

SUSPENSIÓN DE OPERACIONES ADUANERAS POR CONFLICTOS DERIVADOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: ¿UN VERDADERO PROCESO CAUTELAR?

DANIEL MOLANO CAMACHO*

RESUMEN

El presente estudio busca analizar, en el contexto de las transacciones transfronterizas, la posible corroboración de un proceso de naturaleza cautelar en los eventos en los que se presente un conflicto relacionado con los derechos de propiedad intelectual. El estudio, a más de describir el proceso de suspensión provisional de operaciones aduaneras por violaciones de tales derechos, va sobre la naturaleza de este, haciendo énfasis en las facultades jurisdiccionales otorgadas a autoridades administrativas para el conocimiento de estos procesos judiciales. Todo con el objetivo de analizar, bajo el crisol de la normativa aplicable en materia de propiedad intelectual, la conveniencia de la previsión de este tipo de procedimientos.

Palabras clave: medidas cautelares, suspensión provisional, propiedad intelectual, operaciones de aduana, *copyright*.

SUSPENSION OF CUSTOMS OPERATIONS BY CONFLICTS DERIVED FROM THE RIGHTS OF INTELLECTUAL PROPERTY, A TRUE PRECAUTIONARY PROCESS?

ABSTRACT

The article tries to evaluate, within the framework of cross-border transactions, the eventual confirmation of an interim measure procedure in cases where, within the

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia y candidato a especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma Universidad. Abogado Asociado en CMS Rodríguez - Azuero para las áreas de Derecho Financiero & Bancario, Contratación Pública y *Compliance*. Contacto: molanodaniel@hotmail.com. Bogotá, D. C. (Colombia). Fecha de recepción: 20 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2019. Para citar el artículo: MOLANO CAMACHO, D. "Suspensión de operaciones aduaneras por conflictos derivados de los derechos de propiedad intelectual: ¿un verdadero proceso cautelar?", *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 27, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2019, pp.183-212. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n27.07>

mentioned operations, there could be a violation of the copyright and industrial property rights. The objective of the investigation, in addition to describing the dynamics of the procedure commented above, is on its nature, highlighting the faculties that have been given to the administration to do so. All with the aim of analyzing, under the crucible of the applicable regulations in the matter of intellectual property, the convenience of the prevision of this type of procedure.

Keywords: precautionary measures, provisional suspension, intellectual property, customs operations, copyright.

INTRODUCCIÓN

Asimilar y reconocer fenómenos y figuras que bajo la perspectiva tradicional del derecho son poco acostumbradas, es quizá uno de los principales retos que enfrenta la práctica jurídica nacional que, diversificando, como lo hace, el espectro y la génesis de aplicación del derecho, a través de prácticas tan contemporáneas como lo son el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, o el desarrollo de estas por particulares investidos transitoriamente de dicha función, se ha visto obstaculizada, o cuando menos, entorpecida en su sana praxis, en parte gracias a la ausencia de una verdadera reflexión sobre aquellas connotaciones que el derecho contemporáneo trae consigo.

Dicho acontecer es el que pretende ser estudiado en la presente oportunidad, en el que, conforme se desarrollará en párrafos subsiguientes, interesa ir sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas para ver, una vez dibujado el contexto y las condiciones sobre la cuales ha de desarrollarse esta última facultad, cómo las características que le son propias al proceso consagrado en los artículos 613 y siguientes del Decreto 390 de 2016 (también Estatuto Nacional Aduanero) apuntan o convergen en dirección del ejercicio de dichas funciones, y no ya en el corriente desarrollo de la actividad de policía administrativa que la respectiva entidad debería desarrollar por antonomasia.

En efecto, nos inclinamos a pensar que el pretérito proceso, aun cuando no fue concebido ni desarrollado como una hipótesis del ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, encuentra, o cuando menos, se identifica con no pocas características que le son propias a dichas atribuciones, frente a lo cual, a más de interrogarnos sobre las funciones en las que actúa la susodicha entidad, nos preguntamos si, conforme se verá más adelante, puede o no catalogarse el antedicho trámite como aquello que algunos sectores de la doctrina denominan “procesos cautelares”.

Para efecto de desarrollar el anterior análisis, se habrá de abordar varios puntos que, por su estrecha relación con el objetivo de este documento, se hace imperioso conocer y estudiar, todo con miras a evaluar, desde el punto sustancial y procesal, la relevancia y necesidad de la buena estructuración de un proceso como el referido.

LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Una de las novedades más considerables incluidas por el Constituyente de 1991, por lo menos, tratándose de la asignación de las competencias y funciones propias para el desarrollo de las finalidades del Estado, es la incorporada en el inciso 3 del artículo 116 de la Constitución, que reza:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

(...)

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. (...)

Así, por medio del pretérito inciso, cuyo tenor literal sonsacaba cualquiera otra interpretación posible que pudiere darse sobre este mismo, se concede la facultad, en teoría excepcional, de atribuir funciones jurisdiccionales en materias precisas a ciertas autoridades administrativas, siempre con el claro límite de no adelantar instrucción de sumarios ni de juzgar delitos. De manera que, parecería, salvo aquellas dos circunstancias precisas, la posibilidad de atribuir funciones jurisdiccionales se encuentra abierta a todo tipo de materias.

Sin embargo, no deja de ser problemático, en parte gracias a la desavenencia general que caracteriza tanto a nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la facultad consagrada en el inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Política Colombiana, en especial si se tiene presente que en la actualidad, debido en parte a la insatisfacción general de la población colombiana frente al Sistema Judicial¹, son cada vez más las autoridades a las que, paulatinamente, les han sido asignadas atribuciones para el ejercicio de dichas funciones.

Así, aun sin dejar de ser discutida tal circunstancia, en tanto y en cuanto, conforme a la teoría clásica de Estado, cuyo estandarte más arraigado se manifiesta en la división de los poderes del Estado, se muestra extravagante pensar cuáles entidades administrativas, por lo general identificadas con la Rama Ejecutiva del

¹ En el más reciente Informe del Latinobarómetro, que mide, entre otras, los niveles de satisfacción de los usuarios del sistema judicial, se reportó una satisfacción en tan solo el 32% de los encuestados frente al servicio prestado por la Rama Judicial en Colombia. Corporación Latinobarómetro. *Informe 2011*. 28 de octubre de 2011, Santiago de Chile, Chile. Tomado de http://www.infoamerica.org/primeral/lb_2011.pdf.

poder público, realizan labores que, de antaño, por lo menos en los sistemas de raigambre occidental, han correspondido al órgano judicial.

Empero, tal atribución a la que con tanto hincapié se ha hecho referencia, no es concedida en ningún caso de manera gratuita y, contrario a lo que podría pensarse, se encuentra sujeta a la instrucción rigurosa de determinados parámetros, cuya confluencia se hace imprescindible para el desarrollo constitucional de esta. Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional, que en Sentencia C-896 de 2012 estableció como requisitos para la asignación de dichas funciones, los siguientes:

(...) 5.3.1. Se encuentra constitucionalmente ordenado que sean disposiciones con fuerza de ley las que atribuyan funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas. Esta competencia legislativa, conforme al artículo 3 de la ley 1285 de 2009, comprende el señalamiento de las competencias, la determinación de las garantías al debido proceso y la fijación de todas las condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes.

5.3.2. Se encuentra constitucionalmente dispuesto que la atribución sea excepcional y precisa (artículo 116). Del carácter excepcional se sigue (i) un mandato de interpretación restrictiva de las normas que confieren este tipo de facultades y (ii) un mandato de definición precisa de las competencias y las autoridades encargadas de ejercerlas. De este mandato de definición precisa se deriva el deber del legislador de establecer competencias puntuales, fijas y ciertas. Adicionalmente y atendiendo lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 1285 de 2009 el carácter excepcional implica (iii) un mandato de asignación eficiente conforme al cual la atribución debe establecerse de manera tal que los asuntos sometidos al conocimiento de las autoridades administrativas puedan ser resueltos de manera adecuada y eficaz.

5.3.3. Se encuentra constitucionalmente prohibido de manera definitiva la asignación de competencias a autoridades administrativas para instruir sumarios o juzgar delitos.

5.3.4. Está constitucionalmente ordenado el aseguramiento de la imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas. Este mandato supone al menos las siguientes tres reglas:

(i) En el evento de que resulte posible diferenciar claramente y no exista riesgo alguno de interferencia entre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y el ejercicio de las funciones administrativas desarrolladas por la autoridad correspondiente -relacionadas con la materia objeto de juzgamiento-, la disposición que asigna las competencias jurisdiccionales será constitucionalmente admisible.

(ii) En el evento en que las funciones administrativas y jurisdiccionales se encuentren tan estrechamente ligadas que no sea posible diferenciar -o eliminar- el riesgo de inter-

ferencia en el ejercicio de unas y otras en la entidad administrativa correspondiente, la disposición que atribuye las funciones jurisdiccionales será inconstitucional.

(iii) En el evento en que las funciones administrativas y jurisdiccionales impliquen un riesgo de confusión o interferencia, pero sea posible, desde el punto de vista jurídico y práctico, superar tales riesgos de confusión o interferencia, la disposición que atribuye las funciones será constitucional bajo la condición de que se eliminen tales riesgos. (...)

Según lo anterior, se tiene que, en síntesis, son cuatro los requisitos fundamentales para que pueda llevarse a cabo la asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, a saber: (i) que se concedan por medio de disposiciones con fuerza de ley; (ii) que trate de una atribución excepcional y precisa; (iii) que no se conceda para instruir sumarios ni juzgar delitos; y (iv) que sea garantizada la imparcialidad e independencia de quienes en lo sucesivo ejercen las precitadas funciones.

Así, los anteriores requisitos se erigen como hoja de ruta para establecer si una determinada norma, indiferente del rótulo bajo el cual se enmarca, atribuye o no verdaderas funciones jurisdiccionales, cuales parecerían ser, *a priori*, las contenidas en los artículos 613 y siguientes del Decreto 390 de 2016.

