Publicación Anual

Revista de Derecho y Desarrollo REDyD

VOL.2, N.2, 2012

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

Investigación: "ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR: ¿COMPETENCIA O MONOPOLIO? Un Análisis Jurídico y Económico: Caso Dominicano"

Investigación: "EL FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL: IMPUNIDAD OINMUNIDAD FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL"

El Instituto Especializado de Investigación y Formación en Ciencias Jurídicas OMG (IOMG) es una iniciativa de la Fundación Instituto OMG bajo la premisa de promover un pensamiento independiente y la formulación de estrategias en aspectos legales, relacionados con el desarrollo de las naciones.

El IOMG fue aprobado como un centro oficial para la investigación y la formación por el Consejo Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología (CONESCYT) en noviembre de 2010, de conformidad con la legislación de la República Dominicana.

Su misión es agregar valor a la sociedad mediante la formación y especialización de recursos humanos bajo los más altos estándares educativos, y la investigación científica, orientada a la generación de propuestas de soluciones legales, que contribuyan al desarrollo.

Índice General

Pág. 07
Prólogo

Pág. 08
Introducción

Pág. 10
Investigación: "ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR: ¿COMPETENCIA O MONOPOLIO? Un Análisis Jurídico y Económico: Caso Dominicano"

Pág. 42
Investigación: "El Fuero Parlamentario Constitucional: Impunidad o Inmunidad frente al Derecho Internacional"

Prólogo

Distinguidos lectores/as,

Es de mucho entusiasmo para mí presentarles la segunda edición de la Revista de Derecho y Desarrollo (REDyD) del Instituto OMG (IOMG). Es de gran satisfacción para todo el equipo del Instituto publicar por segunda vez esta revista que exhibe los dos primeros lugares del 2do Concurso de Investigación 2011 del IOMG sobre Derecho y Desarrollo, entendiendo esto último como la coexistencia entre el fortalecimiento institucional jurídico y el crecimiento económico de un país, de una región.
Para la REDyD de este año contamos con dos excelentísimas investigaciones, evaluadas y discutidas por un jurado de un alto nivel académico y profesional, que analizan las Entidades de gestión colectiva de Derechos de Autor y el Fuero Parlamentario Constitucional.
La producción legal de los últimos años en la República Dominicana y Latinoamérica en general ha perseguido estar a la vanguardia con las reformas estatales hechas en la región, adaptando su contenido a las disímiles realidades. Asimismo, dicha producción ha tenido la intención de cumplir con los estándares acordados por organismos internacionales para colocar a los países de Latinoamérica y el Caribe en las vías del desarrollo. Es ahora un reto del país y la región adecuar e implementar el presente marco legal a la realidad política, económica y social que enmarca a las sociedades de hoy: el desarrollo solo es posible si las decisiones toman en cuenta los contextos y las metas de largo plazo que se aspiran alcanzar. La descrita ola de reforma del marco jurídico institucional de la región desata el interés de realizar aportes investigativos tales como los que se presentan en la REDyD de este año, y los que serán impulsados en los años posteriores.
Para esta segunda edición se presentan los trabajos de dos profesionales latinoamericanos que replantean figuras del derecho nacional e internacional, invitándonos a reflexionar sobre estas y señalando recomendaciones inéditas con la finalidad de evitar el mal uso del derecho como forma de entorpecer el desarrollo.

Leonel Melo Guerrero
Presidente de la Fundación Instituto OMG

Introducción

"Que la sociedad dominicana interactúa en un mundo cada vez más globalizado, sustentado de manera creciente en el conocimiento y la innovación, lo cual condiciona las posibilidades nacionales del desarrollo sostenible, elevación del bienestar de la población y superación de la pobreza." (Considerando quinto de la ley 1-2012, sobre la Estrategia Nacional de Desarrollo de la República Dominicana)

La 2da edición de la Revista de Derecho y Desarrollo (REDyD) del Instituto OMG reconfirma con su contenido el aporte que profesionales de las Ciencias Jurídicas y Sociales pueden hacer al desarrollo de un país. Con el Concurso de Investigación Instituto OMG y la REDyD se busca fortalecer el nexo que existe entre la investigación y la toma de decisión en el ámbito privado y público.

La investigación, tanto la cuantitativa como la cualitativa, es una actividad que tiene como objetivo principal profundizar sobre algún hecho, objeto o persona, o pretende buscar nuevos conocimientos. El resultado puede ser: arrojar información inédita sobre algo o individuos, solucionar un problema o aclarar información. Siempre que la finalidad de la investigación persiga de manera independiente y justa esos objetivos es y será la mejor forma de construir las políticas de desarrollo de una nación.

Un Estado que camina las vías del desarrollo necesariamente debe fortalecer los nexos entre las ciencias y las políticas públicas, y promover la investigación es una forma directa de alcanzar ese fin. Una muestra de que la República Dominicana tiene interés de fortalecer ese nexo es la recién aprobada Estrategia Nacional de Desarrollo (END) 2010-2030. Esta pieza legislativa tiene como fin principal el de promover la planificación pública y armonizar los planes estratégicos de los órganos y entes que ejercen la función administrativa del Estado para que juntos impulsen un único proyecto de nación. Para hacer realidad ese texto muchas disciplinas tuvieron que intervenir, siendo este un ejemplo de un esfuerzo nacional multidisciplinario. El Derecho, como objeto de las Ciencias Jurídicas, jugó y juega un rol fundamental en el diseño e implementación de la END.

La REDyD presenta el 1er y 2do lugar de los trabajos premiados en el 2do Concurso de Investigación sobre la temática de Derecho y Desarrollo celebrado desde el 2010 por el Instituto OMG. La referida iniciativa del IOMG es el primer esfuerzo hecho en República Dominicana y todo el Caribe de incentivar la investigación sobre el papel del Derecho en el desarrollo sostenible de un país.

Los trabajos premiados por el 2do Concurso de Investigación IOMG y publicados en esta edición de la REDyD son: "Entidades de gestión colectiva de derechos de autor: ¿competencia o monopolio? Un Análisis Jurídico y Económico: Caso Dominicano", por la dominicana Yarisabel Marmolejos y "El fuero parlamentario constitucional: impunidad o inmunidad frente al derecho internacional", por el colombiano Armando Castro.

Los autores de los trabajos que leerán a continuación estudian y analizan figuras de derecho nacional e internacional, cuestionando su aplicación en la actualidad en contraste con la razón de origen. Profesionales como Yarisbel y Armando son los llamados a involucrarse en la implementación y seguimiento de políticas tan significativas como la END, y otros temas que se requiera profundizar y responder con soluciones conforme a las realidades. Es necesario que en Latinoamérica y el Caribe existan más esfuerzos tendentes a motivar a las nuevas generaciones a involucrarse en la investigación para que se formen con una ruta lógica de pensamiento que rechace la improvisación y en consecuencia las malas decisiones.

