

CONFLICTO DE LEYES AL INTERIOR DEL RÉGIMEN COMÚN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

MARCELA PALACIO PUERTA*

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene el propósito de analizar si el bilateralismo llevado a cabo por los Estados Unidos de América en los últimos años en el ámbito de los derechos de autor y derechos conexos está generando o generará conflictos de leyes al interior del régimen común de derechos de autor y derechos conexos de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). De ser este el caso, resolver esta antinomia podría significar para algunos de los países miembros de la CAN enfrentarse a un proceso de responsabilidad a nivel internacional.

Este es el caso de Colombia y Perú, ambos países miembros de la CAN y partes contratantes de sendos tratados de libre comercio (TLC) con Estados Unidos. En materia de derechos de autor y derechos conexos, como miembros de la CAN, dichos países han adoptado a nivel regional un régimen común de protección de derechos de autor y derechos conexos (Decisión 351 de 1993), y a nivel bilateral han ratificado un TLC con Estados Unidos el cual obliga a implementar ciertas disposiciones en dicha materia. El problema se presentaría si las disposiciones que obliga a implementar dicho TLC no concuerdan con las normas andinas, caso en el cual se presentaría una antinomia al interior de los países miembros con respecto al régimen común. No obstante, esta antinomia no sería como cualquier otra presente al interior de un sistema jurídico, ya que su solución conduciría a Colombia o Perú a enfrentarse a un proceso de responsabilidad a nivel internacional por incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones: la norma andina o la del TLC.

Con el fin de desarrollar esta discusión, el presente artículo abarca: primero, una breve descripción de la CAN y de su sistema jurídico; segundo; una explicación del

* Candidata a doctora de la American University Washington College of Law e investigadora de la Universidad Sergio Arboleda, Grupo Crear. Contacto: [marcela.palacio2@usa.edu.co]. Fecha de recepción: 4 de febrero de 2013. Fecha de aceptación: 14 de agosto de 2013. Para citar el artículo: Palacio Puerta, M. "Conflicto de leyes al interior del régimen común de derechos de autor y derechos conexos de la Comunidad Andina de Naciones", *La Propiedad Inmaterial*, n.º 17, noviembre de 2013, pp. 205-222.

régimen común de derechos de autor y derechos conexos de la CAN (Decisión 351); tercero, el bilateralismo llevado a cabo por Estados Unidos al interior de la CAN; cuarto, el contraste entre las disposiciones de la Decisión 351 y las disposiciones sobre derechos de autor y derechos conexos del TLC; para concluir, finalmente, que las disposiciones del TLC con Estados Unidos en cuando a derechos de autor y derechos conexos crean dificultades e inseguridad jurídica a los países de la CAN.

Este artículo se encuentra limitado a analizar y describir si se presentan antinomias al interior del régimen común de derechos de autor y derechos conexos de la CAN en razón del TLC con Estados Unidos. De esta manera, el artículo no abordará temas concernientes a los puntos positivos o negativos de la implementación de disposiciones de derechos de autor y derechos conexos de los TLC, o a si la regulación de aspectos de derechos de autor y derechos conexos debe ser promovida a través de tratados de libre comercio.

I. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN) Y SU SISTEMA JURÍDICO

La CAN es un sistema de integración entre cuatro países latinoamericanos: Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú. Dicha Comunidad inicia como tal en 1996, si bien la integración económica tiene una larga evolución. Esta unión, en ese entonces llamada Pacto Andino, comienza en 1969 con la firma del Acuerdo de Cartagena, inspirada por el éxito que había tenido la Comunidad Económica Europea¹. Ahora bien, la integración, que se pensó en un principio simplemente en términos económicos, empezó a incluir cada vez más propósitos sociales². De esta forma, en 1996, a través de la reforma introducida por el Protocolo de Trujillo al Acuerdo de Cartagena, se creó la CAN como una integración y cooperación entre países, buscando un desarrollo económico y social armonioso y equilibrado³.

Durante este proceso que lleva a la formación de la CAN, los países miembros se dieron cuenta de que, para poder alcanzar esta idea de integración que sobrepasa la noción de una unión aduanera, la comunidad debía tener sus propios organismos e instituciones y su propio sistema jurídico. Es así como la CAN es creada como un ente con personalidad jurídica⁴, compuesto por los países miembros⁵, con el conjunto de organismos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI)⁶ y

1. Cfr., CARLOS ALBERTO ESPÍNDOLA SCARPETTA y DIANA LORENA HERRERA RODRÍGUEZ, "Sistema Jurídico Andino", 8 N° 1 *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali 35, 38 (2008-1), sobre el éxito de la Comunidad Económica Europea como fuente de inspiración para la integración de los países andinos; Alfredo Fuentes Fernández, "Contexto histórico y avances de la integración en la Comunidad Andina", N° 13 *Revista Oasis* 177, 177 (2008), refiriéndose a la evolución de la CAN desde el Pacto Andino.

2. Cfr. Secretaria de la Comunidad Andina, *28 años de Integración Andina*, extracto SG/di 100 sept. 3, 1998, 21-35, sobre las acciones llevadas a cabo para mejorar la integración latinoamericana y la inclusión de más aspectos sociales en dicha integración.

3. Cfr. Acuerdo de Cartagena, *supra* nota 1, art. 1.

4. Cfr. ESPÍNDOLA SCARPETTA y HERRERA RODRÍGUEZ, *supra* nota 2, at 40 (2008-1), refiriéndose a la CAN como ente jurídico.

5. Cfr. Acuerdo de Cartagena, *supra* nota 1, art. 2.

6. *Ibíd.*

con su propio sistema jurídico⁷. Dicho sistema jurídico andino se establece como una estructura jurídica completa con la competencia para crear reglas, implementarlas y ejecutarlas⁸, esto con el objetivo de facilitar la integración armonizando las legislaciones de los países miembros en ciertas materias relacionadas con el comercio.

A. SISTEMA JURÍDICO ANDINO

El sistema jurídico andino se encuentra compuesto por dos clases de normas: “primarias u originarias” y “secundarias o derivadas”⁹. Las primeras hacen referencia al conjunto de tratados y protocolos que dan existencia a la CAN y a sus organismos¹⁰. Las segundas hacen referencia a aquel conjunto de normas promulgadas por los organismos andinos dentro del ámbito de su competencia en forma de decisiones y resoluciones, entre otras¹¹. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha determinado, tras analizar el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal, que las normas “primarias u originarias” son superiores a las “secundarias o derivadas”¹². Esta jerarquía juega un papel importante al momento de mantener la armonía y el orden al interior del sistema jurídico andino al dar las bases para resolver una posible antinomia al interior del sistema jurídico andino. Sin embargo, ambas normas se rigen bajo la aplicación de los mismos principios, los cuales permiten determinar el ámbito y características de la aplicación de la norma andina.

