aluden no solamente al derecho de reproducir, distribuir, poner a disposición o comunicar las obras en formatos accesibles, sino que también se refieren al intercambio transfronterizo de tales ejemplares (limitación o excepción al derecho de importación), consagrando de esta manera la posibilidad de exportar y, sobre todo, de importar tales ejemplares, siendo en estricto sentido una limitación o excepción que abarca inclusive el derecho patrimonial de importación. Esta limitación o excepción al derecho de autor en beneficio de los discapacitados visuales, con estos alcances, sólo existe en el contexto del Tratado de Marrakech, y constituye uno de sus grandes avances de los cuales carece la normativa local y, en esencia, constituye la razón de ser de este Tratado.

2.3 Los derechos y garantías contenidas en Tratado de Marrakech, en beneficio de la población discapacitada visual en equilibrio con el derecho de autor, son inherentes a la persona humana.

El acceso a los libros y demás bienes culturales por parte de los ciudadanos, y en especial por parte de la población discapacitada visual, es determinante del ejercicio efectivo de los derechos de acceso a la información, educación, trabajo y de acceso a la cultura.

El Tratado de Marrakech proyecta a nivel internacional la aplicabilidad de las limitaciones o excepciones al derecho de autor que hasta ahora se han venido consagrando en las leyes nacionales, en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Si la norma demandada (Artículo 12 de la Ley 1680 de 2013) permite ciertos casos de fabricación y distribución de ejemplares de obras protegidas en formatos accesibles --a nivel local-- dando a la población discapacitada visual la posibilidad de acceder a esos libros y bienes culturales fabricados o producidos a nivel nacional, el Tratado de Marrakech permite que esos ejemplares sean objeto de intercambio transfronterizo, otorgando entonces a la población beneficiaria de la excepción, la posibilidad de acceder a una cantidad mucho más grande de ejemplares de libros y bienes culturales en formatos accesibles, ampliando la oferta a su disposición y optimizando la cantidad y calidad de información a su alcance, en beneficio de una realización efectiva de sus derechos a la información, educación, trabajo y de acceso a la cultura.

Como se ha mencionado, el Artículo 12 de la Ley 1680 de 2013 adolece de la posibilidad de proyectar internacionalmente sus alcances, y de dar a los beneficiarios de la limitación y excepción la posibilidad de aspirar a servirse de bienes culturales importados y producidos o fabricados en otros países del mundo.

No basta esperar a que Colombia apruebe o ratifique el Tratado de Marrakech, si en la normativa nacional existe una norma relativa al tema que lo contradice y entorpece, no solamente por carecer de disposiciones en materia de intercambio transfronterizo, sino por no consagrar la

existencia de una “entidad autorizada” que pueda promover y asumir el ejercicio de este tipo de intercambio transfronterizo. No es este un asunto que pueda diferirse indefinidamente en el tiempo, toda vez que el derecho de un discapacitado visual para acceder a la información, educación, trabajo y a la cultura, no se satisface suficientemente con una producción tan limitada como la que se realiza localmente en Colombia, en materia de ejemplares de libros y bienes culturales en formatos accesibles, y las instituciones que se ocupan de proveer a la población discapacitada visual los libros y bienes culturales en formatos accesibles necesitan solución inmediata al impedimento o traba que les dejó el Artículo 12 de la Ley 1680 de 2013 para importar tan voluminoso, valioso y necesario material.

2.3 Inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa

¿Por qué el Artículo 12 de la Ley 1680 de 2013 adolece de los alcances que sí tiene el Tratado de Marrakech, en cuanto la protección de los derechos a la educación, cultura, acceso al trabajo y a la información de la población discapacitada visual?, ¿Por qué la mencionada norma demandada adolece también de los mecanismos de equilibrio que garantizan el derecho de autor, como sí los tiene el Tratado de Marrakech de 2013?

Acordo con los Artículos 5 y 6 del Tratado de Marrakech, sólo las así llamadas “entidades autorizadas”, tales como las entidades públicas competentes o las organizaciones de personas discapacitadas visuales, pueden enviar o exportar libros y otros bienes culturales en formatos accesibles amparados por los términos del Tratado. Sin embargo, se acepta su importación o recepción por otras “entidades autorizadas” o directamente por personas discapacitadas visuales o con otras dificultades para acceder al texto impreso, en la medida que la ley nacional lo determine (situación sobre la cual guarda silencio la norma demandada). El texto correspondiente del Tratado es el siguiente:

“Artículo 5

Intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible

1. Una Parte Contratante dispondrá que, si un ejemplar en formato accesible es realizado en virtud de una limitación o de una excepción o por ministerio de la ley, ese ejemplar en formato accesible podrá ser distribuido o puesto a disposición por una entidad autorizada a un beneficiario o a una entidad autorizada en otra Parte Contratante.

2. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 5.1) mediante el establecimiento de una limitación o excepción en su legislación nacional de derecho de autor de modo que:

a) se permitirá a las entidades autorizadas, sin la autorización del titular de los derechos, distribuir o poner a disposición para uso exclusivo de los beneficiarios ejemplares en formato accesible a una entidad autorizada en otra Parte Contratante; y

b) se permitirá a las entidades autorizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.c), distribuir o poner a disposición ejemplares en formato accesible a los beneficiarios que se encuentren en otra Parte Contratante, sin la autorización del titular de los derechos;

siempre y cuando, antes de la distribución o la puesta a disposición, la entidad autorizada originaria no supiera, o no hubiera tenido motivos razonables para saber que el ejemplar en formato accesible sería utilizado por personas distintas de los beneficiarios.

3. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 5.1) mediante el establecimiento de otras limitaciones o excepciones en su legislación nacional de derecho de autor de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5.4), 10 y 11.

4. a) Cuando una entidad autorizada de una Parte Contratante reciba ejemplares en formato accesible de conformidad con el artículo 5.1) y dicha Parte Contratante no tenga obligaciones dimanantes del artículo 9 del Convenio de Berna, se asegurará de que, de conformidad con su propio ordenamiento jurídico y prácticas legales, los ejemplares en formato accesible sólo sean reproducidos, distribuidos o puestos a disposición en favor de los beneficiarios en la jurisdicción de dicha Parte Contratante.

b) La distribución y la puesta a disposición de ejemplares en formato accesible por una entidad autorizada conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1) se limitará a esa jurisdicción, a menos de que la Parte Contratante sea parte en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor o circunscriba por otros medios las limitaciones y excepciones en la aplicación del presente Tratado al derecho de distribución y al derecho de puesta a disposición del público en determinados casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

c) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afecta la determinación de lo que constituye un acto de distribución o un acto de puesta a disposición del público.

5. No se hará uso de ninguna disposición del presente Tratado en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos.”

“Artículo 6

Importación de ejemplares en formato accesible

En la medida en que la legislación nacional de una Parte Contratante permita a un beneficiario, a alguien que actúe en su nombre o a una entidad autorizada realizar un ejemplar en formato accesible de una obra, la legislación nacional de esa Parte Contratante les permitirá también importar un ejemplar en formato accesible destinado a los beneficiarios, sin la autorización del titular de los derechos”.

(Subrayados fuera del texto original)

Así las cosas, conforme el Tratado de Marrakech, sólo las entidades autorizadas pueden exportar ejemplares de obras en formatos accesibles. Por su parte, la importación la puede realizar o una entidad autorizada, un beneficiario o su representante, en la medida en que la ley nacional lo faculte al respecto (cosa que la norma demandada omite por completo establecer).

Se hace evidente como el legislador colombiano adelantó un proyecto de ley en esta materia haciendo caso omiso de la oportunidad de acogerse al estándar internacional de protección que ahora puede beneficiar a la población discapacitada visual a nivel global.

En efecto, existen grandes diferencias entre el Tratado de Marrakech y el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013, respecto de las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de la población discapacitada visual, y su alcances. Esto no sería un inconveniente si el primero no fuera un tratado creador de un ESTÁNDAR INTERNACIONAL de protección al acceso de la población ciega y discapacitada, al punto que es la primera limitación o excepción al derecho de autor que se dicta específicamente a través de un tratado internacional, y que es aplicable a las transacciones de comercio internacional, y que es aplicable en la Internet.

En la medida en que la norma demandada no contiene disposiciones que permitan el intercambio transfronterizo de ejemplares obras en formatos accesibles, que han sido reproducidos o adaptados en otros países, omitiendo toda mención al derecho de importación que en nuestro ordenamiento jurídico consagra el Artículo 13 literal d) de la Decisión Andina 351 de 1993. No obstante, mal puede corregirse esta falencia con una simple adición del verbo “importar” si no se atiende al parámetro internacional que el Tratado de Marrakech determina o determinará, en el sentido de que dicho intercambio transfronterizo ha de estar mediado o gestionado por una “entidad autorizada” en los términos de los artículos 5 y 6 del citado Tratado.

Creemos que esta deficiencia sólo podría ser subsanada, si se entiende que sólo las entidades autorizadas que designe el Gobierno Nacional pueden importar o exportar, o autorizar a terceros la importación o exportación, de los ejemplares de obras protegidas en formatos accesibles reproducidas al amparo de limitaciones o excepciones.

A falta de una claridad o entendimiento en este sentido, se hace inaplicable la posibilidad de importar o exportar los ejemplares de obras adaptados a formatos accesibles, incidiendo en el desbalance o detrimento para la población discapacitada visual en Colombia y las instituciones dedicadas a proveerle una oferta de bienes culturales en dichos formatos, respecto de otros países que si se hayan adecuado al estándar internacional es evidente.