Crystal Fiallo Scanlon
Investigadora
Centro de Investigación del Instituto OMG

ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR: ¿COMPETENCIA O MONOPOLIO?

Un Análisis Jurídico y Económico: Caso Dominicano

Por Yarisabel Marmolejos

Introducción

El derecho exclusivo que posee el titular de una obra para explotarla individualmente o para autorizar a terceros a hacerlo, constituye un elemento esencial del derecho de autor. A través de los derechos patrimoniales se llevan a cabo la explotación de las creaciones intelectuales obteniendo su titular un beneficio económico de tales actuaciones. Sin embargo, cuando las creaciones intelectuales protegidas superan las fronteras nacionales debido al desarrollo de tecnologías que permiten una multiplicidad de formas de reproducción y difusión sin el consentimiento del autor, a los titulares les resulta extremadamente difícil y costoso controlar la utilización de sus obras y por ende gestionar eficazmente sus derechos.

En ese sentido, el sistema de gestión colectiva de derecho de autor y derechos conexos surge como una alternativa a la dificultad de ejercicio individual de los derechos patrimoniales, al fungir como intermediarias entre los titulares de derecho y los usuarios. Todo esto, pone en relieve la importancia de las entidades de gestión como mecanismos que permiten la tutela de los intereses de los autores, frente al uso indiscriminado de las obras.

La doctrina y la praxis confirman que las entidades de gestión colectiva de derechos de autor son eficientes y eficaces, en comparación con la gestión individual, pues ahorran costes de transacción (Búsqueda, Negociación, Ejecución y Supervisión) para ambas partes, disminuyen la información asimétrica existente entre titulares y usuarios, crean economías de escala y soportan mejor el riesgo.

Pero pese a estas bondades, estos colectivos, al constituirse como monopolios de hecho en la mayoría de los países o de derecho, han abusado de la posición de dominio que ocupan en el mercado, imponiendo tarifas excesivas o condiciones irracionales en detrimento de sus miembros y de terceros usuarios.

De ahí, surge la necesidad examinar la actividad de las entidades de gestión, bajo los modelos de funcionamiento del mercado: competencia y monopolio, en busca de la alternativa que mejor se adapte a las peculiaridades de los derechos de autor, en base a la experiencia internacional.

En esta investigación se ofrece un análisis, a partir de criterios económicos y jurídicos, del sistema de gestión colectiva de derechos de autor, su naturaleza, procedimiento operacional, obligaciones, ventajas económicas y los modelos de constitución más utilizados a nivel internacional. En concreto, será objeto de examen el estatus monopólico que ostentan actualmente las entidades de gestión y las restricciones a la competencia que colocan las legislaciones nacionales, frente a la opción de libertad competitiva.

De igual forma, el papel del Estado, dentro de una economía de mercado, en el establecimiento de mecanismos de control que faciliten la gestión trasparente del ejercicio de los derechos patrimoniales de los titulares y dé garantías a los usuarios de la legitimidad y legalidad de las tarifas establecidas, poniendo especial atención en la estructuración jurídica de las entidades de gestión colectivas dominicanas.

Como mecanismo para hacerle frente al uso indiscriminado de las obras de los autores nacen las entidades de gestión de los derechos de autor.

SECCIÓN I

Aspectos Jurídicos Generales de las Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor

I.1 La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos

La gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos tienen su origen a partir de mediados del siglo XIX. Un grupo de autores de obras dramáticas y musicales franceses, deciden organizare al ver como la explotación y ejecución pública de sus obras, generaba beneficios en favor de terceros sin que los titulares recibieran ningún tipo de compensación a cambio.[1] Así surge, en 1850, la SACEM francesa (Sociedad de Autores, Compositores y Editores de Música), primera sociedad de gestión conocida. Este modelo fue extendiéndose por toda Europa y posteriormente por América, de tal manera que Argentina 1910, Chile en 1915 y Uruguay en 1929, fueron los primeros países en crear sociedades de gestión. Se crea, además, la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), en 1926, que desde entonces reúne a sociedades de gestión de todo el mundo. [2]

I.2 Importancia de la Gestión Colectiva de Derechos de Autor

El derecho exclusivo que posee el titular de una obra para explotarla individualmente o para autorizar a terceros a hacerlo, constituye un elemento esencial del derecho de autor, conjuntamente con los derechos morales[3]. El titular del derecho obtiene, entonces, un beneficio económico como resultado de la autorización otorgada para que un tercero pueda distribuir, reproducir o comunicar públicamente sus obras.[4]

Sin embargo, cuando las creaciones intelectuales protegidas superan las fronteras nacionales del país que concede el derecho, siendo utilizada incluso en varios estados simultáneamente, a su autor le resulta imposible ejercer dicho control. Y como consecuencia de este carácter universal de las obras intelectuales y del desarrollo tecnológico, los usuarios de las obras protegidas cuentan con una multiplicidad de formas de reproducción (Fotocopiadoras, grabadoras de sonido, video-reproductores, base de datos electrónicas) y de difusión (Televisión, cable, satélite, Internet) para utilizar la obra sin el consentimiento del titular del derecho[5].

---

1 Emilia Aragón, *Las Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectua*l, Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, celebrado en Antigua, Guatemala, del 25 a 29 de Octubre de 2004, p.2.

2 *Ibíd*., p 2.

3 Los Derechos Morales, reconocen la autoría de la obra al titular, así como el derecho a controlar la integridad de su obra.

4 Luís Alfonso Calvo Caravaca, *Derecho de la Competencia*, Editorial Colex, 2000, p. 447-448.

5 Carmen Rodríguez, *Las Consecuencias Negativas de la Existencia de Monopolios de Hecho o de Derecho en Manos de las Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual*, Tomado del Derecho Europeo del Audiovisual, Tomo

Como mecanismo para hacerle frente al uso indiscriminado de las obras de los autores nacen las entidades de gestión de los derechos de autor.[6] Son un medio eficaz, pues los titulares pueden controlar la utilización de sus obras, que cada vez son más universales;[7] y eficientes en la medida en que deben obtenerse los máximos beneficios de su actividad a favor de quienes son los legítimos titulares de los derechos, lo que determina "en principio", que sus gastos sean los estrictamente necesarios para desarrollar su función.[8]

Este sistema, no obstante, ofrece ventajas tanto para los usuarios de obras protegidas como para los Estados. Los primeros se evitan tener que contactar individualmente a cada autor, compositor, editor, etc., para obtener la autorización de uso y poder remunerarlo, dirigiéndose a una entidad para acceder de manera más rápida y económica a las obras que necesitan. Los segundos, por otro lado, pueden asegurar la protección, tanto a los autores nacionales como extranjeros, y cumplir con los convenios internacionales de los cuáles se es miembro.[9]

I.3 Definición y Naturaleza Jurídica

A grandes rasgos se entiende por sociedad o entidad de gestión de derechos de autor a "aquellas organizaciones, con independencia de la forma jurídica de constitución, integradas por una misma clase de titulares de derechos de autor o derechos conexos, para el ejercicio común de una prerrogativa patrimonial".[10]

La legislación nacional de cada país especifica la naturaleza jurídica de estas entidades, sus funciones y derechos a gestionar.