El principio fundamental que gobierna las normas andinas es la supranacionalidad¹³, a su vez sustentada en los principios de autonomía¹⁴, aplicación directa¹⁵ y

7. Cfr. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 28 de mayo de 1996 (modificado por el Protocolo de Cochabamba), art. 1.

8. Cfr. Espíndola Scarpetta y Herrera Rodríguez, *supra* nota 2, at 59.

9. ERIC TREMOLADA ÁLVAREZ, “El Derecho Andino”, N° 57, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 57, 35, 38-44 (Universidad Externado de Colombia, 2006), disponible en [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3235777>] (describiendo y explicando la estructura legal del sistema jurídico de la CAN); ESPÍNDOLA SCARPETTA y HERRERA RODRÍGUEZ, *supra* nota 2, at 40.

10. Cfr. TREMOLADA *supra* nota 10, at 38-42.

11. *Ibid.*, at 42-44.

12. Cfr. Proceso 7-AI-99, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC (Gaceta Oficial de la Comunidad Andina) 520 (20 de diciembre de 1999), disponible en: [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/gace520.pdf>].

13. Cfr. Proceso 90-IP-2008, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC 1662 (9 de octubre de 2008), disponible en: [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1662.pdf>], en donde se establece que el principio de “supranacionalidad” es el principio fundamental del sistema jurídico andino; cfr. también Consejo de Estado (Colombia), Sección Tercera, 9 de agosto de 2012, rad. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281), M.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, donde se define la supranacionalidad como la competencia de un organismo internacional o comunitario de tomar decisiones que son vinculantes en los Estados miembros sin la necesidad de un proceso de implementación a nivel nacional.

14. Cfr. Proceso 34-AI-2001, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC 839 (25 de septiembre de 2002), que explica el ámbito e importancia del principio de autonomía de la norma andina. El TJCA establece que el sistema jurídico de la CAN es autónomo y por lo tanto su aplicación no depende de la compatibilidad o existencia de otro sistema internacional. El sistema legal andino es un sistema completo con normas sustantivas y mecanismos de ejecución. Igualmente la norma andina debe prevalecer sobre

efecto directo¹⁶. Dichos principios son los que otorgan a las normas andinas características que no les son comunes a otras normas derivadas de tratados internacionales y las cuales son necesarias para la existencia de la integración andina¹⁷, como la aplicación directa en el territorio de los países miembros sin necesidad de un proceso de implementación a nivel doméstico¹⁸ y el efecto directo que permite a los individuos acudir a las autoridades nacionales y reclamar el cumplimiento de la norma andina¹⁹.

Adicionalmente, de los principios del sistema jurídico andino se deriva la prevalencia de la norma andina sobre cualquier norma interna u obligación internacional²⁰. Sin embargo, en caso de conflicto entre la norma andina y una norma interna, la norma interna no es derogada por la norma andina, sino que se torna inaplicable. De esta forma, la norma interna podrá ser aplicada en casos en los que no sea contrarios a la norma andina. Así mismo, la norma andina solo puede ser modificada, sustituida o derogada por otra norma andina²¹, no pudiendo serlo por las autoridades nacionales de los países miembros²².

otro compromiso internacional a nivel multilateral o bilateral. El principio de autonomía también hace referencia a la autonomía de los organismos andinos frente a las autoridades de los países miembros, lo cual les permite cumplir con sus funciones.

15. Cfr. Proceso 90-IP-2008, *supra* nota 17, en donde se establece que el principio de aplicación directa significa que una vez la norma andina es promulgada esta es automáticamente incorporada como parte de los ordenamientos jurídicos de los países miembros sin necesidad de un proceso de implementación. Cfr. también Proceso 3-AI-96 (19 de marzo de 1997), citado por el TJCA.

16. Cfr. Proceso 190-IP-97, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC 1614 (30 de abril de 2008), disponible en: [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1614.pdf>], el cual esclarece que el principio de supranacionalidad se encuentra sustentado bajo los principios de autonomía, aplicación directa y efecto directo. Esta explicación es necesaria debido a la gran cantidad de jurisprudencia andina que abarca el tema de los principios andinos sin establecer con claridad la relación entre ellos. Cfr. Proceso 90-IP-2008, Proceso 90-IP-2008, *supra* nota 17, donde se establece que el principio de efecto directo hace referencia a que las normas andinas crean derechos y obligaciones en cabeza de los nacionales de los países miembros; de esta forma, los nacionales de los países miembros se encuentran habilitados para exigir el cumplimiento de la norma andina a las autoridades.

17. Cfr. Proceso 155-IP-2011, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC 2092 (14 de septiembre de 2012), disponible en: [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace2092.pdf>], donde se dispone que el sistema jurídico andino no puede existir sin el reconocimiento del principio de la supremacía por parte de los países miembros. Cfr. también procesos 1-AI-2001, GOAC N° 818 (23 de julio de 2002) y 2-IP-90 GOAC N° 69 (11 de octubre de 1990).

18. Cfr. *supra* texto acompañando nota 15-16.

19. Cfr. *supra* texto acompañando nota 16.

20. Cfr. *supra*, nota 16, 190-IP-97, estableciendo que la primacía de la norma andina sobre otros compromisos internacionales ha sido reconocida por el TJCA en diversos casos, a saber: Proceso 118-AI-2003, GOAC 1206 (13 de junio de 2005); Proceso 117-AI-2003, GOAC 1156 (20 de mayo de 2005); Proceso 43-AI-2000, GOAC 1079 (7 de junio de 2004); Proceso 34-AI-2001, GOAC 839 (25 de septiembre de 2002); Proceso 7-AI-98, GOAC 490 (4 de octubre de 1999); Proceso 2-IP-90, GOAC 69 (11 de octubre de 1990); Proceso 2-IP-88, GOAC 33 (26 de junio de 1998); Proceso 02-AN-86, GOAC 21 (17 de julio de 1987).

21. Cfr. Proceso 10-IP-94, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC 177 (20 de abril de 1995), disponible en: [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/gace177.pdf>], donde se establece que, en caso de existir una laguna jurídica al interior del sistema jurídico andino, esta solo puede ser llenada por otra norma andina.

22. Cfr. Proceso 155-IP-2011, *supra* nota 18.

Frente a la norma andina los países miembros tienen dos obligaciones: una obligación de hacer o de acción, y otra de no hacer o de omisión²³. La obligación de hacer hace referencia a la obligación de los países miembros de adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar la efectividad de la norma andina²⁴. Dicha obligación se debe cumplir en consonancia con el principio de complemento indispensable y de complementariedad²⁵. Ambos principios han sido explicados por la jurisprudencia andina en el siguiente sentido: el principio de complemento indispensable indica la prohibición a los países miembros de regular sobre aspectos que ya han sido previamente regulados por la norma andina, salvo que dicha regulación sea necesaria para el debido funcionamiento de la norma²⁶; el país miembro no se encuentra autorizado para añadir o sustraer disposiciones a las materias que ya han sido reguladas por la CAN²⁷. El principio de complementariedad hace referencia a la facultad de los países miembros de complementar la norma andina cuando esta así expresamente lo autoriza, o cuando no hay legislación andina al respecto²⁸. De esta forma, cuando la comunidad no ha regulado algunas materias o no ha dejado expresamente la facultad de promulgar leyes sobre tal aspecto, los países miembros son libres de regular al respecto²⁹. Sin embargo, esta regulación interna será válida únicamente hasta que la Comunidad Andina se pronuncie respecto del asunto, caso en el cual la normativa andina prevalecerá sobre el asunto, y en caso de antinomias la legislación interna será inaplicable³⁰.