En ese orden, y habiendo reconocido ya que la asignación de la que habla el artículo 116 de la Constitución, a más de requisitos, es extremadamente excepcional, y, en consecuencia, debe darse únicamente cuando la materia sobre la cual se va a asignar la susodicha función, sea de aquellas que con mejor ventura desarrolla y conoce la autoridad administrativa respectiva, es que podemos preguntarnos si, conforme se verá con posterioridad, el proceso establecido en el artículo 614 del Decreto 390 de 2016, consagrado para la protección de los derechos de propiedad intelectual en materia transfronteriza, se da o no en el marco del ejercicio de tales funciones, o si, por el contrario, se trata de un procedimiento de naturaleza distinta, cuyo trámite y reglamentación no se sujeta a los requisitos particulares del ya referido proceso jurisdiccional.

En este sentido, corresponde entonces conocer la norma y el procedimiento que regula el precitado decreto para luego analizar, conforme a lo que con posterioridad se diga sobre los denominados “procesos cautelares”, si dicha atribución concedida a la Dirección Seccional de Aduanas, en cada caso, corresponde o no a una función jurisdiccional de las que habla el artículo constitucional ya mencionado.

EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE OPERACIONES ADUANERAS DEL ARTÍCULO 614 DEL DECRETO 390 DE 2016

El capítulo I de título XVIII del Decreto 390 de 2016 regula, en materia de importación, exportación y tránsito de mercancías, la protección de la propiedad intelectual en las operaciones aduaneras que en el territorio nacional puedan llegar a tener ocurrencia.

Así, dicha regulación, y en particular el artículo 614 de esta, establece el procedimiento que, en el evento de presentarse una infracción a los derechos de propiedad intelectual, en el marco claro de una operación de importación, exportación o tránsito de mercancías, ha de seguirse siempre que medie una solicitud para tal propósito. En efecto, el tenor literal del artículo 613 del Decreto 390 de 2016, en cuyo inciso primero se dice:

Artículo 613. Facultades de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Previa solicitud, y conforme al procedimiento aquí previsto, la autoridad aduanera podrá suspender provisionalmente la importación, exportación o tránsito de mercancías supuestamente piratas o de marca falsa, mientras la autoridad competente resuelve sobre la existencia o no de tal circunstancia. (...)

Parece entonces indicar que, únicamente hay lugar a adelantar el proceso que en el artículo inmediatamente siguiente se regula y, en consecuencia, suspender las operaciones aduaneras realizadas sobre los productos respectivos, siempre que medie una solicitud realizada por quien, al presentarla, acredite cuando menos de manera sumaria el derecho de propiedad intelectual del que goza, que, por obvias razones, tendrá que guardar relación con los productos cuya circulación se suspende.

En ese orden, y sabiendo ya que los motivos y el conducto por el cual se da inicio al procedimiento respectivo, se hace necesario conocer el contenido del artículo 614 que reza:

Artículo 614. Solicitud de suspensión de la operación de importación o exportación. El titular de un derecho de propiedad intelectual vinculado a mercancías objeto de importación o exportación puede solicitar a la Dirección Seccional de Aduanas la suspensión provisional de dicha operación, mientras la autoridad judicial competente resuelve la denuncia o demanda que el titular deberá presentar por la supuesta condición de piratas o de marca falsa. En caso de establecerse esta condición no procederá el levante, o la autorización de embarque de las mercancías, según el caso.

La suspensión de la operación aduanera también podrá ordenarla directamente la autoridad competente, como medida cautelar y mientras resuelve el fondo del asunto.

De la solicitud de suspensión conocerá la División de Gestión de la Operación Aduanera, o dependencia que haga sus veces, de la Dirección Seccional de Aduanas donde se tramita la importación o la exportación.

No se podrán someter al régimen de tránsito o al de depósito aduanero, las mercancías objeto de una solicitud de suspensión provisional. En tal evento, las mercancías se enviarán a depósito temporal, para que se surta el procedimiento previsto en este capítulo.

El texto del artículo es claro y muestra, cómo en caso de presentarse vestigios, porque no son más², que parezcan indicar la presunta violación de derechos de propiedad intelectual vinculados a las mercancías que son objeto de importación o exportación, puede el titular de estos solicitar a la Dirección Seccional de Aduanas, que sea suspendida de manera provisional la importación o exportación de aquellas para que, mientras se resuelve el conflicto frente a la autoridad judicial competente³, las mercancías permanezcan en un lugar determinado.

Por otra parte, los artículos subsiguientes, esto es, aquellos comprendidos del 614 al 619, establecen los requisitos propios del procedimiento, que como se verá más adelante, parecen coincidir con aquellos que algunos sectores de la doctrina atribuyen a lo que se podría denominar como un prototípico proceso cautelar, en especial si se tiene que el trámite se inicia y se agota, como se verá a continuación, con esclarecimiento respecto de la procedencia o no de una medida cautelar⁴.

Ciertamente, el procedimiento establecido en dicha regulación, permite ser desagregado o dividido en varias etapas, que en su orden se pueden agrupar en: (i) la solicitud de suspensión; (ii) el trámite de la solicitud; (iii) los efectos de esta cuando se trata de mercancías perecederas; y (iv) la intervención de la autoridad competente.

Así, corresponde entonces, con ánimo de dar claridad sobre el procedimiento que se adelanta ante la respectiva Autoridad Seccional Aduanera en el evento de presentarse la hipótesis antedicha, desarrollar, cuando menos de forma breve, el contenido de los anteriores numerales.

2 El artículo, a nuestro juicio, es vago en el sentido de indicar cuándo, o bajo qué circunstancias es procedente llevar a cabo la respectiva intervención. En efecto, la norma, al incorporar un rótulo tan amplio, cual es la “supuesta condición de piratas o de marca falsa”, permite que el espectro bajo el cual se pueda presentar la susodicha suspensión sea más amplio de lo que, por sentido común, habría de comprender.

3 En Colombia la solución de controversias relacionadas con la propiedad intelectual, en virtud del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), es, a grandes rasgos, en materia de derechos de autor: la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Y en el marco de propiedad industrial: la Superintendencia de Industria y Comercio.

4 Nos valemos de dos definiciones del concepto de medida cautelar que, por ser ambas de ilustrativas, sirven para el cabal entendimiento de la figura estudiada. La primera de ellas es tomada del profesor Hernán Fabio López Blanco, quien define las medidas cautelares como: “(...) providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada”. LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones del derecho procesal civil colombiano, tomo 1*. Sexta edición (Bogotá, Colombia: ABC, 1993), 831. Y la segunda de ellas, dada por la profesora Marcela Rodríguez Mejía, quien, con el mismo propósito, pero con un alcance más restringido, las define como “(...) todas las medidas que aseguraran la materialización de la sentencia $\frac{3}{4}$ que necesariamente sería de condena $\frac{3}{4}$, pero no supusieran la ejecución anticipada de la misma”. RODRÍGUEZ MEJÍA, MARCELA. *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Primera edición (Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2013), 56.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN

En efecto, como fue establecido en párrafos anteriores, en específico cuando se hizo mención al artículo 614 del Decreto 390 de 2016, el procedimiento de suspensión de las operaciones aduaneras, cuando se adelanta por motivo de una infracción de derechos de propiedad intelectual, inicia con la presentación de una solicitud por parte del titular⁵ de tales derechos, quien, dirigiendo una misiva⁶ a la División de Gestión de Operaciones de la Dirección Seccional de Aduanas, o a quien en cada caso haga sus veces, solicita, mientras se esclarece la titularidad de los derechos de propiedad intelectual frente a las autoridades judiciales competentes, se suspendan las operaciones aduaneras sobre las mercancías cuyas características presuntamente violan los mencionados derechos.

Así mismo, una vez presentada la solicitud, y verificados los requisitos que aquella debe reunir, se producirán una serie de efectos que, llamados a conjurar de manera temporal los posibles efectos nocivos de la presunta infracción, se asemejan de manera exagerada a aquellos que por antonomasia se producen por virtud de la imposición de una medida cautelar, los cuales son los de suspender y depositar los bienes objeto de la medida, durante el tiempo que demore la discusión sobre los derechos cuyo alcance se refleja sobre los respectivos bienes.

5 El artículo 615 del Decreto 390 de 2016 faculta también a los representantes legales, cuando el titular de los derechos es una persona jurídica, a las federaciones o asociaciones facultadas para representar al titular, y al apoderado de este, a que presenten la respectiva solicitud.

6 Los requisitos de la solicitud se encuentran contenidos en el artículo 615 del Decreto 390 de 2016, que reza: “Artículo 615. Contenido de la solicitud. La solicitud deberá presentarse personalmente por el titular del derecho, la federación o asociación facultada para representarlo, o el representante legal o apoderado, debidamente constituido. En ella deberá suministrarse la siguiente información:

1. Nombre completo, identificación y dirección de residencia del titular del derecho de propiedad intelectual.
2. Nombre o razón social y dirección de quien en el país esté autorizado o con licencia para disfrutar del derecho de propiedad intelectual.
3. Identificación de su derecho de propiedad intelectual y de los hechos en los que hace consistir la violación del mismo. De ser posible se identificará a los presuntos responsables. Tratándose de marca se indicará el número de certificado de registro.
4. Indicación del lugar donde se edita, graba, imprime o, en general, produce la mercancía genuina; la identidad del fabricante, su dirección y demás medios de comunicación que conozca.
5. Descripción detallada de las mercancías auténticas.
6. Si fuere posible, la descripción de las mercancías supuestamente piratas o de marca falsa, objeto de la solicitud e indicación del lugar de su ubicación.
7. Si lo considerare necesario y no lo hubiere hecho previamente, la petición de autorización para examinar la mercancía. Anexos. A la solicitud se anexarán los siguientes documentos: 1. Copia del registro, título o documento que lo acredita como titular del derecho, en los eventos en que este fuere legalmente necesario para constituir el derecho. 2. El poder o documento que acredita la calidad con que se actúa, si fuere el caso. 3. Si ya se hubiere promovido ante la autoridad competente el proceso sobre violación de los derechos de propiedad intelectual, también se anexará copia de la denuncia o demanda correspondiente. 4. La evidencia, si se tiene, que demuestre la existencia de la infracción del derecho. Parágrafo. La solicitud no requerirá de presentación personal cuando quien la suscribe aparece inscrito en el directorio de titulares, en cuyo caso podrá enviarla por fax. En este evento tampoco se requerirán los anexos 1 y 2, a menos que hubieren sufrido modificaciones”.