Vemos comúnmente que la gestión colectiva de los derechos de autor se ha caracterizado por desarrollarse a través de entidades de carácter privado, sin ánimo de lucro, formadas y dirigidas por autores, con el objeto de defender intereses de carácter patrimonial de los titulares de las obras protegidas,[11] como ocurre mayoritariamente en Europa, Estados Unidos, y en América Latina.[12]

II, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p.1503.

6 Rocío Quintáns Eiras, ***Las Sociedades de Gestión de Derechos de Autor en la Unión Europea***, Tomado de Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor 2004-2005, Tomo 25, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p.469.

7 Antonio López Sánchez, ***El Desafío de la Sociedad de la Información y las Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual***, págs. 18-19. Extraído de la Pág. Web: http://www.cedro.org/Files/foro44.pdf. [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011]

8 José Luís Cádiz Deleito, ***Las Entidades de Gestión de los Derechos de la Propiedad Intelectual***, Economía de la Cultura, Num.792, Junio-Julio, 2001, p. 102.

9 Nuestro país, los convenios internacionales que abordan el tema de la gestión colectiva de derechos de autor es el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, ratificado mediante resolución No.69-97 del 1997 y el Convenio de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de 1961 (artículo 12), ratificado mediante resolución No.654 del 1977.

10 Santiago Schuster Vergara, ***El Estado Actual de la Gestión Colectiva en la Región. Perspectivas***, 2005, p. 3.

11 Delia Lipszyc, ***Derecho de Autor y Derechos Conexos,*** Ediciones UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 1993, p. 416.

12 Sólo en Italia, Cuba y en África Francófona y Occidental, se ha optado por recurrir a Entidades de Gestión de

Por ende, se considera que estas entidades de gestión de derechos de autor y conexos, deben ser de carácter privado con interés público,[13] debido a lo siguiente:

1. Peligro de un intervencionismo excesivo por parte del Estado, si se constituyeran en entidades públicas, interfiriendo incluso en el derecho a la libertad de expresión y produciendo situaciones ventajosas para los titulares militantes del partido de turno en el poder.

2. Siendo el Estado el usuario más importante en determinados países, una entidad de derechos de autor pública, estaría actuando como juez y parte.

3. Aparecen los problemas propios del Principal y el Agente, al no existir una linealidad clara entre los intereses de los titulares de los derechos de autor (administración eficaz de sus derechos),-Principal-, y los del burócrata-Agente-, que maximiza el ocio y poder.

4. Los titulares de derechos tienen más información del mercado que el Estado para la gestión de sus derechos, por lo que no hay garantías de que ese organismo público no se convierta en un aparato burocrático de escasos rendimientos.[14]

Más aún, son mayoritarias las legislaciones que exigen adoptar la forma de asociaciones civiles sin fines de lucro[15]. Esto significa que por mandato legal, a pesar del contenido económico de su actividad, son corporaciones o sociedades civiles que no reparten utilidades, limitándose a deducir de las recaudaciones los porcentajes necesarios para cubrir sus gastos.[16]

Dadas las anteriores características, las entidades de gestión de derechos de autor poseen posición de dominio en el mercado de la propiedad intelectual, constituyendo monopolios de legales o de hecho, al no existir más que una entidad de gestión para cada categoría de derechos, práctica generalizada en la mayoría de los países. Esto fuerza a que la Administración Pública intervenga a través de un órgano supervisor y establezca una serie de obligaciones por ley, (Ej. Remisión y notificación al organismo estatal correspondiente de las tarifas generales adoptadas), para tratar de disminuir el efecto nocivo que generan los monopolios en cualquier sector.

En ese sentido, el Estado debe intervenir para:

carácter público para efectuar la gestión colectiva de derechos de autor.

13 Se califican de manera expresa en muchas legislaciones "entidades privadas de interés público" en razón de que la naturaleza de los intereses colectivos involucrados, origina una vigilancia especial estatal que comienza con la propia constitución de la entidad y la autorización de su funcionamiento como sucede en nuestro país, artículo 162 de la Ley 65-00 sobre Derecho de Autor.

14 Ricardo Antequera Parilli, ***Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines***, Primera Edición, Editorial Reus, Madrid, España, 2007, pp. 267-268.

15 Sólo se aparta de esta normativa el Decreto No. 604 de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual de El Salvador, que dispone que las entidades de gestión colectiva se constituirán bajo cualquiera de las clases de sociedades que regula el Código de Comercio. A nivel Europeo, sólo Grecia contempla la formación de una sociedad comercial con fines lucrativos, AEPI (Sociedad Griega que representa los Creadores Musicales).

16 Santiago Schuster Vergara, ***Ob. Cit***., p. 4.

1. Velar por el buen desempeño y funcionamiento de las entidades; evitar que se vulneren los derechos que se pretenden proteger.

2. Impedir que en su ejercicio y actuación las entidades violenten el Derecho de la Competencia y las leyes antitrust.[17]

I.4 Objeto y Procedimiento de las Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Conexos

Las entidades de gestión colectiva se ocupan de la gestión de los siguientes derechos patrimoniales: [18]

a) Los derechos de reproducción mecánica sobre las obras musicales; [19]

b) El derecho del Droit de Suite[20].

c) El derecho de representación y ejecución pública sea esta humana o por medios mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales[21];

d) Los derechos de representación y ejecución sobre las obras dramáticas

e) El derecho de radiodifusión (en directo o grabadas por radio y televisión);

f) El derecho de reproducción reprográfica sobre las obras literarias y musicales[22];

g) Los derechos conexos.[23]

Las entidades de gestión colectiva establecen una tarifa o negocian con los grupos de usuarios a fin de otorgarles una autorización, para utilizar las obras protegidas que forman parte de su repertorio. A

17 Carlos Fernández Ballesteros, *Panorama Actual de la Gestión Colectiva en América Latina: Mapa de las Entidades de Gestión Existentes en la Región,* Tomado del Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: "El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital", Celebrado en Asunción, Paraguay, 7 al 11 de noviembre de 2005, p.7.