La obligación de no hacer hace referencia a la prohibición de los países miembros de promulgar normas contrarias a las normas andinas o normas que obstaculicen su aplicación³¹.

Los países miembros deben cumplir con sus obligaciones de hacer y no hacer respecto de las normas andinas, so pena de incurrir en responsabilidad a nivel internacional y ser sujeto de sanciones comerciales³². Esta responsabilidad

23. Cfr. Proceso 34-AI-2001, *supra* nota 15; Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *supra* nota 8, art. 4.

24. Cfr. Proceso 34-AI-2001, *supra* nota 15.

25. Cfr. Proceso 13-IP-15, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC 207 (29 de abril de 1996), disponible en: [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/gace207.pdf>].

26. Cfr. Proceso 10-IP-94, *supra* nota 22.

27. *Ibíd.*

28. Cfr. Proceso 13-IP-15, *supra* nota 26.

29. Cfr. Proceso 192-IP-2007, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, GOAC 1614 (30 abril de 2008), disponible en: [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1614.pdf>], estableciendo que el principio de complementariedad permite a los países miembros regular sobre aspectos respecto de los cuales la CAN no se ha pronunciado.

30. Cfr. Proceso 155-IP-2011 *supra* nota 18.

31. Cfr. Proceso 34-AI-2001, *supra* nota 15.

32. Cfr. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina *supra* nota 8, art. 25-26. Este proceso hace referencia a la acción de incumplimiento ante el TJCA que tienen los nacionales de los países miembros y los propios países miembros. En este proceso se determina si un país miembro ha infringido la obligación de “hacer” o “no hacer” frente al sistema jurídico andino. Si el TJCA encuentra que el país miembro ha infringido sus obligaciones le otorga 90 días para que cese el incumplimiento. En caso de que el país miembro no cumpla con este tiempo el TJCA está autorizado para iniciar un proceso sumario para determinar las sanciones que se le podrán imponer al infractor por parte de los demás países miembros hasta que el incumplimiento cese.

internacional se deriva del incumplimiento por parte del Estado miembro de las obligaciones derivadas de los tratados constitutivos de la CAN, caso en el cual, de ser demandado por otro Estado miembro o incluso por una persona natural por un presunto incumplimiento, el Estado demandado se enfrentará a un proceso por incumplimiento ante el TJCA, proceso que podrá terminar en la imposición de sanciones comerciales al Estado infractor.

II. RÉGIMEN COMÚN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS (DECISIÓN 351)

Como se mencionó anteriormente, el régimen jurídico de la CAN tiene como propósito armonizar la legislación de los países miembros respecto de ciertas materias relacionadas con el comercio³³. Una de estas materias sobre la cual se decidió tener un régimen común fue la propiedad intelectual, la cual se encuentra dividida en propiedad industrial³⁴ y derechos de autor y derechos conexos³⁵. El propósito de dicho régimen común era el de armonizar el nivel de protección existente en los países miembros, el cual se encontraba lejos de estar estandarizado³⁶, y el facilitar el comercio. La regulación de esta materia obedecía a la voluntad de incrementar el nivel de inversión y flujo de capitales que un régimen uniforme de protección de propiedad intelectual puede lograr³⁷.

En materia de derechos de autor la CAN promulgó en 1993 la Decisión 351, dirigida a regular derechos de autor y derechos conexos³⁸. Esta decisión fue considerada al momento de su promulgación como una regulación ambiciosa en materia de derechos de autor puesto que fijaba niveles de protección al mismo nivel que el ADPIC, para ese entonces en camino³⁹. Esta característica de la Decisión 351 permitió una más fácil adhesión de los países miembros al ADPIC en aspectos relacionados con derechos de autor⁴⁰. Adicionalmente, las disposiciones concernientes a bases de datos y software hicieron de la Decisión 351 una regulación avanzada⁴¹. Sin embargo, hoy en día la Decisión no conserva la misma posición de vanguardia, ya que no aborda los temas concernientes a derechos de autor y derechos conexos en la era digital⁴².

33. Cfr. ALBERTO J. CERDA SILVA, "Copyright Convergence in the Andean Community of Nations", 20 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 429, 430 (2012); Acuerdo de Cartagena, *supra* nota 2, art. 55.

34. Cfr. Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión 486, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 600 (19 de septiembre de 2000).

35. Cfr. Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos Decisión 351, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina No. 145 (Dic. 21, 1993)

36. Cfr. CERDA SILVA, *supra* nota 34, at 432-33.

37. Cfr. FUENTES FERNÁNDEZ, *supra* nota 2, at 187.

38. Cfr. Decisión 351, *supra* nota 36.

39. Cfr., CERDA SILVA, *supra* nota 34, at 435.

40. *Ibíd.*

41. *Ibíd.* at 457.

42. *Ibíd.*

La Decisión 351 establece la protección de derechos de autor y derechos conexos basada en la tradición continental⁴³. Esto quiere decir que concede protección al creador de la obra en razón del derecho natural que tiene dicho autor sobre su creación⁴⁴. La percepción del derecho de autor como un derecho natural tiene ciertas consecuencias en la regulación en general de los derechos de autor: así por ejemplo, las personas naturales son las únicas que pueden ser consideradas autores⁴⁵, y otorga a los autores derechos económicos⁴⁶ y derechos morales sobre su obra⁴⁷, donde los últimos son considerados inembargables, imprescriptibles e irrenunciables.

Respecto de los derechos conexos la Decisión 351 otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes derechos morales⁴⁸ y patrimoniales⁴⁹ sobre sus interpretaciones y ejecuciones, y derechos patrimoniales a los productores de fonogramas sobre sus fonogramas⁵⁰. Sin embargo, debido a la concepción de los derechos de autor como un derecho natural del creador de la obra, los derechos conexos reciben una protección más limitada por parte de la Decisión 351 que la que esta otorga a los derechos de autor. Igualmente, en caso de conflicto entre los derechos de autor y los derechos conexos, la Decisión dispone otorgar prevalencia a la protección a los derechos de autor⁵¹. La Decisión 351 se encuentra dividida en 15 capítulos, de los cuales 6 están dirigidos exclusivamente a la protección de derechos de autor⁵² y uno a derechos conexos⁵³. Los demás capítulos están destinados a regular algunas obras específicas como *software* y bases de datos⁵⁴, y otros aspectos relacionados con derechos de autor como sociedades de gestión colectiva⁵⁵, oficinas de derechos de autor⁵⁶, algunos aspectos procesales⁵⁷, el alcance de la protección de la Decisión⁵⁸ y, finalmente, unas disposiciones transitorias y finales⁵⁹.