En efecto, una vez recibida la solicitud, su mera presentación conlleva la producción de tres efectos, a saber: (i) la suspensión del término de almacenamiento y del levante o autorización de embarque, según el caso; (ii) la imposibilidad de obtener la entrega directa de la mercancía, para lo cual se ordena traslado de esta a un depósito temporal. Medida que se adoptará en relación con las mercancías que se pretendan someter a los regímenes de exportación, depósito aduanero o de tránsito; y (iii) el hacer que las mercancías sometidas al régimen de depósito aduanero que se pretenden someter a un régimen de importación o exportación permanezcan dentro del mismo depósito.

EL TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN

No obstante, a pesar de producirse los anteriores efectos, que como se ha visto tienen lugar con la mera presentación de la solicitud, en lo que sigue, esto es, el trámite de aquella, se deberá adelantar un proceso que, en tanto tal, habrá de surtirse con el lleno de los requisitos, que como corolarios propios del principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política colombiana, imponen el seguimiento de unos parámetros mínimos de índole procesal.

En consecuencia, lo que seguirá al proceso, que como ya podrá haber apreciado el acucioso lector, se limita a establecer si procede o no la medida de suspensión, será el trámite de la solicitud, para cuya ilustración se hace pertinente el artículo 617 del precitado estatuto que reza:

Artículo 617. Trámite de la solicitud. La Administración de Aduanas admitirá o rechazará la solicitud mediante auto, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su presentación. El auto admisorio ordenará:

1. La suspensión de la operación aduanera.
2. La constitución de una garantía de compañía de seguros, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor FOB de la mercancía, para garantizar los perjuicios que eventualmente se causen al importador o exportador, sin perjuicio de la responsabilidad de otro orden. En toda garantía habrá renuncia expresa al beneficio de excusión. No habrá lugar a constituir la garantía si la suspensión de la operación aduanera proviene de la autoridad competente.
3. La comunicación al depósito sobre la suspensión de la operación aduanera.
4. La autorización al peticionario para examinar la mercancía, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Esta diligencia se cumplirá en presencia de la autoridad aduanera y los costos estarán a cargo del peticionario. A juicio de la Aduana podrá retirarse una muestra de la mercancía, cuando se requiera de un mayor experticio.

El auto que resuelva la solicitud se notificará personalmente o por correo, tanto al peticionario como al importador, exportador o declarante, y contra este sólo procederá el recurso de reposición.

De todo aquello se sigue que, una vez presentada la solicitud, cuyo traslado a quien afecta queda en duda, pues no dice la norma si una vez presentada esta se ha de correr traslado de aquella a quien se ve afectado por la medida, se procederá de la forma en que indica el artículo precitado. Según esto, por medio de auto que solo admite recurso de reposición, se ordena la suspensión de la operación aduanera, se exige la constitución de una garantía de compañía de seguros cuyo monto corresponderá al 20% del valor del FOB, se comunica al depósito sobre la suspensión de la operación, y se ordena a quien realiza la solicitud a que en los cinco días hábiles siguientes examine la mercancía, por medio de diligencia a la que acudirá la autoridad aduanera correspondiente, y en la que se podrá, de ser necesario un mayor expertico, retirar una muestra de la mercancía.

En suma, el pretérito artículo, por lacónico que pueda parecer, establece un verdadero trámite procesal, por conducto del cual, una vez presentada la susodicha solicitud, se agotan una serie de pasos, a cuya terminación se sabrá, en cada caso, si procede o no la suspensión de la operación aduanera.

Sin embargo, tal proceder se ha de verificar tal cual es consignado en la norma, estrictamente en aquellos eventos donde las mercancías sobre las cuales reposa la medida son de carácter no perecedero, pues de ser esta última su naturaleza, el proceder de la suspensión revestirá un matiz, que como se examinará a continuación, impone una mayor carga sobre quien funge como beneficiario de la medida.

EL TRÁMITE EN TRATÁNDOSE DE MERCANCÍAS PERECEDERAS

En efecto, se muestra lógico proveer de un tratamiento diferente a la medida de suspensión cuando esta se explaya sobre mercancías perecederas, y es que, en tal caso, como bien lo regula el legislador, debe suministrarse una alternativa frente a la imposición de la medida de suspensión para que, en el evento tal que la autoridad competente dirima el conflicto en favor de quien se ve afectado por esta, pueda este último aminorar los efectos nocivos de su imposición, y así también seguir con el desarrollo de su actividad empresarial.

En tal tenor, el artículo 618 del precitado estatuto, contempla la posibilidad para que, siempre que medie solicitud del usuario⁷, se impida la suspensión de la operación aduanera y pueda este seguir con la respectiva importación, exportación o tránsito de mercancías. Empero, tal solicitud estará condicionada a la constitución

⁷ Habrá de entenderse como usuario, conforme al inciso 2 del numeral 2 del artículo 33 del Decreto 390 de 2016, todo obligado aduanero directo, que de acuerdo a las voces del numeral 1 del artículo precitado, son todos los importadores, los exportadores, los declarantes de un régimen aduanero y los operadores de comercio exterior.

de una garantía bancaria o de compañía de seguros, cuyo valor tendrá que cubrir, cuando menos, al 100% del valor del FOB.

Así, tan importante regulación, estudiada en esta oportunidad para catalogarla, como en efecto se hará más adelante con extensión, como una contra cautela⁸, se presenta como una suerte de contención, o si se quiere, solución, frente a los efectos nocivos que puede acarrear la suspensión de una medida que, por demás, toca con intereses económicamente tan sensibles, como lo son los propios de una operación de comercio transfronteriza.

LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

En complemento de lo anterior, establece el artículo 619 del estatuto referido, el orden que ha de seguirse una vez se ha presentado la respectiva solicitud. Así, bajo las voces de aquel texto normativo, el solicitante, esto es, quien manifiesta tener derechos protegidos por el régimen de propiedad intelectual sobre aquellas mercancías cuyo tránsito se procura suspender, deberá, en los diez días siguientes al auto que admite la solicitud, presentar ante la Dirección Seccional de Aduanas: (i) la garantía de la que habla el artículo 617, o de ser el caso, la regulada en el 618 del Decreto 390 de 2016; y (ii) la copia de la demanda o denuncia con que promovió el correspondiente proceso ante la autoridad judicial competente.

Como es natural, son varias las opciones que pueden presentarse una vez la autoridad competente ha dirimido el conflicto referente a los derechos de propiedad intelectual. La primera de ellas, como se reconoce de la simple lectura del articulado, y como es también lógico en el curso normal de todo proceso, es que la decisión proferida por la autoridad competente acoja las pretensiones de quien acude el proceso para la protección de los derechos de propiedad intelectual, y paralelo a ello adelanta el trámite al que acá se ha referido. En tal caso, el proceder de la autoridad aduanera, esto es la Dirección Seccional de Aduanas, o quien hiciera sus veces, rechazará el levantamiento de la medida impuesta, y procederá, salvo que pese el decomiso sobre la mercancía, a ponerla en disposición de la autoridad competente para la resolución de la controversia de los derechos de propiedad intelectual.

Por el contrario, puede acontecer que la decisión de la autoridad que resuelve sobre la presunta infracción de derechos de autor, en lugar de acoger las pretensiones del demandante, determine que estas no son procedentes. Ello puede ocurrir bien porque las mercancías no se encuentran protegidas por el régimen de propiedad intelectual, bien porque no se probó la protección pudiendo existirla, o bien porque

⁸ La importancia de catalogar una actuación procesal como un contra cautela, muestra especial significación en el presente documento, en la medida en que, si se corrobora que la susodicha actuación cuenta con los caracteres que le son propios a aquella, se tendrá tal circunstancia como un indicativo adicional de que, en efecto, el proceso que se estudia en ésta oportunidad es un proceso cautelar, y más que eso, un procedimiento cuya realización de efectúa en el marco del ejercicio de funciones jurisdiccionales.

se hubiere corroborado cualquier otra circunstancia que hiciera imposible acceder a las súplicas de la demanda. En tal evento, las mercancías, que como se ha dicho permanecen retenidas en depósito o zona franca a disposición de la aduana hasta el momento en el que se resuelva la controversia, deberán ser liberadas y entregadas a aquel a quien fueron sustraídas para que, en desarrollo de su actividad, continúe con la respectiva operación aduanera correspondiente.

Sin embargo, los efectos de la decisión de la autoridad competente para dirimir el conflicto relacionado con los derechos de propiedad intelectual no se agota allí, pues aun cuando se tiene que se han liberado las respectivas mercancías, se observa también que quien hubiere padecido las consecuencias negativas de la solicitud, cual es el comerciante cuyas mercancías son retenidas, podrá este último, por virtud de inciso 4 del artículo 619 del Decreto 390 de 2016, hacer efectiva la garantía que se constituyó en su momento a favor del afectado.

Así, no sin antes llamar la atención sobre la forma en la que se pronuncia la Aduana en este trámite, esto es, mediante autos, propios estos últimos de los procesos jurisdiccionales y no administrativos, que podremos desarrollar el tema atinente a los procesos cautelares en Colombia que, como se verá, cuentan con unas características, cuando menos, muy similares a las que presenta el proceso estudiado en párrafos anteriores.