18 Gabriel Larrea Richerand, *La Gestión Colectiva como Medio Efectivo para la Protección de los Derechos*, Tomado del Congreso Internacional - El Derecho de Autor ante las Desafíos de un Mundo Cambiante, Homenaje a la profesora Delia Lipszyc, Lima, Perú, 24-27 de abril de 2006, p. 345.

19 David Sinacore-Guinn, *Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights: International Practices, Procedures, and Organization*, Boston, Estados Unidos, 1993, p. 194.

20 Remuneración a los autores de obras de arte y los trabajos manuscritos originales, por la venta de sus obras posteriores a la primera cesión operada por el autor. El Convenio de Berna (artículo 14) establece este derecho, pero deja en libertad a los Estados de decidir si lo introducen o no en su legislación

21 Leandro D. Rodríguez Miglio, *La Gestión y el Precio del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Tomado del III Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Tomo II, Montevideo, Uruguay, 1997, p.716.

22 María Trinidad Sanchos Martínez, *Derechos de Autor, Digitalización e Internet*, Editorial Universitas, p.97.

23 Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas a obtener remuneración por la radiodifusión o la comunicación de fonogramas al público.

cambio de esa licencia, se recibe un pago, para luego ser distribuidos entre los titulares de derechos miembros de la sociedad de gestión.

Sobre la cantidad de miembros adscritos y sus obras, y los registros de uso suministrados por los usuarios (por ejemplo, el registro de la música emitida por las emisoras de radio), las entidades de gestión colectiva distribuyen la contraprestación económica recibida entre sus miembros, de acuerdo a la utilización de las obras. De estas recaudaciones se deduce un porcentaje para cubrir costos administrativos y, según la legislación nacional de cada país, otro porcentaje para actividades de promoción social y cultural.[24]

I.5 Derechos y Obligaciones de las Entidades de Gestión

Cuando es una entidad de gestión colectiva la que realiza la administración de los derechos de autor, a diferencia de la gestión individual, se encuentra obligada a lo siguiente:

1. Negociar con el o los usuarios las condiciones para la explotación de las obras de los titulares que les han confiado la gestión de sus derechos.

2. Convenir la remuneración. Las utilizaciones masivas de las obras requieren de la formulación de contratos con los usuarios de los repertorios. Estas entidades adoptan un rol de intermediario y fijan tarifas generales de manera unilateral, para su uso y explotación. Estas tarifas por lo general, no están sujetas a la previa o posterior aprobación por parte del organismo de la administración pública encargado de autorizar el funcionamiento de estas entidades. Sólo existe la obligación de remitirles las tarifas a las autoridades correspondientes, sin que estas puedan fijar, aumentar o disminuir el monto de las mismas. Sólo pueden formular recomendaciones no vinculantes. Aunque existen excepciones.[25]

3. Conferir las autorizaciones de uso sin previa consulta con los autores. Se utilizan las licencias generales o los contratos de repertorios por medio de los cuales las sociedades autorizan a los usuarios, durante el plazo convenido en la licencia, el uso de todas las obras del repertorio que administran, ya sean nacionales o extranjeras.[26]

4. Asegurar la administración de las obras extranjeras según el principio de trato nacional, establecido tanto en el Convenio de Berna. En virtud de este principio, los Estados parte (Berna) o Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), deben brindar el mismo trato a los titulares de obras extranjeras, que el que gozan los nacionales de cada Estado, con respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual de que se trate. [27]

24 La Ley 65-00 no establece reserva de lo recaudado para fines de promoción social y cultural y no establece tope para los gastos de administración y gestión.

25 Ricardo Antequera Parilli, *Ob. Cit.*, p.290.

26 Delia Lipszyc, *Ob. Cit.*, p. 445.

27 Carlos Fernández Ballesteros, *Ob. Cit.*, p. 17.

5. Llevar a cabo la recaudación y hacer la distribución o reparto de las sumas percibidas entre los titulares de derechos de autor que gestionan.

6. Protección y defensa. Las entidades de gestión también ejercen una función de protección ante posibles infracciones o vulneración de los derechos de autor conferidos, pueden emprender acciones legales.[28]

7. Actividades de asistencia social a sus miembros y culturales a fin de promover el repertorio nacional de las obras, tanto en el plano nacional como en el extranjero. Estas actividades no son obligatorias y para serlo, deben incluirse en la legislación que rigen estas entidades o establecerse en los estatutos. Estos deberes cuando se acogen, son financiados por las entidades de gestión a través de deducciones sobre las cantidades recaudadas por los derechos licenciados.

I.6 Las Facultades de la Administración Pública en relación con las Entidades de Gestión

Como es evidente, dados los intereses involucrados en esta materia, la pluralidad de titularidades afectadas por las actuaciones de las entidades de gestión y por la posición de dominio, (monopolio de hecho o derecho, según las legislaciones nacionales), que las mismas ocupan en el mercado de los derechos de propiedad intelectual, se le reconoce al Estado un conjunto de facultades, para controlar que esas entidades cumplan las obligaciones y requisitos establecidos en las leyes, a pesar de su carácter privado.[29]

La vigilancia de la Administración Pública se extiende durante toda la vida de las entidades, pues es la Administración la que concede la autorización para funcionar como entidad de gestión y es también, la que revoca dicha autorización si la entidad no cumple con las obligaciones que recaen sobre ella.[30]

También se establece la obligación de notificar a la Administración sobre las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios, los contratos de representación recíproca con entidades extranjeras y documentos importantes de la entidad tales como balance anual, memoria de actividades y documentación contable financiera. [31]

El régimen sancionador con el que la Administración puede reaccionar frente a los posibles incumplimientos o abusos en la gestión de las entidades, es muy variado y depende de cada legislación. En este ámbito, el abanico de sanciones ronda desde las amonestaciones, multas y suspensión de actividades hasta la cancelación del permiso de funcionamiento de la entidad.[32]

28 María Trinidad Sanchos Martínez, *Ob. Cit.,* p.98.
29 Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Coordinador), *Manual de Propiedad Intelectual,* 3ra. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006, p. 288.
30 Ricardo Antequera Parilli, *Ob. Cit.*, pp.278-279.
31 *Ibíd*.
32 Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Ob. Cit*., p. 289.

SECCIÓN II

II.1 Aspectos Económicos de las Entidades de Gestión Colectiva

Las entidades de gestión desempeñan funciones económicas muy importantes: Protegen y distribuyen las prestaciones económicas derivadas de la utilización de las obras de los autores, en momentos en que la gestión individual sería impensable por los altos costes de transacción que envuelven estas operaciones.[33] Al mismo tiempo, desde el punto de vista del usuario, facilitan el acceso a las licencias reduciendo de manera significativa los costes de búsqueda e información.