43. Cfr., ANA MARÍA PACÓN, *La Protección del Derecho de Autor en la Comunidad Andina*, in *Derecho Comunitario Andino* 299, 302 (Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), estableciendo que la protección brindada por la Decisión 351 está basada en la tradición continental de protección de derechos de autor y derechos conexos.

44. *Ibíd.*

45. Cfr. Decisión 351 *supra* nota 36, art. 1: dispone que es autor la persona natural que realiza la creación.

46. Cfr. Decisión 351 *supra* nota 36, art. 13-16.

47. *Ibíd.* at art. 11.

48. *Ibíd.* at art. 35.

49. *Ibíd.* at art. 34.

50. *Ibíd.* at art.37.

51. Cfr., Alfredo Vega Jaramillo, *Manual de Derecho de Autor*, Dirección Nacional de Derechos de Autor 59 (2010) *disponible en* http://www.cpae.gov.co/userfiles/4_Cartilla%20derecho%20de%20autor.pdf explicando que en la normativa colombiana de derechos de autor los derechos conexos no son considerados una creación intelectual; de esta forma su protección es debida a la ayuda que estos brindan en la difusión de las obras autorales. Cfr., Decisión 351 *supra* nota 36, art. 33.

52. Cfr. Decisión 351 *supra* nota 40, Capítulo II- Capítulo VII.

53. *Ibíd.* at Capítulo X.

54. *Ibíd.* at Capítulo VIII.

55. *Ibíd.* at Capítulo XI.

56. *Ibíd.* at Capítulo XII.

57. *Ibíd.* at Capítulo XIII.

58. *Ibíd.* at Capítulo I.

59. *Ibíd.* at Capítulo XIV-XV.

Aunque pareciera que la Decisión 351 ha regulado todos los aspectos concernientes a derechos de autor y derechos conexos, una lectura detallada de esta evidencia que deja muchos aspectos a la facultad complementaria de los países miembros⁶⁰. CERDA ha enunciado las disposiciones que la Decisión deja a la facultad de los países miembros de la siguiente manera:

[L]a Decisión hace continuas remisiones a su desarrollo en derecho interno. Así, por ejemplo, tratándose de obras por encargo, *droit de suite*, cómputos de plazos de protección, cesión y licenciamiento, y afiliación a entidades de gestión colectiva, entre otras. En otros casos, la Decisión omite el tratamiento de determinados aspectos de la regulación autoral, relegando ellos a su desarrollo por derecho interno, tales como las normas sobre procedimientos, medidas cautelares y sanciones criminales. Todavía más, en varios casos la Decisión se ha limitado a establecer un estándar mínimo, dejando en libertad a la normativa interna de los países miembros para ir más allá del estándar previsto en ella; este es el caso de los derechos morales reconocidos a los autores, los derechos patrimoniales exclusivos, el plazo de protección de las obras, y las excepciones y limitaciones a los derechos de autor⁶¹.

Lo anterior significa que respecto a la Decisión 351 los países miembros deben aplicar directamente algunas de sus disposiciones y complementar a nivel interno otras. Es importante aclarar que la facultad complementaria que la Decisión 351 otorga a los países miembros se encuentra limitada a las disposiciones específicas que esta referencia. La Decisión 351 no otorga a los países miembros la facultad de mejorar la protección de derechos de autor o derechos conexos otorgados por esta a través de legislación interna o a través de acuerdos internacionales sobre la materia, como sí lo hizo la antigua Decisión 344 de 1993^[62] en relación con los derechos de propiedad industrial⁶³.

III. EL BILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

El actual mundo globalizado tiende a involucrarse cada vez más en negociaciones bilaterales y multilaterales de acuerdos de libre comercio. La CAN no ha sido extraña a esta realidad y sus países miembros han celebrado TLC con terceros países. En un

60. Cfr., Proceso13-IP-15 *supra* nota 26, refiriéndose al principio de complementariedad.

61. Cfr., ALBERTO CERDA SILVA, Armonización de los Derechos de Autor en la Comunidad Andina: Hacia un Nuevo Régimen Común, Revista Ius et Praxis, Año 17, n.º 2 231, 237 (2011)

62. Cfr., Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Propiedad Industrial Decisión 344, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina No. 142 (Oct. 29, 1993)

63. *Ibíd.* at art. 143: “Los Países Miembros, mediante sus legislaciones nacionales o acuerdos internacionales, podrán fortalecer los derechos de Propiedad Industrial conferidos en la presente Decisión. En estos casos, los Países Miembros se comprometen a informar a la Comisión acerca de estas medidas”. Cfr. también Decisión 85 art. 84; Decisión 311 art.120; Decisión 313 art. 119; Decisión 486 art. 276

comienzo, las negociaciones de estos tratados debían ser realizadas como Comunidad⁶⁴. Sin embargo, en 2004 la CAN promulgó la Decisión 598 para permitir las negociaciones individuales cuando la negociación conjunta no fuera posible⁶⁵. En este sentido, la Decisión estableció ciertas obligaciones en cabeza del país miembro que comenzara negociaciones con otro país, siendo una de estas la de preservar el sistema jurídico andino⁶⁶.

Todos los países miembros de la CAN han celebrado tratados bilaterales, a excepción de Bolivia⁶⁷. Algunos de estos compromisos contienen obligaciones en materia de propiedad intelectual, los cuales disponen cumplir con los estándares internacionales de protección de propiedad intelectual⁶⁸. Sin embargo, este no es el caso de los TLC celebrados con Estados Unidos, los cuales se caracterizan por exportar estándares de protección de propiedad intelectual más altos que los establecidos en el ADPIC, dando un ámbito de acción limitado para su implementación a la otra parte contratante⁶⁹. Igualmente, estos TLC son se caracterizan por el hecho de que las disposiciones concernientes a derechos de autor y derechos conexos son negociadas en términos de “lo toma o lo deja”⁷⁰. Colombia y Perú han firmado y ratificado TLC con Estados Unidos, ambos vigentes hoy en día⁷¹.

Las disposiciones de propiedad intelectual incorporadas en los TLC con Estados Unidos no cuentan con las mismas características que las normas andinas, es decir, dichas disposiciones requieren pasar a través de un proceso de implementación a nivel interno en orden a convertirse en normas vinculantes al interior de los países contratantes. Sin embargo, debido a la redacción detallada del texto del tratado, al reducido ámbito de acción al momento de implementarlo que tiene la parte contratante, y al método legislativo de los países miembros, las disposiciones de propiedad intelectual incluidas en el TLC con Estados Unidos se convierten o se están convirtiendo en el texto final de las legislaciones nacionales⁷². Adicionalmente,

64. Cfr. CERDA SILVA, *supra* nota 34, at 458

65. *Ibid.*

66. Comunidad Andina de Naciones, Relaciones Comerciales con Terceros Países Decisión 598 Gaceta Oficial de la Comunidad Andina n.º 1092, art. 2 (a).