LOS PROCESOS CAUTELARES EN COLOMBIA

La discusión acerca de la clasificación de los procesos, tanto en el marco legal como en el conceptual, ha sido de antaño prolífica y arto discutida. En efecto, la doctrina, y así también la jurisprudencia, se ha decantado en clasificar los procesos en Colombia, de acuerdo con el contenido de la pretensión, en: (i) declarativos, (ii) ejecutivos, (iii) de liquidación, (iv) de jurisdicción voluntaria, y (v) arbitrales⁹.

En tal tenor, ciertos sectores de la doctrina, por decir lo menos, vanguardistas en el desarrollo teórico-procesal en el derecho colombiano, han identificado, a partir de un proceso inductivo, cuya premisa se asienta en la existencia de procesos cuya pretensión principal se satisface y agota con el decreto y práctica de una medida cautelar, lo que podría denominarse un proceso cautelar¹⁰. En efecto, importantes sectores de la academia consideran que aquellos procesos en los que la pretensión principal se satisface plenamente con la imposición de una medida cautelar son procedimientos que, con motivo de tal circunstancia, han de catalogarse como procesos cautelares.

Así, posiciones tan autorizadas como la del profesor Devis Echandía¹¹, quien propone la existencia de procesos cautelares en dos vertientes, una primera con-

9 BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Sexta edición (Bogotá, D. C., Colombia: Temis, 2016), 2-4.

10 *Ibíd.*, p. 4.

11 El profesor Devis Echandía define los procesos cautelares como aquellos procesos

servativa, dirigida como su nombre lo indica a impedir la modificación de una situación preexistente, verbigracia, las acogidas en los procesos posesorios y policivos, y una segunda innovativa, encaminada, no ya a conservar el *statu quo* de una situación existente *ex ante*, sino a producir un cambio provisional en tal situación o anticipar un proveimiento, establecen la existencia de procesos cautelares que, aun cuando difieren en ciertos aspectos, convergen en la idea general según la cual el proceso mismo tiene como objetivo final la imposición de una medida cautelar.

En tal tenor, nos valemos de la definición de procesos cautelares planteada por el profesor Bejarano Guzmán, que al definir los procesos cautelares como aquellos en los cuales la pretensión va encaminada al decreto y práctica de una medida cautelar¹², nos permite concluir que siempre que se adelante una actuación procesal, cuya pretensión principal se consuma en el decreto y práctica de dicho tipo de medidas, se está en la presencia de un proceso cautelar.

En efecto, tal característica, común, incluso de manera intrínseca a ambas definiciones, es la que, para efectos del análisis que sigue, se erige como parámetro principal para establecer si un proceso es, conforme a lo visto, un verdadero proceso cautelar.

EL PROCESO DE LOS ARTÍCULOS 614 Y SIGUIENTES DEL DECRETO 390 DE 2016 COMO UN APARENTE PROCESO CAUTELAR

Acotado lo anterior, surge la pregunta, por demás poco caprichosa, sobre la naturaleza que se puede irrogar al proceso regulado en los artículos 614 y siguientes del Decreto 390 de 2016, por medio del cual se establece la regulación aduanera nacional. Ciertamente, llaman la atención ciertos particulares del proceso ya estudiado que, por guardar casi que idéntica correspondencia con aquellos que en el presente documento se han anunciado como propios de los procesos cautelares, parecen conducirnos a pensar que el antedicho proceso es, por lo menos en apariencia, un proceso cautelar.

Ahora, si bien es cierto que tal premisa deviene inane si no hay soporte argumentativo alguno sobre el cual pueda cimentarse, no es menos cierto que basta con un simple cotejo entre lo dicho con anterioridad sobre el proceso de suspensión de operaciones aduaneras por infracción a derechos de propiedad intelectual, y lo mencionado respecto a los procesos cautelares, para concluir que, el primero, esto es el proceso regulado en el Decreto 390 de 2016, armoniza de manera casi que perfecta con la definición transcrita de proceso cautelar, pues como se evidenció, el objetivo del solicitante, y así también el trámite adelantado ante la autoridad aduanera, se restringe y agota en el decreto y práctica de una medida cautelar,

que tienen por objetivo prevenir daños que el litigio pueda acarrear. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal*, tomo 1, *Teoría general del proceso*. Segunda edición (Bogotá, Colombia: ABC, 1972), 134.

12 Op. cit. Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, p. 4.

cual es la suspensión de las operaciones aduaneras de exportación, importación y tránsito de mercancías.

En ese orden, basta con verificar la estructura del proceso consagrado en la legislación aduanera nacional para constatar que, a pesar de no ser rotulado expresamente de tal manera, el antedicho trámite es en efecto un proceso cautelar. Así, si ausculta la finalidad de la respectiva actuación, se habrá de llegar a la ineludible conclusión, según la cual, la solicitud y el proceder que a partir de ella adopta la autoridad aduanera va encaminado exclusivamente a la imposición de una cautela.

No obstante, es necesario preguntarse si el proceso cautelar transcrito se desarrolla en el marco del ejercicio de funciones jurisdiccionales, o si, por el contrario, se trata de un trámite netamente administrativo, cuya naturaleza, a pesar de parecer jurisdiccional, es netamente administrativa.

En tal sentido, hemos de precisar que, a nuestro juicio, el proceso cuyo andamiaje viene siendo estudiado, es verdaderamente un proceso jurisdiccional. En efecto, muestra de ello, se constituyen, no solo la facultad casi que irrestricta de la autoridad aduanera para imponer medidas cautelares, sino también el conducto a través del cual se llevan a cabo los pronunciamientos de esta que, iterase, son rotulados como autos¹³. De tal suerte que, si se aprecia con cuidado la respectiva actuación, se podrá percibir que aquella se conduce como un proceso jurisdiccional, en el que, frente a una demanda o solicitud, se adelanta un trámite que tiene por objeto desarrollar las funciones que son propias de la jurisdicción, cuales son la imposición de medidas cautelares, o la locución de autos.

Dicho esto, y entendiendo que el procedimiento consagrado en el estatuto ya mencionado reviste características que por antonomasia corresponden a la jurisdicción, hemos de preguntarnos: ¿tiene la autoridad aduanera correspondiente una ley que la habilite para obrar en ejercicio de funciones jurisdiccionales?, y, si es tal el caso, ¿existe un verdadero motivo que justifique la atribución de tales funciones a dichas autoridades?

La formulación de tales interrogantes en el contexto jurídico actual nos lleva a pensar que, si se atiende a la legislación actual vigente, no parece identificarse ley o decreto con fuerza equivalente que habilite de manera expresa a las autoridades seccionales, a las que ya se ha hecho referencia párrafos anteriores, a desarrollar la respectiva actividad jurisdiccional. Así, si bien es cierto que a la Dirección Nacional de Aduanas Nacionales (DIAN), equivalente al nivel nacional de las autoridades mencionadas, le han sido atribuidas ciertas funciones jurisdiccionales, como son aquellas relacionadas con la posibilidad de adelantar procedimientos de cobro coactivo, tratándose de materias de su competencia, lo cierto es que, por lo menos al nivel en el que se adelanta el proceso de suspensión de medidas

13 Sobre los autos como providencias judiciales, véase: ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *Lecciones de derecho procesal*, tomo II, Procedimiento Civil. Quinta edición (Bogotá, D. C., Colombia: Esaju, 2013), 275 y 276.

aduanera, no parece haber norma habilitante alguna que dé cabida al ejercicio de tan importantes funciones.

Ahora, la problemática señalada se encuentra abierta a discusión. Si bien es cierto que *a priori* no se identifica norma habilitante alguna en el ordenamiento jurídico nacional para llevar a cabo el ejercicio de tales funciones jurisdiccionales, lo cierto es que no faltan motivos para irrogar dichas atribuciones a las autoridades aduaneras. En especial, si tenemos presente que, en el marco colombiano, el desconocimiento de los jueces en materia aduanera, en parte gracias a la restricción de muchas de aquellas competencias al procedimiento administrativo, es mayúscula.

En definitiva, nos aventuramos a decir que, muy a pesar del esfuerzo desarrollado por la administración para regular las controversias suscitadas en materia aduanera, dicho esfuerzo resultó, a nuestro juicio, inane, y por decir lo menos, contrario a los corolarios propios e imperativos para llevar a cabo la asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas. Así, creemos que, si bien es cierto que el proceso contemplado en la normativa precitada se erige como un prototípico de proceso cautelar, lo cierto es que, a pesar de estar abierta la discusión, el vehículo por medio del cual se asignaron dichas funciones, no corresponde a los postulados que tanto la Constitución como la Corte Constitucional han desarrollado para tal respecto.

COMPETENCIAS JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN ASUNTOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El desarrollo de competencias jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas, para los asuntos relacionados de manera directa con la propiedad intelectual, es, al igual que en los demás ámbitos donde se reconocen competencias de tal carácter por autoridades de tan particular orden, con algún acierto restrictivo.

En efecto, la problemática, y aún más, la discusión sobre la posible configuración de un proceso de naturaleza cautelar en el escenario de las transacciones comerciales en la aduana, lleva a preguntarse si la medida que viene a ser comentada hasta el momento debería, por tratarse de un proceso cautelar, ser adelantado ante la autoridad administrativa con funciones asignadas, específicamente para tales fines, o ya, por el juez ordinario competente en función de los criterios ya de antaño, contenidos en los artículos 15 y siguientes del Código General del Proceso.

Así, a este punto se hace inevitable preguntarse: ¿tienen los procesos cautelares naturaleza jurisdiccional?, ¿pueden ser adelantados por las autoridades administrativas investidas para conocer procesos de conocimiento para las materias de su competencia?, ¿sería el procedimiento del artículo 613 y siguientes del Decreto 390 de 2016 un proceso cautelar diferente al proceso declarativo verbal o verbal sumario adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio o la Dirección Nacional de Derechos de Autor?