II.1.1 Coste Transacción y la Gestión Colectiva

Según Ronald Coase[34], cuando los costes de transacción (costes incurridos por los agentes para llegar a un acuerdo) son bajos, cercanos o iguales a cero (0), las negociaciones privadas conducirán a la asignación de recursos más eficiente, que la que se produciría si interviniera el Estado, mediante regulaciones.[35]

Por tanto, para que las negociaciones privadas se efectúen, es necesario conocer quiénes son las partes envueltas, qué se desea negociar, en qué términos, que mecanismos utilizar en caso de incumplimiento y por último, luego que se llega a concertar el contrato, velar porque el mismo se cumpla. Todas estas operaciones a menudo resultan extremadamente costosas. Si ese coste supera la ganancia esperada de cada una de las partes con la realización del contrato, entonces los agentes como entes racionales, es decir, *homo oeconomicus*,[36] no contratarán, aunque dicho acuerdo hubiese sido eficiente. Y todo por los altos costes, que la mayoría de las veces, envuelven las negociaciones.

En ese sentido, lo que buscamos es minimizar esos costes a partir de mecanismos que faciliten las transacciones en los mercados. Y es precisamente cuando estos intercambios no pueden darse de forma natural, que la actuación del Estado resulta fundamental, a través del ordenamiento jurídico.

33 Gerd Hansen y Albrecht Schmidt-Bischoffshausen, *Economic Functions of Collecting Societies –Collective Rights management in the light of transaction cost- and information economics*, 2007, p.4. Extraído de la Pág Web: http://ssrn.com. [Fecha de consulta: 19 de Julio de 2007]
34 Ronald Coase fue el primero que llamó la atención sobre este tipo de costes en 1937. El llamado Teorema de Coase establece que si no existieran los costes de transacción, la asignación de recursos sería siempre la más eficaz cualquiera que fuese la distribución de derechos de propiedad. En la teoría económica se entiende por derecho de propiedad la libertad de elegir o capacidad de adoptar una decisión referente a un bien o servicio. Los costes de transacción pueden definirse como "los costes de transferir derechos de propiedad" o como "los costes de establecer y mantener los derechos de propiedad.
35 Paul Krugman y Robin Wells, *Introducción a la Economía- Microeconomía-*, Editorial Reverté, Barcelona, España. 2006, p.460.
36 Homo Oeconomicus: ficción en la que se figura al hombre como un ente maximizador de sus opciones, racional en sus decisiones y egoísta en su comportamiento. http://es.wikipedia.org/wiki/Homo_oeconomicus [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2011]

Por ende, refiriéndonos a la gestión colectiva, el objetivo perseguido con este sistema es garantizar el acceso eficiente a las obras protegidas a través de licencias, donde ambas partes resultan beneficiadas. Los usuarios, ven reducido sus costes de búsqueda e información y a los titulares, se les asegura la remuneración correspondiente por el uso de sus obras, ahorrándoles los costes de negociación, ejecución y supervisión de las licencias.

Visto lo anterior, desglosaremos los tipos de costes de transacción que se presentarían si sólo existiese la gestión individual de los derechos de autor:

3 Costes de Información y Búsqueda: Son los recursos invertidos por los usuarios potenciales de las obras protegidas, para localizar aquellas obra que poseen las cualidades deseadas que motivan su adquisición.[37] Buscan información acerca de lo quieren adquirir y luego que se informan, proceden a establecer contacto con el o los titulares de los derechos. [38]

Por parte del titular, este coste supone el estar "visible para poder ser contactado y ubicado por la mayor cantidad de usuarios, es decir, los costes incurridos para dar a conocer su obra. (Publicidad)

4 Costes de Negociación: Una vez que ambas partes se han puesto en contacto, entra la fase de negociación de la licencia, cuyos costes no son desdeñables. Los contratantes deben llegar a un acuerdo, en cuanto al tiempo de la licencia y el precio, lo cual requiere de tiempo, asesoría legal y/o económica. En adición, hay que señalar la aparición de información asimétrica[39] que induce a los agentes a tomar posiciones estratégicas en la negociación, complicando e incluso impidiendo el acuerdo.

5 Costes de Ejecución y Supervisión: Son aquellos recursos invertidos para ejecutar lo pactado y velar por su fiel cumplimiento. Además, cuando las licencias son de larga duración, suelen haber costes adiciones de ajustes, es decir, costes en los que incurren las partes cuando proceden a renegociar los términos de la licencia.

Estos costes, sin olvidarnos de los empleados por los autores para detectar los usos ilegales de su obra, convierten al sistema de gestión individual en insostenible y económicamente no lucrativo. De aquí la importancia de las entidades de gestión: Eficientizan la utilización de los recursos, llevándolos a un nivel en el cual el número de transacciones en el mercado de las obras protegidas, es cada vez mayor.[40] Los

37 Jesús Alfaro Águila – Real, ***Los Costes de Transacción***, p.15. Extraído de la Pág. Web: http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/jaar%20-%20Costes.pdf [Fecha de consulta: 1 de octubre 2011]

38 ***Ibíd.***, p.17.

39 La información asimétrica se da en la situación en la que un comprador y un vendedor tienen información diferente sobre una misma transacción, llevando a una situación de discriminación de precios, perjudicial para el consumidor ya que puede estar pagando más por el mismo producto que los demás.

40 François Lévêque y Yann Ménière Paris, ***The Economics of Patents and Copyright,*** July 2004, pp.72-74. Extraído de la Pág. Web the Social Science Research Network Electronic Paper Collection: http://ssrn.com/abstract_

costes de negociación se reducen drásticamente, debido a que los términos contractuales y las tarifas ya están establecidos previamente y el usuario sólo tiene que dirigirse a la entidad de acuerdo al tipo de obra que desee licenciar.

Sin embargo, el sistema de gestión colectiva sólo podrá reducir costes de transacción en la medida en que se garantice transparencia en favor de los autores y de los usuarios. Si existe confusión sobre las condiciones bajo las cuales se licencian la utilización de las obras, tarifas o tratos discriminatorios, los usuarios realizarán un análisis coste-beneficio, donde evaluarán si les resulta más rentable licenciar bajo esas condiciones o hacer uso ilegal de la obra protegida. Obviamente, elegirán la forma de uso cuyos costes sean los más bajos. El uso legal del contenido protegido sólo será preferencial, si no existen estructuras complicadas, burocráticas y abusivas en la gestión, y sobre todo, un Estado vigilante. Evidentemente, en muchos casos, las entidades de gestión lo que hacen es crear nuevos costes de transacción.