Mientras la comunidad internacional avanza en la creación de una nueva serie de limitaciones o excepciones al derecho de autor estandarizadas y globalizadas, Colombia –por virtud de la norma demandada- simultáneamente queda al margen de este estándar mínimo, adoptando una limitación en condiciones diferentes e inferiores a las del estándar internacional, privando a los beneficiarios de la limitación y excepción de aspirar a servirse de bienes culturales importados y producidos o fabricados en otros países del mundo. Esta deficiencia o inquietud resulta contraria a la Constitución, concretamente a sus artículos 15, 54, 67 y 70, en lo que respecta a los derechos de acceso a la información, educación, trabajo y acceso a la cultura de la población discapacitada visual, a instancias de la proyección que permite el Artículo 94 superior sobre tratados internacionales de los cuales no es parte Colombia, como es en este caso el Tratado de Marrakech.

2.5.1 Designación de un “tercero de confianza” o entidad autorizada para gestionar la importación de ejemplares de obras protegidas en formatos accesibles producidos al amparo de la limitación o excepción.

Como hemos mencionado, habida cuenta de un vicio de inconstitucionalidad por omisión relativa, no bastaría agregarle el verbo “importar” a la norma demandada para subsanar la omisión de la que adolece. Es también necesario que exista un mecanismo de contrapeso, equilibrio que salvaguarde la necesaria protección y respeto de los derechos de autor, que en este caso debería consistir en la designación de una entidad autorizada (tercero de confianza) a cargo de las funciones y responsabilidades que determina el Tratado de Marrakech, no solamente en el sentido de ser la entidad que realice dicho intercambio transfronterizo, sino en cuanto pueda también autorizar a otras personas o entidades dichas importaciones o exportaciones, y pueda hacer el adecuado seguimiento sobre la calidad e idoneidad del material importado o exportado, sino también del debido cumplimiento de los términos de la limitación o excepción, para que no exista vulneración o detrimento de los titulares de derechos de autor al respecto.

Al respecto de la figura del “tercero de confianza” o “entidad autorizada”, la experta JUDIT SULLIVAN en su estudio realizado a instancias de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) reseña lo siguiente:

“Varios países parecen limitar toda actividad realizada en virtud de las excepciones a los organismos que han sido designados o autorizados oficialmente de alguna manera, entre los que cabe destacar Francia, Irlanda y Nueva Zelanda. En cambio, el Canadá, Dinamarca y el Reino Unido permiten que tanto una amplia gama de órganos como las personas con discapacidades visuales realicen actividades amparadas por las excepciones, aunque estas disposiciones aparentemente permisivas no están exentas de la aplicación de una serie de condiciones abordadas en otras secciones del presente capítulo.”

“Hay algunas excepciones, en particular Letonia, Malasia, Singapur y los Estados Unidos de América, en que los órganos que ayudan de manera específica y a menudo

primordialmente a las personas con dificultades para leer se definen como los que pueden realizar la actividad permitida en virtud de las excepciones, pero no parece que haya un proceso mediante el cual se les deba autorizar oficialmente.

Sin embargo, en el caso de Letonia, ello tampoco parece excluir la actividad de otras organizaciones, ya que las bibliotecas que prestan servicios a las personas con discapacidades visuales que están incluidas, y en Singapur hay disposiciones complementarias que permiten de manera explícita que los centros educativos realicen ese tipo de actividades. En Macao, las personas con discapacidades visuales también pueden llevarlas a cabo por sí mismas cuando desean grabar conferencias.”

(SULLIVAN Judit. “Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones en Materia de Derecho de Autor en favor de las Personas con Discapacidades Visuales”. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ginebra. 2006. Página 127). Documento digital disponible en:

http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id:75696

En el Anexo 2 de este escrito, se hace una relación de derecho comparado, en cuanto las leyes que han implementado dicho mecanismo al ejercicio de la limitación o excepción, ante la necesidad de garantizar la idoneidad y calidad técnica del material en formatos accesibles que se ofrece y distribuye a la población discapacitada visual de cada país. Esta figura del “tercero de confianza” o entidad autorizada ha recaído en personas o entidades de carácter público o privado competentes para proveer por las necesidades de la población discapacitada visual o, en general, que pudieran acreditar su interés y dedicación en producir obras en formatos accesibles para servicio y beneficio de los discapacitados visuales.

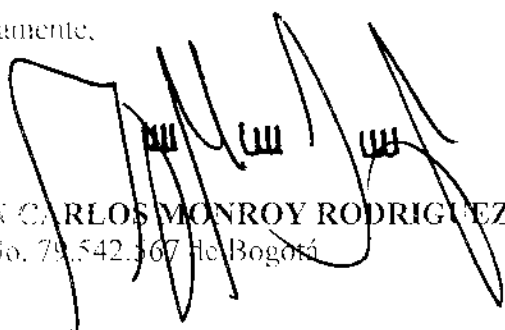
COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, según el cual dicho tribunal decidirá “sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicio de procedimiento en su formación”.

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Calle 70 A No. 4 – 80 de Bogotá. Teléfono 7430627.

Atentamente,


JUAN CARLOS MONROY RODRIGUEZ
 C.C. No. 79.542.367 de Bogotá