NATURALEZA DE LOS PROCESOS CAUTELARES

Establecido el proceso cautelar como aquel cuyo objeto principal se agota en el decreto y práctica de una medida cautelar, se hace preciso estudiar, así sea brevemente, la naturaleza que a partir de su objeto se le imprime al proceso en comento.

Para tal propósito, resultan ilustrativos algunos fallos de la Corte Constitucional colombiana que, en reiterada jurisprudencia y a propósito de su definición, ha calificado las medidas cautelares como: “(...) actuaciones de carácter judicial, propias de un proceso”¹⁴. En efecto, las medidas cautelares, por la limitación propia a las facultades jurídicas que de suyo comportan para quienes fungen como parte pasiva de su decreto y práctica, revisten el carácter de actuaciones de naturaleza judicial, es decir, de competencia exclusiva de quienes tienen funciones jurisdiccionales o judiciales, bien sea jueces propiamente dichos, o bien autoridades administrativas que por expreso mandato de la ley, en desarrollo de la Constitución, se encuentran investidas de tales facultades.

Así, los procesos cautelares, que como se ha advertido persiguen el objetivo antedicho, precisamente por englobar una actuación que de suyo se restringe al marco de lo jurisdiccional son y deberán ser siempre que se siga la lectura anterior, procesos de naturaleza jurisdiccional. De suerte que parecería extraerse de la lectura de las normas y de las decisiones de la Corte Constitucional que solamente el juez o la autoridad administrativa, investida para el conocimiento de causas bajo el velo jurisdiccional, son competentes para llevar a cabo este tipo de procesos, claro está que con la restricción material que por la especialidad de la facultad otorgada se rigen.

COMPETENCIAS DE LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES PARA EL DECRETO Y PRÁCTICA DE MEDIDAS CAUTELARES

Las competencias jurisdiccionales desarrolladas por autoridades administrativas en materia de propiedad intelectual en Colombia, vienen dadas principalmente por dos normas generales, ambas contenidas en el Código General del Proceso.

Así, el numeral 3 del artículo 24 del Código General del Proceso, en sus literales a) y b), consciente de la especialidad que puede llegar a implicar el dirimir una controversia, cuyo objeto principal sea la discusión sobre aspectos relacionados con la propiedad intelectual, estableció que para los eventos relacionados con infracciones a derechos derivados de la propiedad industrial, por supuesto a prevención con el juez natural, la autoridad competente sería la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), en específico, por medio de su Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. De igual manera, y con el mismo ánimo, el articulado

¹⁴ Véase Corte Constitucional, Sentencias T-206 de 2017, T-172 de 2016, así como C-370 de 2004, aclarando que, si bien esta última es anterior a la expedición del Código General del Proceso, guarda en buena medida el concepto general de medida cautelar.

dispuso que para los conflictos donde el objeto versase sobre derechos de autor y sus derechos conexos, el competente sería la Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante DNDA), en su Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales.

Como era lógico, las competencias mencionadas debían ser objeto de unas reglas complementarias que, aunadas a las ya descritas en líneas anteriores, vinieron a hacer parte del proceso de implementación de tales competencias a través de los párrafos contenidos en el artículo. Así, el imperativo de una competencia a prevención, de un curso idéntico en tramitología al adelantado por los jueces, de un ofrecimiento bajo el principio de gradualidad de la oferta, entre otros postulados de similar talante, fueron regulados por los párrafos referidos para hacer del proceso ante la SIC y la DNDA lo más similar a un proceso judicial posible.

Así, una vez entró a regir la Ley 1564 de 2012, y con ella los artículos contenidos en su cuerpo original, las autoridades administrativas comenzaron a ejercer sus funciones jurisdiccionales en los términos descritos. El procedimiento, equiparable quizá en términos procesales al propio de la justicia ordinaria, llevado a cabo a través de las vías de los procesos verbales y verbales sumarios, facilitó el conocimiento de procesos de propiedad intelectual por autoridades mucho más especializadas sobre la materia de aquellas que, antaño, habrían podido conocer de la controversia en cuestión. El resultado, a nuestro juicio provechoso, claro, sin perjuicio de hierros comunes a la actividad humana que siempre será susceptible de fallar, mostró que, en efecto, la especialidad y el enfoque particular de cada una de estas autoridades a la materia de su competencia, hacía justificable la asignación de tales facultades.

Con tal ánimo, no fueron pocos los procesos que comenzaron a ser tramitados ante dichas autoridades a propósito de conflictos relacionados con la propiedad intelectual. Gran parte de ellos, procesos propios de temáticas de propiedad industrial, y con algún grado de rezago otros tantos de derechos de autor, dieron apertura al desarrollo de procesos verbales y verbales sumarios ante la SIC y la DNDA, cuyas decisiones empezaron hoy a hacer parte del acervo intelectual de la materia en comento.

En particular, precisamente por ser inspirados en los procesos judiciales tradicionales, las autoridades citadas empezaron a decretar y practicar medidas cautelares dentro de los trámites previstos, precisamente, porque como cualquier trámite judicial en el que se verifiquen los presupuestos para su decreto y práctica, la medida cautelar funge como una garantía para el peticionario. Claro, las limitaciones a estas, quizá por el miedo que de suyo puede desprender esa suerte de confusión entre el poder ejecutivo y poder judicial, hizo que la Corte Constitucional, en sentencia C-835 de 2013, limitase las facultades de decreto de cautelas innominadas dadas a esta por medio del literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, mencionando así, de paso, los corolarios propios para decretar una medida cautelar de tal naturaleza.

Con todo, ello no impidió que, dentro del ejercicio de tales facultades, como parte de los procesos declarativos ya relacionados, se decretaran y practicaran me-

didias cautelares. Claro, tal procedimiento, como ocurre en los procesos verbales y verbales sumarios adelantados ante los jueces, se mantuvo dentro del trámite propio de este, y no hizo, como mal podría concluirse, de los procesos adelantados procesos cautelares. De suerte que lo corroborado al final fue un simple decreto de medidas cautelares en procesos de índole netamente declarativa, precisamente, como consecuencia de ese deseo que, plasmado en los párrafos del artículo estudiado, buscaba hacer de los procesos jurisdiccionales adelantados por autoridades administrativas, lo más parecido a los procesos adelantados ante los jueces de la República.

¿ES EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 613 Y SIGUIENTES
DEL DECRETO 390 DE 2016 UN PROCESO CAUTELAR DIFERENTE
AL PROCESO DECLARATIVO VERBAL O VERBAL SUMARIO ADELANTADO
ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO O LA DIRECCIÓN
NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR?

El análisis que se propone, como se ha visto, va dirigido a la identificación de la naturaleza del proceso contenido en el Estatuto Aduanero, en específico, para verificar si, además de su legalidad bajo las normas vigentes para el desarrollo del tipo de facultades, hasta el momento relatadas, se hace necesaria la creación de este tipo de proceso como adición al trámite que es adelantado ante las autoridades especializadas competentes.

A nuestro juicio, el proceso contenido en el Decreto 390 de 2016 tiene, en gran medida, motivos para su establecimiento. La razón de su previsión, creemos, corresponde más a una realidad comercial, económica y quizá práctica, que jurídica, cual es el hecho que, las operaciones de frontera, precisamente por su velocidad y dimensión, hacen de la previsión tradicional de cautelas decretadas y practicadas en el seno de un proceso verbal, un escenario impensable. Y es que, en efecto, la rapidez que de su propia dinámica extiende el desarrollo comercial transfronterizo, hace de la provisión en cita una medida más que necesaria.

Adicional a ello, el sentido que inspira las medidas cautelares decretadas y practicadas en uno y otro escenario, esto es, en el trámite el proceso verbal o verbal sumario ante la SIC o la DNDA, divergen sustancialmente. En efecto, mientras que la medida prevista en el Decreto 390 de 2016 pretende la suspensión de una transacción transfronteriza, precisamente para evitar, por un lado, la práctica públicamente indeseada de menosprecio por los derechos que se derivan del producto del intelecto de su creador, y por el otro, una negociación en buena parte viciada por el objeto de esta, la medida cautelar decretada en el proceso verbal o verbal sumario irá, habitualmente, más en el sentido de garantizar el resultado de un proceso judicial que, a primera vista, parecería indicar un buen derecho por quien presenta la demanda.

De manera que, mientras en el proceso de suspensión provisional buscará proteger lo que parecería un aspecto más relacionado con la integridad de la obra o la creación en sí misma, según sea el caso, las medidas tomadas en los procesos declarativos respectivos irían más tras el aseguramiento del resultado económico que de suyo podría tener la reclamación.

Aunado a ello, se presenta el hecho que, en los procesos declarativos adelantados por tales autoridades, el decreto y práctica de medidas cautelares, precisamente por el marco en que se dan, encuentran cada día más obstáculos para su desarrollo. De suerte que no parecería inútil, en aras de participar de esa preocupación por el desfase en sus funciones que con tanto celo ven quienes critican con mayor ahínco este tipo de atribuciones en la administración, establecer una regulación precisa para el desarrollo de medidas cautelares específicas y restringidas para fenómenos igual de específicos.

Sin embargo, como se ha dicho hasta el momento, el procedimiento para ello, gracias en buena parte a su especialidad, tendría que ser el previsto en líneas anteriores, y no el reglamentario propio de la actividad ejecutiva de la administración del Estado. De manera que, aun cuando pudiere tenerse en efecto una buena intención, una verdadera cualificación y una necesidad para la instauración de estas medidas, el engranaje y la dinámica bajo las cuales fueron pensadas y diseñadas las mecánicas de asignación de este tipo de facultades, hacen que al día de hoy sea difícil pensar en la verdadera asimilación del proceso mencionado como un proceso cautelar.

EL PROCESO CAUTELAR EN EL CONTEXTO DEL ADPIC, LAS DECISIONES 351 Y 486 DE LA CAN, EL TLC COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS

Como es natural en todo proceso judicial, esto es, todo procedimiento de carácter jurisdiccional, el agotamiento de todos los pasos y requisitos que a través de las normas procedimentales se imponen, buscan, como subyacente de estas, la protección del derecho sustancial cuya discusión se vierte en el seno de los estrados judiciales o administrativos.