67. Cfr., CERDA SILVA, *supra* nota 34, at 458

68. *Id.*

69. Cfr., Instituto de Estudos Europeus de Macau. *Intellectual Property & Free Trade Agreements*. 215 (Christopher Heath & Anselm Kamperman Sanders. Eds, 2007)

70. Cfr., BRYAN MERCURIO, TRIPS-PLUS provisions in FTAs: Recent trends *disponible en SSRN*: <http://ssrn.com/abstract=947767> donde se describe la política internacional de Estados Unidos en materia de propiedad intelectual.

71. Cfr., United States-Peru Trade Promotion Agreement, U.S.-Perú, Abr. 12, 2006 *disponible en* <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>; United States-Colombia Trade Promotion Agreement, U.S.-Colom., Nov. 22, 2006, *disponible en* <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-fta/final-text>.

72. Cfr., P.L. 241/11, abril 4, 2011 (Colom.). *disponible en* <http://www.evaluamos.com/2006/PDF/Ponencia1erdebateSenado.pdf>. Este proyecto de ley buscaba implementar en Colombia la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet respecto de violaciones de derechos de autor y el procedimiento de “take-down” como lo manda el TLC. El proyecto transcribía casi de manera textual las disposiciones del TLC. No obstante, este proceso fue archivado y no se convirtió en ley de la nación; L.1520/12, abril 13 de 2012 (Colomb.). *disponible en* <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/>

debido a que la fuente de estas normas es un tratado internacional, cualquier modificación, sustitución o derogación que vaya en contra de lo establecido en el tratado ocasionará a los países contratantes un proceso de responsabilidad a nivel internacional por incumplimiento de las obligaciones de un tratado⁷³.

Los TLC entre Colombia y Estados Unidos y entre Perú y Estados Unidos contienen un capítulo de propiedad intelectual con disposiciones sobre derechos de autor. Dichas disposiciones son idénticas en ambos acuerdos⁷⁴ y se caracterizan por estar inspiradas bajo la tradición de *copyright* del derecho anglosajón, a diferencia de la Decisión 351 la cual se encuentra inspirada por la tradición continental. Esto significa que el derecho de autor se otorga como un reconocimiento a la inversión hecha en la producción de la obra⁷⁵, y como consecuencia la tradición anglosajona no otorga derechos morales al autor y no diferencia en el tratamiento entre derechos de autor y derechos conexos⁷⁶. Adicionalmente, dichos TLC abarcan materias relacionadas con derechos de autor y las nuevas tecnologías, como los candados digitales (*digital locks*)⁷⁷, la responsabilidad de los proveedores de servicio de internet⁷⁸, las reproducciones temporales⁷⁹, entre otras, las cuales no se encuentran en la Decisión 351. Es importante recalcar al respecto que, en caso de incumplimiento de las obligaciones de implementar dichas disposiciones del TLC, la parte infractora podrá ser encontrada responsable y verse sujeta a sanciones comerciales hasta que cese el incumplimiento⁸⁰.

ley152013042012.pdf. Este proyecto buscaba cumplir con algunas de las disposiciones de derecho de autor derivadas del TLC. Al igual que el proyecto de ley 241, este proyecto transcribía de manera casi textual las disposiciones del TLC, y aunque este se convirtió en ley de la nación, aquella fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional debido a vicios de procedimiento; Decreto Legislativo 1076 *disponible en* http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=9&JER=104, modificado por L. 29316, enero 13 2009 (Perú) *disponible en* <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5754>. Esta ley implementa algunas de las obligaciones del TLC, como sanciones criminales en caso de elusión de medidas tecnológicas de protección, jerarquía entre derechos de autor y derechos conexos, entre otros. El texto de la ley es muy similar al texto del TLC.

73. Cfr., TLC Perú-Estados Unidos, *supra* nota 79, at art.21.2; Colombia-US fta *supra* nota 72, at art. 21.2

74. Cfr., TLC Perú-Estados Unidos *supra* nota 72, at Cap. 16; TLC Colombia-Estados Unidos *supra* nota 72, at Cap. 16. Debido a que las disposiciones concernientes a derechos de autor y derechos conexos son idénticas en ambos TLC, de acá en adelante se harán referencia a estas como TLC con Estados Unidos.

75. Cfr., Pacón, *supra* nota 44, at 302, explicando que en la tradición anglosajona el *copyright* se otorga como una recompensa al autor en razón de la inversión hecha en la obra. De esta forma, proteger los intereses del autor no es tan importante como en el caso de la tradición continental.

76. Cfr., VEGA JARAMILLO, *supra* nota 52, at 22, donde se explica que dentro de la protección de *copyright* no se entiende como creación solo la obra creada por el autor, sino que se incluyen además otros trabajos como fonogramas y transmisiones de radio. Cfr., Estados Unidos-TLCS *supra* nota 72, at art. 16.7, afirmando que no debe establecerse jerarquía entre protección de derechos de autor y de derechos conexos.

77. Cfr. Estados Unidos-TLCS *supra* nota 72, at 16.7.3.

78. *Ibíd.* at art. 16.11.29.

79. *Ibíd.* at art. 16.5.2 and 16.5.2

80. Cfr. Estados Unidos-TLCS *supra* nota 72, at art. 21.2

Actualmente, Colombia se encuentra en proceso de implementar sus obligaciones derivadas del TLC, al paso que Perú ha implementado solo algunas de sus obligaciones, aunque el término para cumplir con estas ya ha expirado⁸¹.

IV. CONTRASTE ENTRE LA DECISIÓN 351 DE LA CAN Y LAS DISPOSICIONES DE LOS TLC CON ESTADOS UNIDOS

Como resultado de la coexistencia del régimen común de la CAN y del régimen de los TLC regulando cuestiones de derechos de autor y derechos conexos, las normas que gobiernan dichos asuntos al interior de Colombia y Perú provienen de tres diferentes fuentes. En primer lugar, se tienen las normas andinas, las cuales, como se mencionó anteriormente, deben prevalecer frente a cualquier norma interna o compromiso internacional. Segundo, se tienen las normas que se derivan de los TLC con Estados Unidos, las cuales no pueden ser modificadas o reemplazadas en forma contraria a lo dispuesto por los tratados sin incumplir el compromiso. Tercero, existen las normas internas producto del principio de complementariedad de la norma andina, las cuales no pueden contradecir u obstruir la aplicación de la norma andina⁸². La relación entre estas tres normas, derivadas de las diferentes fuentes, al interior del sistema jurídico de los países es jerárquica: de tal forma, en caso de conflicto entre estas la aplicación de la norma andina deberá prevalecer⁸³. Ahora bien, si el conflicto no envuelve la norma andina, sino las normas derivadas de los TLC con Estados Unidos y las normas internas producto del principio de complementariedad de la norma andina, los principios generales del derecho de especialidad o ley posterior deberán ser aplicados para solucionar dicha antinomia. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la norma que mantenga su validez no podrá ser contraria u obstruir la normatividad andina, so pena de incumplir las obligaciones al interior de la CAN⁸⁴.