II.1.2 Economías de Escala y la Gestión Colectiva

Otra de las ventajas de las entidades de gestión colectiva vis-á-vis con la gestión individual de los derechos de autor, radica en que la gestión colectiva puede producir economías de escala,[41] por varios motivos. A saber:

a) La especialización de cada entidad en una categoría de derechos, trae como consecuencia que administre mejor su repertorio en comparación con la gestión de todos los derechos.[42]

b) Las sociedades deben mantener una gran estructura administrativa (costes fijos constantes), para resultar eficaz en su gestión. En vista de esto, pueden reducir estos costes administrativos en promedio, vía el volumen de negocio, es decir, el número de transacciones que realizan (las licencias que otorgan). Por tanto, el coste medio de gestionar una obra disminuye a medida que aumenta el número de licencias y prestaciones que se reciben por ese concepto. Por esto es fundamental el número de transacciones que se llevan a cabo en las entidades.

id=642622 [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2011]

41 La Economía de escala, se produce cuando se dobla la producción sin duplicar los costes, es decir, cuando crece la producción, los costes por unidad producida van disminuyendo. (Coste medio).
Paul Krugman y Robin Wells, ***Ob. Cit.,*** p.201.

42 Gerd Hansen y Albrecht Schmidt-Bischoffshausen, ***Ob. Cit.,*** p.15

II.1.3 El Riesgo y la Gestión Colectiva

Considerando a los titulares de los derechos de autor como entes adversos al riesgo[43], es decir, que no pueden evaluar el éxito o el fracaso a priori, de sus trabajos; el comportamiento racional los llevará a fiar la gestión de sus obras a una entidad de gestión. Esta es la opción más segura, pues la mayoría de los autores no conocen a fondo cómo funciona el mercado de gestión de derechos. Las sociedades, sin embargo, ya tienen la experiencia de muchos años de trabajo en el área, produciéndose, en consecuencia, la asignación eficiente del riesgo en manos de quien puede soportarlo mejor: las entidades de gestión colectiva.

II.2. Sociedad Única o Pluralidad de Sociedades

II.2.1 Generalidades

Iniciamos con las siguientes interrogantes relacionadas con la praxis de las entidades de gestión: ¿Debe una entidad colectiva de derechos de autor tener un monopolio en los derechos que administra?, o ¿Debe existir un libre mercado capaz de soportar la concurrencia de varias entidades? Son precisamente a estas preguntas a las que pretendemos responder en esta investigación.

Las modalidades legales mediante las cuales se pueden presentar la unidad o multiplicidad de entidades gestión, son las siguientes:

a) Por mandato expreso. La Ley confiere todas las facultades de gestión a una única entidad.[44]

b) Cuando se consiente la creación de varias entidades de gestión, una para cada tipo de género o modalidad de explotación.

c) No se prohíbe la competencia entre entidades del mismo género, pero se ordena que en caso de existir, todas ellas deban constituir un ente recaudador único.[45]

Cuanto mayor es el monopolio concedido a una entidad, más fuerza y poder obtiene en sus negociaciones con los usuarios. Sin embargo, el ejercicio de tal poder puede conllevar a abusos que dañan y perjudican a los usuarios de los derechos protegidos por la propiedad intelectual.[46]

43 Individuos que eligen siempre reducir el riego al que se enfrentan si ello no implica que el valor esperado de su ingreso cambie.
Paul Krugman y Robin Wells, *Ob. Cit.,* p.435.
44 Ricardo Antequera Parilli, *Ob. Cit.*, p.276.
45 El caso de Brasil es el único en el mundo.
46 David Sinacore-Guinn, *Ob. Cit.*, p.220.

Así las cosas, resultan determinantes los mecanismos de control que el Estado pueda adoptar en contra de estos abusos. La Administración Pública debe equilibrar los intereses enfrentados: La gestión de los titulares de los derechos de autor y el acceso de los usuarios o consumidores a esos bienes, en términos razonables.

II.2.2 Exclusividad Territorial vs. Libre Mercado

Como sugiere el título de este acápite, el dilema radica en determinar cuál es el modelo eficiente de gestión colectiva, ¿la exclusividad o la competencia de gestión?

En la práctica, con una mayoría abrumadora, cada tipo de derechos es administrado por una entidad colectiva, monopolio de hecho, siendo escasos las legislaciones que contemplan el monopolio de derecho, como es el caso dominicano[47].

En contraste, Brasil y los Estados Unidos son los únicos países en los cuales hay concurrencia entre organizaciones colectivas que manejan la misma categoría de derechos.

II.2.3 Argumentos a Favor del Monopolio de la Gestión Colectiva

En favor del status monopólico que confiere a una sola entidad colectiva de derechos o una para cada tipo de derecho, la gestión dentro de un territorio, se esgrimen muchos argumentos. Subyace la idea de que monopolio es necesario para percibir todos los beneficios que genera la explotación de las obras protegidas a favor de los titulares.[48]

Igualmente se considera que los Derechos de Autor tienden a crear monopolios naturales debido a que su gestión genera economías de escala, cuyos costes son menores a los que se obtendrían en una situación de libre competencia, como se ha explicado anteriormente.

El reconocimiento de varias entidades para administrar la misma categoría de derechos, genera una situación de paralelismo que suscita numerosos conflictos entre sus mismos afiliados, creando desconcierto entre los usuarios ante la simultaneidad de tarifas que deben aceptar para un misma obra, pero fijadas por diferentes entidades. La pluralidad de entidades, crearía una guerra de tarifas tendiendo hacia la baja, disminuyendo las recaudaciones, en desmedro de los intereses de los titulares administrados.[49]

Así lo entendió la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), de Perú, cuando resolvió:

47 Art.162 de la Ley 65-00 sobre Derecho de Autor.
48 David Sinacore-Guinn, *Ob. Cit.*, p.222.
49 Delia Lipszyc, *Ob. Cit.*, p. 433.

[...] "La pluralidad de sociedades de gestión para administrar un mismo derecho puede terminar perjudicando los intereses que estas sociedades pretenden proteger o promover. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de los autores, la competitividad entre dos o más sociedades pueden provocar la disminución de la recaudación, ya que cada sociedad buscará tener tarifas más bajas para atraer a los usuarios de las obras, los que obviamente contratarán con la sociedad que le ofrezca la tarifa más baja. Además, esta situación de competitividad puede dar lugar a que algunos usuarios busquen a través de determinadas conductas evadir el pago por el uso de la música. Por el lado de los usuarios, el hecho que existan varias sociedades de gestión resulta un inconveniente, puesto que lo que éstos buscan es acceder al universo de obras disponibles en el mercado a través del pago de un solo arancel, lo que no sucede cuando hay pluralidad de sociedades, ya que al estar dividida la administración de las obras, los usuarios se verán sometidos a varias reclamaciones y tendrán que pagar varios aranceles".[50]

La pluralidad de entidades de gestión, pero limitadas cada una de ellas a determinadas categorías de obras, modalidades de explotación o clase de titulares, permite la especialización en cada una de las áreas protegidas por el derecho de autor o los derechos conexos, y por tanto una mejor gestión.