El procedimiento estudiado, naturalmente, no es la excepción, y así como en los demás procedimientos existentes se persigue como objetivo último la protección del derecho sustancial, en los eventos de suspensión de operaciones de aduana, se busca el respeto por los derechos derivados de propiedad intelectual.

Así, dejando de lado por un minuto la consideración hasta el punto presentada sobre la legalidad de la estructuración del procedimiento cautelar estudiado, creemos necesario ir sobre ciertos particulares que, si bien plantean la discusión desde un punto más amplio, permiten entender, desde el punto de vista sustancial y procesal, la necesidad de estructurar el proceso cautelar en cuestión, claro, conforme a las reglas establecidas por las autoridades colombianas para tal respecto.

Por ello hemos de estudiar, desde el análisis de los compromisos internacionales y nacionales adoptados por Colombia, cómo vienen estructurados los mandatos imperativos de protección a la propiedad intelectual que, de antaño, fueron adquiridos por Colombia.

LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y DE ADUANA DESDE EL PUNTO
DE VISTA DEL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS
DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC)

Adoptado en Colombia a través de la Ley 170 de 1994, el ADPIC, en específico por medio de sus artículos 50 y 51, establece el deber de los Estados miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de crear procedimientos a través de los cuales, frente a una sospecha razonable de tráfico de mercancías o productos infractores de la propiedad intelectual, se puedan tomar medidas provisionales o suspensiones del despacho de aduana por autoridades aduaneras.

En efecto, avisado de la corroboración de situaciones propias del comercio internacional, donde la importación o exportación de mercancías puede llegar viciada de ilegalidad por el menoscabo de los derechos de propiedad intelectual a través de la negociación de productos infractores de estos, el anexo del documento constitutivo de la OMC, el ADPIC, estableció el deber de adoptar procedimientos para la imposición de medidas provisionales en la aduana, especialmente a través del artículo 51 de esta, con ánimo de proteger a quien, titular de los derechos de propiedad inmaterial antedichos, pudiera advertir un agravio en la comercialización transcrita.

En efecto, el verbo empleado por la disposición normativa, en su forma verbal del presente al indicativo, permite deducir, precisamente por la formulación verbal empleada, el verdadero deber que subyace del enunciado normativo en cita.

Así, la disposición obliga a que todos los países vinculados por el predicado fáctico y la consecuencia normativa mencionada, creen procedimientos, bien sea administrativos o judiciales, para llevar a cabo el pleno cumplimiento de esta norma que, a la postre, no busca sino proteger los derechos sustanciales que son propios de quien con su intelecto ha logrado una hazaña distinguible.

Por su parte, la norma que parecería limitar la protección de los derechos de la propiedad intelectual con estas medidas a los derechos de autor, deja la posibilidad para que, siempre que se cumplan con los demás requisitos previstos en el anexo para su incorporación, se puedan igualmente proteger los demás derechos de la propiedad intelectual, quedando entonces, como imperativo, el establecimiento de estas para los derechos de autor, así como para las importaciones¹⁵.

15 CONDE, CARLOS A. *Observancia de la PI, medidas de frontera en la CAN y Ley Aduanera Colombiana*. Artículo virtual publicado el 3 de agosto de 2016 en el Blog de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Consultado el 7 de abril de 2019. Disponible en <https://propintel.uexternado.edu.co/observancia-de-los-derechos-de-propiedad-intelectual-y-las-medidas-de-frontera-en-la-can-y-el-nuevo-estatuto-aduanero-colombiano>.

Resulta entonces pertinente preguntarse a este punto si la disposición contenida en el artículo 51 del ADPIC puede conjugarse de manera armónica con todo lo dicho hasta el momento. Creemos que sí, y lo hacemos, no solo porque el enunciado presenta la posibilidad de crear procesos tanto administrativos como judiciales, sino porque consideramos que la creación de un proceso judicial cautelar, adelantado en este caso por medio de autoridades administrativas investidas de poderes jurisdiccionales, haría fiel seguimiento a lo postulado por la norma.

En efecto, como se ha reiterado hasta el momento, la creación de este procedimiento, cuyo adelanto a nuestro juicio es razonable que sea asumido por las autoridades administrativas de aduana y, en este caso, su correspondientes equivalentes territoriales, ha de obedecer a lo postulados propios para la asignación de tales funciones, de suerte que, sin dejar de ser un procedimiento cautelar, y por contera uno judicial, pueda igualmente ser conocido por quien, debido a su experticia dogmática y empírica sobre el tema, puede hacer llegar a la controversia a un mejor desenlace.

La importancia de este procedimiento, a más de derivarse del esencial conocimiento y experticia que tiene la autoridad sobre el contexto en el que se da la importación, exportación o tránsito de las mercancías, se deriva de que, como bien lo indica el profesor Conde¹⁶, tal trámite funge como primera medida de control para las infracciones a este tipo de derechos, los cuales, por supuesto, serán objeto de una protección más profunda y exhaustiva en el escenario propio del proceso de conocimiento que para tales fines se adelanten.

LAS MEDIDAS CAUTELARES Y FRONTERA DESDE EL PUNTO DE VISTA
DE LAS DECISIONES 351 Y 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL TRATADO
DE LIBRE COMERCIO (TLC) ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS

La preocupación relativa a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en el comercio, adelantado en las aduanas, como ya se vio, cuenta con una regulación imperativa e internacional principalmente dirigida al establecimiento de medidas cautelares en dos aspectos como prioridad, esto es, los derechos de autor en las importaciones.

Tal característica, que a lo mejor deviene de la tradición propia que de vieja data se ha dado a las obras literarias y artísticas desde el Convenio de Berna del 9 de septiembre de 1886, viene a ser complementada por dos normas internacionales en especial, esto es, la Decisión 486 de la Comunidad Andina (Decisión 486) y el Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Colombia y Estados Unidos.

La regulación que para tal propósito contiene la Decisión 486, desde el acercamiento concreto de las medidas de frontera, reposa entre los artículos 250 a 256 de la misma, así como en el literal c) del artículo 246 de aquella.

16 *Ibid.*

El primer rango de disposiciones incluye, entre otros, la inclusión expresa de protección sobre marcas, la participación del titular del derecho en la diligencia de inspección de la mercancía, la decisión de aceptación o denegación de la medida y su notificación expedita, el levantamiento de esta si no se ha iniciado el proceso correspondiente en los diez días siguientes a la notificación de imposición de la misma, la posibilidad de recurrirla en el proceso de infracción respectivo, la imposibilidad de reexportar la mercancía una vez declarada la infracción, y la exclusión de las pequeñas mercancías y del equipaje personal de la aplicación de las disposiciones.

Así, tales enunciados, junto con su contenido normativo sustancial, cuyo tenor ha de ser leído en concordancia con el literal c) del artículo 246 de la Decisión 486, permiten identificar ciertas diferencias entre los compilados presentados, deduciendo por contera entonces que, mientras el ADPIC cuenta con una regulación más enfocada en los derechos de autor y las exportaciones, la regulación andina se orienta, en específico, por la perspectiva marcaría y de importación, permitiendo así complementar ciertas falencias que mal podrían atribuirse al anexo del documento constitutivo de la OMC.

Y es que no se debe olvidar que toda la arquitectura sustancial y procesal que se viene previendo de antaño en el seno de la OMC y dentro de los anexos a su documento constitutivo no es gratuita, y, por el contrario, se deriva de un riguroso proceso, diplomático-jurídico¹⁷ que, a nuestros días, ha logrado dotar a la regulación internacional de un puerto seguro como referencia normativa internacional para estos aspectos tan delicados.

En similares términos, el literal d) del artículo 13 de la Decisión 351 de 1993 da señales de cómo, en sus atribuciones exclusivas, el autor o sus derechohabientes pueden impedir la importación a cualquiera de los países miembros de la Comunidad Andina de la respectiva obra si no ha mediado con anterioridad su autorización.

Entonces, sabiendo que las Decisiones andinas, a pesar de no hacer parte del bloque de constitucionalidad¹⁸ por carecer de alguno de los sentidos de este¹⁹, así

17 Las reflexiones planteadas a propósito de la protección de la propiedad intelectual en el seno de la OMC por Narváez y Parraguez muestran cómo la regulación internacional actual es el producto de históricos esfuerzos que, surtidos en el marco de negociación internacional, fueron dotando al marco internacional de documentos jurídicos conscientes de las situaciones que con el paso del tiempo han marcado la realidad internacional en tratándose de la propiedad intelectual. SARAVIA CABALLERO, JACKELINE CECILIA. LATORRE IGLESIAS, EDIMER LEONARDO. Ámbitos del derecho: reflexiones sobre tendencias y problemas jurídicos en Colombia. Primera edición (Bogotá, D. C.: Universidad Sergio Arboleda Colombia, 2014), 223-225.

18 En efecto, en sentencia C-988 de 2004, la Corte Constitucional colombiana indicó que por carecer de los elementos necesarios para predicar de ellas parte integrante del bloque de constitucionalidad, las decisiones de la Comunidad Andina, a pesar de ser integradas a la legislación nacional, no hacen parte de dicha noción.

19 En varias ocasiones, entre ellas, las surgidas a propósito de las sentencias C-582 de 1999, C-191 de 1998 y C-358 de 1997, la Corte Constitucional colombiana reiteró que, en tratándose de bloque de constitucionalidad, se pueden identificar dos sentidos: primero, *stricto sensu*, integrado por principios y normas incluidos en la Carta por diferentes vías y por mandato expreso de esta, y segundo, *lato sensu*, relativo a las normas

como tampoco lo hace el ADPIC²⁰, integran en buena medida el ordenamiento nacional, las primeras por virtud de lo mencionado en los artículos 17 y concordantes con el Acuerdo de Cartagena²¹ y por lo mencionado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en reiteradas ocasiones a propósito del principio de complemento indispensable²² también contenido en el artículo 276 de la Decisión 486, y las segundas por la ratificación legal que por medio de la Ley 170 de 1994 se hizo, se ha de concluir que, en efecto, las normas contenidas en tales enunciados relativas a las medidas de fronteras y medidas cautelares son, naturalmente, aplicables al contexto nacional.