De esta forma, como ya se mencionó, en caso de conflicto entre la norma andina y otra norma, la aplicación de la norma andina deberá prevalecer. No obstante, si Colombia y Perú no aplican tanto las normas andinas como las derivadas de los TLC con Estados Unidos se enfrentarán a posibles procesos de responsabilidad internacional en cualquiera de los dos casos, por incumplimiento de las obligaciones derivadas de tratados internacionales⁸⁵. Esta situación hace necesario analizar si las normas de la CAN y las normas establecidas por los TLC en mención pueden coexistir en el mismo sistema legal.

Cuando se comparan los textos de los TLC con Estados Unidos y el texto de la Decisión 351 se evidencia que ciertas normas de los TLC se encuentran en

81. Cfr., DL 1076 y L .29316 *supra* nota 73 y texto acompañante.

82. Cfr., Proceso13-IP-15 *supra* nota 26, respecto del principio de complementariedad)

83. Cfr., Proceso 190-IP-97 *supra* nota 21 y texto acompañante.

84. Cfr., Proceso13-IP-15 *supra* nota 26, sobre el principio de complementariedad.

85. Cfr., Estados Unidos-TLCs *supra* nota 72; Cfr. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *supra* nota 33 y texto acompañante.

concordancia con la Decisión 351 pero otras no. Tras una lectura general de ambos textos, las principales inconsistencias entre ellos se pueden clasificar en dos amplios temas: primero, la relación entre derechos de autor y derechos conexos; segundo, la protección de derechos de autor en las nuevas tecnologías. La primera inconsistencia se debe especialmente a las diferentes tradiciones que influyen en cada uno de los textos legales; la segunda, a la laguna jurídica de la Decisión 351 respecto a la regulación de derechos de autor en las nuevas tecnologías. A partir de estas dos distinciones la relación entre los dos textos jurídicos se puede agrupar en tres categorías: a) disposiciones que se superponen pero que son autorizadas por la Decisión 351; b) nuevas disposiciones no incluidas en la Decisión 351, y c) disposiciones que se superponen y que podrían contradecir la Decisión 351.

Disposiciones que se superponen pero que son autorizadas por la Decisión 351: esta clasificación hace referencia a aquellos asuntos que son regulados por ambos textos legales, pero que la Decisión 351 ha autorizado a los países miembros para promulgar disposiciones adicionales al respecto. Este es el caso de los derechos patrimoniales de autor. Los TLC con Estados Unidos obligan a otorgar a los autores derechos patrimoniales no consagrados en la Decisión 351: este es el caso del derecho de autorizar o prohibir la reproducción en cualquier manera o forma permanente o temporal, incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica de las obras⁸⁶, y del derecho de autorizar o prohibir la puesta a disposición de las obras⁸⁷. La Decisión 351, como se mencionó anteriormente, es la encargada de regular los derechos patrimoniales de autor otorgando a los autores el derecho de autorizar o prohibir la reproducción de sus obras, entre otros derechos. Aunque la Decisión no menciona la duración de la reproducción para que sea considerada reproducción, se ha entendido que debe ser permanente⁸⁸. De igual manera, la Decisión no otorga a los autores el derecho de autorizar o prohibir la puesta a disposición de sus obras.

Al ser dichos derechos regulados por ambos textos, estas disposiciones se superponen y se crea una fricción entre ambos textos jurídicos en la medida en que los TLC con Estados Unidos buscan otorgar mayores derechos a los autores que los ya otorgados por la Decisión.

No obstante, esta tensión se puede solucionar puesto que la Decisión 351 autoriza a los países miembros a promulgar mayores derechos que los ya otorgados mediante el uso del principio de complementariedad.

Nuevas disposiciones no incluidas en la Decisión 351: esta clasificación hace referencia a las cuestiones que no han sido reguladas por la Decisión 351, pero respecto de las cuales el texto de los TLC exige regulación. Este es el caso de cuestiones relacionadas con la protección de derechos de autor y nuevas tecnologías. De esta forma, los TLC requieren que se regule la responsabilidad de los proveedores de internet en

86. Cfr., Estados Unidos-TLCS *supra* nota 72, at art.16.6.2.

87. *Ibíd.* at, art.16.6.3.

88. Cfr., Decisión 351 *supra* nota 36, at art. 13 and 14

materia de violaciones de derechos de autor⁸⁹, medidas antielusión⁹⁰, protección de la información sobre gestión de derechos⁹¹. Esta materias no son abarcadas por la Decisión 351, y por consiguiente los países miembros se encuentran autorizados para regular al respecto haciendo uso del principio de complementariedad.

Disposiciones que se superponen y que podrían contradecir la Decisión 351: esta clasificación hace referencia a aquellos asuntos respecto de los cuales la Decisión 351 no ha autorizado a los países miembros a promulgar disposiciones adicionales. Este es el caso de algunas de las disposiciones relativas a los derechos conexos y a las definiciones de las palabras técnicas.

En materia de derechos conexos, los TLC exigen eliminar cualquier jerarquía existente entre derechos de autor y derechos conexos⁹². Adicionalmente, dichos tratados obligan a otorgar a los artistas, intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas el derecho de autorizar o prohibir la reproducción de sus obras en cualquier manera y forma, ya sea temporal o permanente⁹³; al igual que el derecho de autorizar o prohibir la puesta a disposición de sus obras⁹⁴ y a otorgar a los productores de fonogramas el derecho de comunicación pública sobre sus fonogramas⁹⁵.

La Decisión 351 es la encargada de regular los derechos conexos. Al referirse a la relación que debe existir entre derechos conexos y derechos de autor, la Decisión explícitamente establece una relación jerárquica entre ambos, al hacer prevalecer la protección de los derechos de autor⁹⁶. De igual manera, regula los derechos patrimoniales de los artistas, intérpretes y ejecutantes, y de los productores de fonogramas, otorgando a estos el derecho de reproducción sobre sus interpretaciones, ejecuciones o fonogramas. No obstante, al igual que en el caso de los derechos de autor, dicho derecho de reproducción se otorga sobre las reproducciones permanentes de las obras⁹⁷. Igualmente, la Decisión otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público⁹⁸ de sus obras, pero no así al productor de fonogramas como lo mandan los TLC⁹⁹.