II.2.3.1 Eficacia de la Representación

Para que una organización colectiva represente con eficacia los intereses de sus miembros, debe ser una entidad de gran alcance: Debe supervisar y vigilar las ejecuciones de las obras de sus miembros en una escala nacional y tener la capacidad de administrar y de licenciar una gran cantidad de trabajos. Además, debe estar en posición de negociar en igualdad de condiciones con grupos de usuarios poderosos.

Si existieran activas varias entidades de gestión, las capacidades y facultades de una se verían disminuidas por la otra. Estas pueden mantener a nivel nacional a un personal, aunque son constituidas sin ánimos de lucro, hasta el punto de que sea económicamente factible. Por ejemplo, la mayoría de los colectivos deducen comúnmente entre 10 y 30 por ciento para cubrir sus costos de administración. Mientras más pequeña es la organización, menos dinero tendrá disponible para suplir sus actividades de supervisión o, alternativamente, mayor es el porcentaje de recursos que será asignado a tales actividades. De ese modo, el campo de actuación de la entidad se vería disminuido o limitado por los pocos recursos disponibles.[51]

II.2.3.2 Eficacias de Escala

La mayoría de las organizaciones colectivas a nivel mundial son monopolios de hecho Esto ha sido aceptado por una razón: Es ineficaz tener muchas organizaciones, ya que se duplican las actividades y se

50 Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI, Jurisdicción Administrativa, de 3 de diciembre de 2001, Resolución No.1646-2001/TPI/INDECOPI.
51 David Sinacore-Guinn, *Ob. Cit.*, p.223.

derrochan recursos que pudieran favorecer a la clase artística de cada país.

Se espera que una organización colectiva, mantenga numerosas oficinas a nivel nacional con las funciones de negociar licencias, publicar acuerdos, supervisar la ejecución de las licencias otorgadas, recoger y distribuir las regalías entre los miembros y, en caso de necesidad, interponer acciones judiciales para hacer cumplir los derechos de los titulares. Por tanto, los costes de funcionamiento de tal organización son relativamente fijos, es decir, no varían substancialmente si se gestiona dos o mil obras.[52]

II.2.3.3 Necesidad

Es posible que un mercado pueda ser lo bastante grande como para soportar la entrada de más de una organización de gestión colectiva, pero se tiene el riesgo que el coste marginal de la entrada de una entidad más en el mercado, reduzca significativamente el nivel operacional de las existentes, y por tanto no puedan administrar correcta y eficazmente los derechos de las obras que representan. Es por ello que se limita el número de entidades para evitar situaciones como la anterior.

Del lado de los usuarios, la existencia de entidades monopólicas para cada tipo de derechos, reducen los costes de búsqueda, pues en caso contrario, tendrían que determinar cuál entidad representan las obras que desean utilizar tanto nacional como internacionalmente. Por ejemplo, la pluralidad en el área musical, aumentaría el coste incurridos por los usuarios debido a que los mismos deben obtener licencias de varias entidades.[53]

II.2.4 Argumentos en contra del Monopolio de la Gestión Colectiva

Los argumentos en contra de la exclusividad territorial de las entidades de gestión o monopolio, se fundamentan sobre las ventajas de un mercado de libre competencia.

El monopolio que ostentan las entidades de gestión por categoría de derechos, reduce sus incentivos a operar de modo eficiente, eficaz, con equidad y transparencia, al no verse expuestas a ser desplazadas por la competencia.

Se analizan tres áreas primarias: promoción de un libre mercado económico, control de abusos monopolísticos y restricciones en la libertad de asociación de los autores.

52 Ariel Katz, *The Potential Demise of Another Natural Monopoly: New Technologies and the Future of Collective Administration of Copyright*, Research Paper No. 04-02, p16. Extraído de la Pág. The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, http://ssrn.com. [Fecha de consulta: 21 de Julio de 2009]
53 David Sinacore-Guinn, *Ob. Cit.*, p.225.

II.2.4.1 Libre Mercado -Protegiendo al Consumidor

Es la premisa básica de todas las economías de libre mercado: la competencia es el mejor medio para asegurar precios bajos y de estimular y mantener la calidad. Se considera que el mercado monopolístico "reduciría las facultades o capacidades de negociación" que gozan los titulares de tales derechos. La libre competencia, sin embargo, permitiría que los precios de las licencias fueran determinados por una interacción más libre de la oferta y de la demanda.

No cabe duda que uno de los efectos de la libre competencia se visualizan en la reducción en el precio para los consumidores de los bienes o servicios que se adquieren a nivel del coste marginal. Y esto es notable en la concurrencia de entidades de gestión. Pero también podría aplicarse un principio de economía básico, a menor precio, mayor demanda, todo lo demás constante.

Con la competencia se minimizan los efectos más devastadores de la instauración de los monopolios: la pérdida de eficiencia (deadweight) y la transferencia del excedente del consumidor[54]. Estos dos efectos resultan cuando se fijan precios por encima del nivel competitivo. Cuando el monopolista limita la producción y vende su producto en un precio por encima de su coste marginal, los consumidores que están dispuestos a pagar un precio más alto que el coste marginal pero más bajos que el precio del monopolio, son expulsados del mercado. Aunque tales transacciones tienen un valor social, no se materializan por los precios monopólicos, creando una pérdida de eficiencia en el mercado, (se producen y se consumen una cantidad menor a la eficiente, mientras más grande es el número de transacciones que se dejan de materializar más grande es la pérdida de eficiencia). Además, el monopolio implica transferencia del excedente de los consumidores que compran (quiénes habrían pagado menos bajo condiciones de competencia) al monopolio.

Usando el análisis anterior, las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, son monopolistas que fijan precios por encima del nivel competitivo[55], ampliando la brecha de los consumidores al acceso de las obras. Estos colectivos, igualmente, practican discriminación de precios para maximizar los beneficios a favor de los titulares. Fijan precios diferentes a diversas clases de usuarios, según el uso de las obras. Así una televisora paga un precio más alto que una cafetería o bar por la música que utilizan. Pero como no pueden practicar una discriminación de precios perfecta, es decir, a cada consumidor dentro de un mismo grupo de usuarios, según su demanda, su valoración de los repertorios o lo máximo que estarían dispuestos a pagar, aumentan la transferencia del excedente del consumidor a la entidad.

En la práctica muchos países en los cuales la administración colectiva existe como monopolio, han establecido formas de supervisión gubernamental para asegurar que el organismo gestor no abuse de su estado monopolístico con respecto a usuarios. En Canadá, por ejemplo, las normas de fijación de precios de las entidades de gestión colectiva deben ser aprobadas por la Comisión de Derechos de Autor.