Por su parte, el TLC, celebrado entre Colombia y Estados Unidos, preocupado por similares asuntos a todos los tratados hasta el momento, destinó por completo su Capítulo 16 a los particulares relacionados con la propiedad intelectual. Tal normativa regula en sus artículos 16.11.23, 16.11.24, 16.11.25, de manera específica, las reglas que se han de seguir para el agotamiento de este tipo de procedimiento, hablando para ello indiferentemente de mercancías y no de derechos particulares de la propiedad intelectual como en los otros eventos; de la posibilidad de donar para caridad las mercancías incautadas si las condiciones para ello se cumplen; y del pago de una tasa para la conservación de estas mientras dura la medida respectiva.

Así mismo, y con cierta semejanza a lo que ocurre con las demás normas comentadas, el TLC celebrado entre Colombia y Estados Unidos cuenta con sus normas aprobatorias en el territorio nacional que, como sucede por antonomasia con los compromisos internacionales, las hacen integrantes de la normativa nacional para las temáticas que este aborde.

De suerte que a este punto se puede percibir ya, con bastante claridad, que el compendio normativo que regula la toma de medidas de frontera en los eventos de infracción a los derechos de propiedad intelectual, a más de venir de un gran abanico de disposiciones normativas concordantes y complementarias, tiene como objetivo la protección, más que del comercio y la sana práctica comercial misma,

de rango superior a las leyes ordinarias, que sirven como paradigma para el control de constitucionalidad y legalidad de las normas inferiores.

20 En sentencia C-582 de 1999, la Corte Constitucional Colombiana indicó, a propósito de la integración o no del ADPIC dentro del bloque de constitucionalidad lo siguiente: "(...) la Corte concluye que el "Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio" no constituye parámetro de constitucionalidad, como quiera que dentro del bloque de constitucionalidad no pueden incluirse convenios o tratados internacionales que regulen materias autorizadas expresamente en la Carta. Dicho de otro modo, no pueden considerarse parámetros de control constitucional los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, pues no existe disposición constitucional expresa que los incluya, ni son de aquellos que el artículo 93 de la Carta otorga un plus, ni son normas que la Carta disponga una suprallegalidad".

21 Acuerdo de Integración Subregional Andino.

22 En repetidas ocasiones, entre ellas las contenidas en los procesos 10-IP-94, 11-IP-2010, 129-IP-2016, 126-IP-2015, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha mencionado que, en palabras propias, el principio de complemento indispensable hace las veces de una suerte de suspensión de la norma nacional en lo regulado por las normas de la CAN, permitiendo por contera, regular aquellos aspectos no suspendidos por tal norma a nivel nacional.

que por demás también lo tiene, de los derechos cuya existencia proviene del producto loable del intelecto humano.

SOBRE EL SUBYACENTE DE DERECHO SUSTANCIAL DE LA EXISTENCIA DE MEDIDAS DE FRONTERA

Como se advirtió en líneas anteriores, la verdadera y última finalidad de la existencia de este proceso es la protección de los derechos de propiedad intelectual de las personas que, siendo titulares de estos, pueden ver sus derechos menoscabados a propósito de una operación aduanera.

Sobre el particular, y sabiendo de antaño la prioridad que en Colombia la Corte Constitucional²³ y las normas respectivas han dado a la existencia de los derechos de propiedad intelectual, hemos de recordar, aun brevemente, el porqué de la existencia de estas previsiones para la protección de tales derechos.

FRENTE A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

La propiedad industrial, como bien económico mercantil que es, y en especial, como categoría de protección, digamos, más orientada al estadio monetario y económico de las creaciones producto del intelecto, tiene, al igual que los derechos de autor, una especial protección, cuya existencia en este caso revela la importancia de la existencia de suspensión de operaciones de frontera en casos en que se perciba una posible infracción.

En efecto, la protección en materia de propiedad industrial, principalmente dirigida a la predilección del aspecto económico que de la invención se deriva, viene dado por dos frentes, a saber, el de los signos distintivos y el de las nuevas creaciones. El primero, como su nombre lo indica, dirigido a la creación de signos que permitan diferenciar, *grosso modo*, los actores y productos o servicios presentes en el comercio brindan su protección a través de las marcas, los nombres comerciales, los lemas, las enseñas y las denominaciones de origen. El segundo de ellos, por su parte, dota de protección las creaciones que, por su altura inventiva, se hacen merecedoras de la concesión de una patente de invención, una patente de utilidad, un diseño industrial, o cualquier otro título que permita la protección de la creación respectiva.

Como es de esperarse, tal esfuerzo creativo o de invención comporta, de suyo, un enorme grado de inversión que, perceptible tanto en el estadio monetario como en todos los demás, hace que quien busca la respectiva protección por vía de propiedad industrial, vierta en el reconocimiento que por ello le es concedido una verdadera esperanza de protección y retribución.

23 En repetidas ocasiones, la Corte Constitucional, en Sentencias C-035 de 2015 y C-148 de 2015, recordó el alcance, naturaleza e importancia de protección a la propiedad intelectual en Colombia.

Así, siendo quizá la patente, y la necesidad de corroborar, cuando menos, la existencia de una materia patentable, su aplicación industrial (utilidad), su novedad, su altura inventiva y su publicación conforme a las disposiciones aplicables al caso²⁴, el esfuerzo que con mayor evidencia muestra los méritos de la creación que, precisamente por ser producto del intelecto y la constancia humana, hacen posible hoy la intelección de este tipo de guardas a la propiedad inmaterial.

Ahora, como es lógico, toda esa mecánica económica que implica invertir en creación, en sostenimiento, en pagos para la conservación y demás, hacen más que razonable el hecho que, al día de hoy, exista un régimen especial que propugne por el respeto de esos derechos, precisamente, porque en ellos subyace, a más de cosas, el incentivo de progreso que, justamente se deriva de esa exclusividad que a través de la propiedad industrial se concede.

De ahí precisamente que, como lo recuerda Marín Ruales²⁵, exista en Colombia, en la actualidad, todo un andamiaje jurisdiccional, concurrente con las facultades de la SIC, encaminado a la protección de los derechos que, bajo la constatación de una situación de infracción concreta, pueden traducir un perjuicio para su titular o beneficiario.

De suerte que, a la postre, y en términos generales, puede afirmarse que como subyacente de las medidas de frontera estudiadas se encuentran, en este caso, los derechos derivados de la propiedad industrial que, como se vio sucintamente, responden a su vez a la necesidad de proteger a quienes, valiéndose de esfuerzos, recursos, y méritos propios, hacen con la labor intelectual una proeza loable.

FRENTE A LOS DERECHOS DE AUTOR

La dicotomía interna de las categorías de la propiedad intelectual, al igual que ocurre en lo inmediatamente relatado, encuentra su reflejo en materia de derechos de autor, específicamente, en la subdivisión de los derechos morales y patrimoniales derivados de la creación respectiva.

Al igual que ocurre en el ámbito de la propiedad industrial, y quizá resultado de un proceso creativo orientado de forma menos incisiva a la explotación económica y más dirigido a la expresión misma del intelecto y las personalidad propia del artista, sus deseos, sentimientos, expresiones y vivencias, el esfuerzo de quien imprime su talento dentro del espectro de lo que puede considerarse objeto de los derechos de autor, debe reunir cuando menos tres características, a saber;

²⁴ OMPI. *Principios básicos de la propiedad industrial*. Segunda edición (Ginebra, Suiza: OMPI), 7. Consultado el 7 de abril de 2019. Disponible en [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf]

²⁵ El profesor Marín Ruales, analizando las acciones por infracción de este tipo de derechos, recuerda toda la arquitectura judicial que, a propósito de la protección de este bien mercantil particular, se ha establecido por el entonces Código de Procedimiento Civil, hoy, Código General del Proceso, y las demás normas procesales concordantes y complementarias. MARÍN RUALES, GERMÁN. Acciones por infracción de derechos. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2 (2001): 41-58.

originalidad (subjettiva/objetiva), creación intelectual, y fijación o susceptibilidad de fijación²⁶, dependiendo si se está en un régimen de *copyright* como el norteamericano o en un régimen como el de la CAN.

Así, el esfuerzo que de suyo imprimen los autores en su trabajo, y el ánimo que los inspira, quizá brillantemente memorado por Picasso cuando recordaba las penurias de ser su propia “águila de Prometeo”²⁷, hacen de ese mérito intelectual un inmaterial realmente valorado.

No gratuitamente se establecen en el seno de la protección una serie de derechos, uno de ellos irrenunciables, inalienables, imprescriptibles y perpetuos, y otros económicos, en principio²⁸, percederos y exclusivos del autor o sus causahabientes. Así, dentro de los primeros, denominados derechos morales, se encuentran, principalmente: el derecho de paternidad, el derecho de integridad, el derecho de divulgación y el de modificación o retracto²⁹. Por su parte, los derechos económicos mencionados, denominados derechos patrimoniales, encuentran coincidencia con aquellos de reproducción, transformación o autorización para la creación de obras derivadas, comunicación pública, distribución y puesta a disposición³⁰.