En cuanto a las definiciones de las palabras técnicas, los TLC exigen establecer una definición de fijación, entre otras definiciones, que elimina el requisito de “incorporación en una base material”¹⁰⁰ como lo establece la Decisión 351^[101].

En esta categoría, la superposición de estos dos textos legales se evidencia en el hecho de que se presenta una contradicción de plano entre los dos textos, así como

89. Cfr., Estados Unidos-TLCS *supra* nota 72, , at 16.11.29

90. *Ibíd.* at art.16.7.3

91. *Ibíd.* at art. 16.7.5

92. *Ibíd.* at art.16.7.1

93. *Ibíd.* at art.16.7.1

94. *Ibíd.* at art. 16.6.6

95. *Ibíd.* at art.16.6.6.

96. Cfr., Decisión 351 *supra* nota 36, at art. 33

97. *Ibíd.* at art 14

98. *Ibíd.* at art. 33

99. *Ibíd.* at art 34

100. Cfr., Estados Unidos-TLCS *supra* nota 72, art.16.6.8

101. Cfr., Decisión 351 *supra* nota 36, art. 1

en la regulación más amplia que exigen los TLC. En el primer caso, respecto de la relación entre los derechos de autor y derechos conexos, y en el segundo, respecto de los derechos patrimoniales otorgados a los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas.

A diferencia del caso de los derechos patrimoniales de autor, la Decisión 351 no autoriza a los países miembros a promulgar mayores derechos que los establecidos en la Decisión. De esta forma, los países miembros no pueden hacer uso de la facultad complementaria para incluir los nuevos derechos que los TLC requieren. Esta posición ha sido sustentada por el TJCA cuando en diferentes ocasiones ha establecido que los países miembros no se encuentran autorizados para modificar, adicionar o sustraer aspectos de las normas andinas¹⁰². La razón de dicho mandato reside en la ausencia de ciertos aspectos dentro de la norma andina, que puede obedecer a una decisión deliberada de la CAN, y en caso de no ser deliberada, dicha laguna jurídica solo podrá ser solucionada por otra norma andina. De tal manera, la facultad complementaria de los países miembros solo aplica cuando no hay regulación alguna por parte de la CAN.

Adicionalmente, a diferencia de la Decisión 344, la Decisión 351 no dejó abierta para los países miembros la facultad de aumentar la protección de derechos de autor. De esta forma, Colombia y Perú no se encuentran autorizados por la Decisión 351 para crear nuevos derechos conexos o para adoptar definiciones más amplias.

La clasificación establecida anteriormente muestra la fricción que se presenta entre la normatividad andina y las disposiciones de los TLC, la cual debe ser resuelta para clarificar el marco legal aplicable buscando la manera de evitar enfrentarse a un proceso de responsabilidad a nivel internacional por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados. Las tensiones entre estos dos cuerpos normativos se pueden agrupar en dos: futuras y presentes. Las tensiones futuras se presentan en las primeras dos clasificaciones de este escrito, donde a simple vista pareciera que no existe conflicto entre ambos textos legales, lo cual puede ser acertado en este momento. Sin embargo, esta afirmación no es tan sencilla como parece. Dado que la CAN tiene la competencia *rationae materiae* para legislar sobre asuntos de derechos de autor y derechos conexos¹⁰³, esta se encuentra habilitada para actualizar el régimen común de derechos de autor y derechos conexos regulando la protección de los derechos de autor y derechos conexos en las nuevas tecnologías. De ser este el caso, sería un problema si las disposiciones que deben ser aplicadas por los países contratantes de los TLC no coinciden con lo mandado por la CAN.

La pregunta que surge en este momento es si la CAN, en caso de decidir actualizar el régimen común de derechos de autor, lo hará con base en la legislación promovida por Estados Unidos a través de los TLC. El TJCA ha establecido que el

102. Cfr., Proceso 10-IP-94 *supra* nota 22, explicando la facultad que expresamente el artículo 143 de la Decisión 344 otorga a los países miembros. Cfr., Proceso 34-AI-2001 *supra* nota 15 y texto acompañante.

103. Cfr., Acuerdo de Cartagena *supra* nota 1, art. 55; Cfr., Decisión 351 *supra* nota 36

sistema legal andino es independiente de cualquier otro compromiso o sistema internacional. Sin embargo, la CAN puede utilizar los estándares internacionales de protección al momento de promulgar el régimen común. De esta forma, teniendo en cuenta el estado actual del escenario internacional de protección de derechos de autor, donde Estados Unidos continúa con sus intentos de exportación de altos estándares de protección de derechos de autor a través de acuerdos bilaterales¹⁰⁴ y ahora multilaterales¹⁰⁵, no sería extraño que para el momento en que la CAN decida actualizar el régimen común los estándares internacionales de protección que la CAN decidiera seguir fueran los establecidos por Estados Unidos en los TLC. Sin embargo, cualesquiera que sean los estándares que la CAN decida seguir, en caso de que la Decisión 351 sea actualizada para incluir la regulación de nuevas tecnologías, Colombia y Perú tendrán que buscar una forma de armonizar ambos compromisos. Así pues, mientras la CAN decide regular la materia, los países miembros pueden legislar al respecto haciendo uso de la facultad complementaria, teniendo en cuenta que estas disposiciones serán válidas hasta que la CAN decida pronunciarse a respecto. Si las normas internas son contrarias a las que determine la CAN, estas tendrán que ser inaplicadas.

Las fricciones presentes se encuentran en el caso de la tercera clasificación de este texto, en donde se evidencia una antinomia entre ambas normas, que de ser resuelta puede infringir compromisos internacionales al causar el incumplimiento de las obligaciones de alguno de los dos tratados, y que adicionalmente crea inseguridad jurídica al interior de los países miembros. Así, es necesario encontrar una manera de solucionar esta antinomia sin generar el incumplimiento de los compromisos internacionales. Este artículo sugiere que, en orden a armonizar ambos textos normativos, los países miembros deben pedir a la CAN que modifique la Decisión 351, esto haciendo las disposiciones en conflicto sujetas a la facultad complementaria al interior de los países miembros¹⁰⁶; por consiguiente, los países miembros serían libres de promulgar derechos patrimoniales para los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas a los establecidos en la Decisión. En el caso de la relación entre derechos de autor y derechos conexos, los países miembros deben pedir a la CAN que elimine o vuelva dispositiva para los países miembros la obligación de introducir la prevalencia de los derechos de autor sobre los derechos conexos. Aunque este cambio permeará la tradición continental que ha caracteri-

104. Cfr., Office of the United States Trade representative, Free Trade Agreements available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>, enunciando todos los tratados bilaterales firmados por Estados Unidos.

105. Cfr., Trans-Pacific Partnership, Intellectual Property Rights Chapter, U.S leaked proposal Draft, (Feb 10, 2011) [hereinafter TPP] *disponible en* <http://keionline.org/sites/default/files/tpp-10feb2011-us-text-ipr-chapter.pdf> See Trans-Pacific Partnership, Intellectual Property Rights Chapter, U.S leaked proposal Draft, (Feb 10, 2011) [De acá en adelante TPP] *disponible en* <http://keionline.org/sites/default/files/tpp-10feb2011-us-text-ipr-chapter.pdf>

106. Esta solución fue adoptada en materia de propiedad industrial en razón de cumplir con los compromisos de los TLC con Estados Unidos. Dicha propuesta fue presentada por Perú. Cfr., Decisión 689 Agosto. 13, 2008 *disponible en* [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=223835].

zado la región con ciertos aspectos de la tradición anglosajona, se hace necesario para establecer un régimen jurídico claro y concordante con ambas obligaciones.

Este artículo sugiere la modificación de la Decisión 351 en los términos mencionados anteriormente, en lugar de actualizar la legislación con base en los parámetros sugeridos por los TLC con Estados Unidos. La razón para oponerse a una actualización en estos términos es que, de acogerse esta solución, todos los países de la CAN estarían obligados a implementar a nivel nacional las disposiciones mandadas por los TLC con Estados Unidos, cuya efectividad está abierta a mucha discusión.

Esta situación actual crea dificultades no sólo para Colombia y Perú, sino para toda la CAN. La falta de claridad en la legislación, la afectación al régimen común y los diferentes estándares de protección establecidos o a establecer en los países miembros crean barreras para el comercio y el intercambio cultural, informativo y educativo que el régimen común de derechos de autor y derechos conexos buscaba impulsar¹⁰⁷.

CONCLUSIÓN

La actual política internacional de Estados Unidos en materia de derechos de autor y derechos conexos, referente a aumentar los estándares de protección a través de tratados de libre comercio, ha creado problemas en el sistema legal de la Comunidad Andina de Naciones. Los países miembros de la CAN que también son parte contratante de los TLC con Estados Unidos afrontan una difícil situación al tratar de implementar las disposiciones que disponen dichos TLC; esto en razón a que la forma en que las disposiciones están redactadas y su especificidad no otorgan suficiente ámbito de implementación para que el país negociador pueda encuadrar las disposiciones dentro de su legislación. Como resultado se presenta una antinomia legal creada entre dos disposiciones legales provenientes de dos compromisos internacionales, en donde, sin importar cuál de ellas decida aplicar el país miembro, este deberá enfrentar un proceso de responsabilidad internacional respecto del (otro) compromiso incumplido. En términos legales, este conflicto puede ser resuelto aplicando el principio de la primacía, el cual caracteriza las normas andinas. Sin embargo, esta no es la mejor solución para la CAN y su política internacional. Este artículo sugiere a los países miembros pedirle a la CAN que modifique la Decisión 351 para hacerla una disposición abierta que les permita a los países miembros la implementación de las disposiciones de los TLC sin que se cree una antinomia. Esta situación es preferible a una actualización del régimen común de protección armonizando las normas andinas con aquellas requeridas por los TLC con Estados Unidos, pues de ser este el caso se crearían dificultades para los demás países miembros. Si este conflicto no es resuelto creará inseguridad jurídica y barreras para el comercio.

107. DAVID CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, *La Comunidad Andina y la Construcción del Vivir Bien en Medio de la Crisis Global*, 40 Años de Integración Andina 21 (1999) disponible en http://www.comunidadandina.org/public/revista_integracion_4.pdf, refiriéndose a la búsqueda de una integración donde la propiedad intelectual no se convierta en una barrera para el intercambio cultural, científico y tecnológico.

REFERENCIAS

TRATADOS INTERNACIONALES

- Acuerdo de Cartagena, 26 de mayo de 1969, modificado por el Protocolo de Trujillo.
- Trans-Pacific Partnership, Intellectual Property Rights Chapter, U.S. Leaked Proposal Draft, 10 de febrero de 2011.
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 28 de mayo de 1996, modificado por el Protocolo de Cochabamba.
- United States-Colombia Trade Promotion Agreement, 22 de noviembre de 2006.
- United States-Peru Trade Promotion Agreement, U.S.-Perú, 12 de abril de 2006.

DOCTRINA

- CERDA SILVA, ALBERTO J. *Copyright Convergence in the Andean Community of Nations*, 20 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 429 (2012).
- CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, DAVID. “La Comunidad Andina y la construcción del vivir bien en medio de la crisis global”, en *Revista de la Integración*, N° 4, “40 Años de Integración Andina”, 1999.
- ESPÍNDOLA SCARPETTA, CARLOS ALBERTO & DIANA LORENA HERRERA RODRIGUEZ, “El Sistema Jurídico Andino, ¿utopía o realidad jurídica?”, en *Criterio Jurídico*, vol. 8, N° 1, 2008, Cali.
- FUENTES FERNÁNDEZ, ALBERTO. *Contexto histórico y avances de la integración en la Comunidad Andina*, N° 13 *Revista Oasis* 177 (2008).
- Instituto de Estudos Europeus de Macau. *Intellectual Property & Free Trade Agreements*, 2007.
- MERCURIO, BRYAN. “TRIPS-PLUS provisions in FTAs: Recent trends”, disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=947767>].
- PACÓN, ANA MARÍA. “La protección del Derecho de Autor en la Comunidad Andina”, en *Derecho Comunitario Andino* 299, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- Secretaría de la Comunidad Andina, *28 años de Integración Andina*, 1998.
- TREMOLADA ÁLVAREZ, ERIC. “El Derecho Andino”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 57, 2006.
- VEGA JARAMILLO, ALFREDO. *Manual de Derecho de Autor*, Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

- Proceso 10-IP-94, GOAC [Gaceta Oficial de la Comunidad Andina], 177, 20 de abril de 1995.

Proceso 13-IP-15, GOAC 207, 29 de abril de 1996.
Proceso 155-IP-2011, GOAC 2092, 14 de septiembre de 2012.
Proceso 190-IP-97, GOAC 1614, 30 de abril de 2008.
Proceso 192-IP-2007, GOAC 1614, 30 de abril de 2008.
Proceso 34-AI-2001, GOAC 839, 25 de septiembre de 2002.
Proceso 7-AI-99, GOAC 520, 20 de diciembre de 1999.
Proceso 90-IP-2008, GOAC 1662, 9 de octubre de 2008.

COMUNIDAD ANDINA

Decisión 689 del 13 de agosto de 2008.
Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decisión 351, GOAC 145, 21 de diciembre de 1993.
Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión 344, GOAC 142, 29 de octubre de 1993.
Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión 486, GOAC 600, 19 de septiembre de 2000.
Relaciones Comerciales con Terceros Países, Decisión 598, GOAC 1092.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

Sección Tercera, rad. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281), M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

LEY COLOMBIANA

Ley 1520 del 13 de abril de 2012.
Proyecto de Ley 241 del 4 de abril de 2011.

LEY PERUANA

Ley 29316 del 13 de enero de 2009.
Decreto Legislativo 1076 de junio de 2008.