De manera muy similar a lo que ocurre por motivos económicos, tratándose de la propiedad industrial y la protección de los derechos de autor, encuentra su razón de ser en ese intangible cultural que, de suyo, representa su objeto. De ahí que, a más de estar justificado por obvias razones, la existencia del procedimiento de cautela ya mencionado, en la actualidad se verifique que, por regla general, las normas relativas a tales derechos gocen de una permanencia tal que permitan a sus titulares conocer con certeza hasta dónde va su protección y los mecanismos para ejercerla. De ahí que cambios tan recientes como los incorporados en la Ley 1915 de 2018 a propósito del agotamiento del derecho de distribución y de la obra huérfana, y el tomado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Fourth Estate Public Benefit Co. v. Wall-Street.com* el 4 de marzo de 2019³¹, en relación con los presupuestos o requisitos para adelantar un proceso por violación al *copyright*, presenten tanta importancia al tema estudiado.

26 GUZMÁN, DIEGO. *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Primera edición (Editorial Universidad Externado de Colombia, 2018), 37-50.

27 Recuerda Sophie Chauveau cuando Picasso, a propósito de sus reflexiones de su trabajo decía: “Aquello que es terrible, es que uno es para sí mismo su propia águila de Prometeo, a la vez, aquella que devora y aquella que es devorada”. “Ce qui est terrible, c’est qu’on est à soi-même son propre aigle de Prométhée, à la fois celui qui dévore et celui qui est dévoré”. Traducción del autor. CHAUVEAU, SOPHIE. *Picasso, le regard du minotaure 1881-1937*. Première édition (París, France: SW Télémaque, 2017), 37.

28 Se dice en principio por la existencia de excepciones y limitaciones en los derechos mencionados, así como la existencia de situaciones de *fair use* y la regla de los tres pasos.

29 Op. cit. GUZMÁN, DIEGO. *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*, pp. 64 y ss.

30 *Ibid.*, pp. 86 y ss.

31 La sentencia, en términos generales, estableció que para adelantar la acción por *copyright infringement*, se debía esperar a que previamente el *copyright* estuviera registrado ante la United States Copyright Office. *Fourth Estate Public Benefit Corp. v. Wall-Street.com*, 586 U.S. (2019).

En efecto, la importancia de la previsión de este tipo de medidas, como lo advertían ya Mathieu³² y Escobar³³, para los casos latinoamericanos, se dibuja en el espectro de la protección de la propiedad como un enclave fundamental para la efectiva protección de los derechos derivadas de estas, en especial, frente a la constante amenaza de la piratería, la usurpación y la falsificación de la obra referida.

Así, a pesar de la ausencia de uniformidad en el desarrollo de este tipo de cautelas, podría decirse inclusive en el contexto global³⁴, la importancia de esta sobresale tanto en el aspecto sustancial como procesal y, como se analizó, se levantan como un cimiento fundamental dentro de la ingeniería que sostiene la arquitectura internacional prevista para la protección de la propiedad intelectual.

CONCLUSIONES

Acotado todo lo anterior, no resta sino recordar que, si bien es cierto que la Constitución Nacional permitió, por conducto de su artículo 116, atribuir de manera “excepcional” el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración, como lo son, en efecto, aquellas autoridades aduaneras de las que hablan los artículos 614 y siguientes del Decreto 390 de 2016, lo cierto es que, en el marco actual de regulación, y así también de interpretación, se tiene que para que se lleve a cabo la antedicha facultad, se han de observar una serie de requisitos que, como se analizó, no fueron cumplidos por quien asignó, en este caso, el ejercicio de funciones jurisdiccionales para adelantar procesos cautelares de suspensión de operaciones aduaneras por conflictos derivados de la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las mercancías.

Creemos entonces que existen más que sobrados motivos para la creación de este tipo de procesos, en específico, si se tiene que, tanto desde una perspectiva sustancial como procesal, se verifican verdaderos motivos para su protección. En efecto, a más de las consideraciones procesales contenidas en las normas internacionales, andinas y nacionales, se verifica un verdadero impulso sustancial propio

32 En efecto, el autor resalta la importancia de la previsión de este tipo de medidas bajo la regla de la potestad aduanera, en específico, en el caso panameño donde estas, como expresión de tal facultad, coadyuva en el combate de la piratería y la falsificación en el país. MATHIEU, JEAN JOSEPH. El rol de la aduana panameña en el combate contra la piratería y la falsificación. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 8 (2004): 31-33.

33 El autor, previa la realización de un estado del arte de la situación presente [al momento de su publicación] en materia de usurpación de marcas en el territorio venezolano, analiza los principales problemas presentes al momento de la verificación de la imposición de medidas de frontera, en específico, resaltando la dualidad de procesos por idéntica infracción y las divergencias en la interpretación de sus normas. GONZÁLEZ ESCOBAR, CÁSTOR. La usurpación de marcas en Venezuela. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2 (2001): 128-131.

34 Recuerda Ponce López que, a pesar de la importancia del establecimiento de este tipo de medidas, la experiencia internacional todavía se encuentra en deuda frente a los criterios de implementación de estas medidas bajo los documentos de la OMC. PONCE LÓPEZ, FABIO NEL. Medidas en frontera. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2, (2001): 71-72.

de la naturaleza de los derechos estudiados, cuya virtud, en parte, se escuda con esas protecciones para su promoción y existencia.

En síntesis, nos aventuramos a decir que, muy a pesar de las buenas intenciones de quien redactó y aprobó la norma analizada, el desarrollo y ejercicio de dicha facultad, así como también su inicial atribución, por muy efectivas y útiles que puedan resultar, no son de resorte en el ordenamiento jurídico colombiano actual, donde los parámetros para la atribución de una función tan delicada como la jurisdiccional, se han de seguir a “raja tabla”, en ánimo de que tales funciones se cumplan de manera constitucional y legal.

Así, podremos entonces concluir que el proceso cautelar del que tratan los artículos 614 y siguientes del Decreto 390 de 2016, no es más que un inadecuado e impreciso desarrollo de las facultades reguladas en el artículo 116 de la Constitución Política nacional, que originado de una errada lectura de aquella y otras disposiciones que le son complementarias, derivaron en una imprudente y algo arriesgada instauración de funciones jurisdiccionales, en este caso tramitadas como procesos cautelares, en cabeza de autoridades, cuya competencia en tal materia no sigue los parámetros ya estudiados y mencionados. De manera que, si bien se puede llegar a decir que, por la especialidad de la que trata el tema regulado en el precitado decreto se justificaría la atribución de tales funciones, lo cierto es que, al día de hoy, tal atribución deviene, en el menor de los casos, ilegal, por no seguir los parámetros que para tal proceder se han establecido clara y reiteradamente. La esperanza reposa entonces en la regulación que está por venir.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Sexta Edición. Bogotá D.C., Colombia: Temis S.A., 2016.
- CAVALLI, JEAN. *Génesis del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Primera edición. Bogotá D. C., Colombia: Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2006.
- CHAUVEAU, SOPHIE. *Picasso, le regard du minotaure 1881-1937*. Première édition. Éditions SW Télémaque. París, France: 2017.
- CONDE, CARLOS A. *Observancia de la PI, Medidas de Frontera en la CAN y Ley Aduanera Colombiana*. Artículo virtual publicado el 3 de agosto de 2016 en el Blog de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Consultado el 7 de abril de 2019. Disponible en [<https://propintel.uexternado.edu.co/observancia-de-los-derechos-de-propiedad-intelectual-y-las-medidas-de-frontera-en-la-can-y-el-nuevo-estatuto-aduanero-colombiano>].

- Corporación Latinobarómetro. *Informe 2011*. 28 de octubre de 2011, Santiago de Chile, Chile. Consultado el 7 de agosto de 2017. Disponible en [http://www.infoamerica.org/primera/lb_2011.pdf.]
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal, tomo I, Teoría general del proceso*. Segunda edición. Bogotá, Colombia: ABC, 1972.
- GONZÁLEZ ESCOBAR, CÁSTOR. La usurpación de marcas en Venezuela. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2 (2001): 127-136.
- GUZMÁN, DIEGO. *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Primera edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2018.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones del derecho procesal civil colombiano, Tomo I*. Sexta edición. Bogotá, Colombia: ABC, 1993.
- MARÍN RUALES, GERMÁN. Acciones por infracción de derechos. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2 (2001): 41-58.
- MATHIEU, JEAN JOSEPH. El rol de la aduana panameña en el combate contra la piratería y la falsificación. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 8 (2004): 31-34.
- OMPI. *Principios básicos de la propiedad industrial*. Segunda edición. Ginebra, Suiza. OMPI. Consultado el 7 de abril de 2019. Disponible en [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf]
- PONCE LÓPEZ, FABIO NEL. Medidas en frontera. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2 (2001): 69-74.
- RODRÍGUEZ MEJÍA, MARCELA. *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Primera edición. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013.
- ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *Lecciones de derecho procesal*. Tomo II, Procedimiento Civil. QUINTA EDICIÓN. BOGOTÁ D. C., COLOMBIA: ESAJU, 2013.
- SARAVIA CABALLERO, JACKELINE CECILIA, LATORRE IGLESIAS, EDIMER LEONARDO. Ámbitos del derecho: reflexiones sobre tendencias y problemas jurídicos en Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Sergio Arboleda, 2014.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).
- ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio).
- Colombia, Congreso de la República, Ley 170 de 1994.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1493 de 2011.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1915 de 2018.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 390 de 2016.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2004.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-896 de 2012.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-835 de 2013.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2015.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2015.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-72 de 2016.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2017.
Comunidad Andina, Decisión Andina 351 de 1993.
Comunidad Andina, Decisión Andina 486 de 2000.
Comunidad Andina, Tribunal de Justicia, Interpretación Prejudicial, Proceso 10-IP-94.
Comunidad Andina, Tribunal de Justicia, Interpretación Prejudicial, Proceso 11-IP-2010.
Comunidad Andina, Tribunal de Justicia, Interpretación Prejudicial, Proceso 129-IP-2012.
Comunidad Andina, Tribunal de Justicia, Interpretación Prejudicial Proceso 126-IP-2015.
Estados Unidos, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Fourth Estate Public Benefit Corp. v. Wall-Street.com*, 586 U.S. (2019).
Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Estados Unidos.