54 El excedente del consumidor se define como la diferencia entre lo que estarían dispuestos a pagar los consumidores por una determinada cantidad de producto y lo que efectivamente pagan.
55 En Estados Unidos, ASCAP y BMI tienen las tarifas de sus repertorios más bajas del mundo.

En otro aspecto, refutando uno de los argumentos a favor del estatus monopólico de las entidades, el aumento de los costes de búsqueda por los usuarios, la creación de un sistema de ventanilla única, una especie de coalición de distintas organizaciones de gestión colectiva que ofrezcan servicios centralizados y faciliten la rápida obtención de autorizaciones, donde exista una base de datos de las obras que son gestionadas por las diferentes entidades, puede emplearse para solucionar este inconveniente.[56]

II.2.4.2 Libre Mercado -Protegiendo a los Titulares

Considerando a los titulares de los derechos de autor como consumidores de los servicios que ofrecen los colectivos, argumentos del acápite anterior se aplican, para la protección de derechos de los autores y/o artistas.

El coste de gestión de las entidades, es el porcentaje que se deduce de las regalías que serán repartidas por las licencias otorgadas de las obras de cada autor. Para seguir siendo competitivos, y atraer a la mayor cantidad de autores para su respectiva afiliación al colectivo, estarán obligados a recortar sus costes operativos hasta el nivel que permita la eficacia en la gestión. Este argumento se sustenta por entidades como ASCAP y BMI, dedicadas a la gestión de los derechos musicales en los Estados Unidos, cuyos costos administrativos se encuentran entre los más bajos del mundo.

De igual modo, según lo observado por los tribunales en diversas sentencias, los colectivos, pueden realizar un trato discriminatorio entre sus miembros, lo que tendría una repercusión negativa para las sociedades extranjeras que requieren la representación de sociedades locales. Donde hay sólo una entidad colectiva para cada tipo de derechos, las entidades extranjeras estarían temerosas de afiliarse a una entidad que discrimine entre sus miembros.

Por ende, en vez de confiar en la protección judicial o en otras formas de supervisión gubernamental, la pluralidad de organismos colectivos permitiría un mercado competitivo entre las sociedades que intentan representar a los autores, escogiéndose aquella organización que mejor efectúe su labor y sirva a sus intereses.[57]

II.2.4.3 El Derecho Privado de Asociación.

En las discusiones en favor de la administración colectiva y su carácter no exclusivo, la tensión se ha puesto sobre la naturaleza privada de los derechos de autor y derechos conexos. [58] Claramente, entre esos derechos está el de asociación privada. Los titulares deben tener la libertad de asociarse, de formar cualquier organización que deseen. Cualquier política gubernamental que restrinja o inhiba el desarrollo de las entidades de gestión, interfiere con el derecho constitucional de asociación de estos autores.

56 María Trinidad Sanchos Martínez, *Ob. Cit.,* p.98
57 David Sinacore-Guinn, *Ob. Cit.*, p.229.
58 Maria del Pilar Cámara Águila, *El Ánimo de Lucro en las Entidades de Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual*, p.19. Tomado de Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, Num. 9, Sept- Dic 2001.

SECCIÓN III

Para poder tomar una postura racional y congruente sobre el tipo de sistema de constitución de entidades de gestión, competencia o monopolio, es preciso conocer como los países más desarrollados en el área de los derechos de autor han configurado y armado el esqueleto que ha de sostener a tales entidades y sobre todo, como el Estado actúa para velar por el fiel cumplimiento de las normas a favor de la competencia y el consumidor.

Las entidades de gestión como intermediarias entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y el mercado donde tales derechos se explotan, realizan una actividad económica y como tal, pasa por el escáner de la legislación antritrust.[59]

Las entidades de gestión, en el mercado de las obras protegidas, muy marcado a nivel europeo, se encuentran en una posición ventajosa respecto a los autores y terceros usuarios.[60] Ocupan una posición dominante, tienen efectivo control del servicio que brindan y actúan con libertad sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, (porque simplemente no los tienen), clientes y consumidores, es decir, comportándose como un verdadero monopolista.[61]

Como sabemos, la posición dominante no está prohibida, lo que sí lo está, es el ejercicio abusivo que se realiza de esa condición, (precios desproporcionados, negativas a licenciar, discriminación de precios, etc.)[62] cuando lesiona la competencia efectiva y perjudica a los consumidores o usuarios. De ahí la importancia del establecimiento de controles gubernamentales que impidan que situaciones como esta se produzcan.

III.1 Conductas de Abuso de Posición de Dominio por Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor Europeas

Son numerosos los casos en los que se han visto envueltas las entidades de gestión colectiva, en violación al Tratado de la Comunidad Europea[63], pues su estructuración por tipos de derechos de autor, lleva en la práctica, como hemos especificado, a que las entidades de gestión disfruten en sus respectivos mercados de un monopolio de hecho. Estos monopolios, a su vez, se encuentran reforzados por una red de acuerdos de representación recíproca concluidos entre los colectivos[64].

59 F. Bondia Román, *Propiedad Intelectual. Su significado en la Información*, Madrid, España, 1988, p.43.
60 Mercedes Sabido Rodríguez, *La Creación Intelectual como Objeto de Intercambios Comerciales Internacionales*. Universidad de Extremadura, 2000, p.169.
61 Javier Torres Fueyo, *Entidades de Gestión, Negociación Colectiva y Protección de la Competencia en los derechos de Remuneración en la Propiedad Intelectual. Algunas Ideas*, Revista Aranzadi Civil, Volumen 1, Tomo XI, Primera Edición, 2002, p.2185.
62 *Ibíd*., p.170.
63 Articulo 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.
64 José María Beneyto Pérez (Director), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Editorial Bosch, 2005, p.619.

La situación de monopolio que disfrutan las entidades de gestión a nivel europeo, ha generado dos tipos de abusos:

1. **Abusos frente a los autores**, cuando la entidad le impone contractualmente obligaciones que implican restricciones que van más allá de lo razonablemente necesario para la adecuada protección de los intereses económicos del asociado o cuando se niega gestionar sus derechos.

2. **Abusos frente a los usuarios** a través de la imposición de condiciones de contratación no equitativas o la negativa arbitraria a contratar.[65]

Un ejemplo palpable de lo relativo al 1er. acápite es la práctica de imponer a sus asociados contratos de carácter global, que comprenden la cesión de la gestión de todos los derechos de autor, actuales y futuros sin distinción. En la sentencia BRT/SABAM de 21 de marzo de 1974[66], al objeto de determinar el carácter abusivo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), consideró necesario utilizar una ponderación o balance de los intereses en juego. Por un lado, el interés de la sociedad de gestión en la salvaguardia eficaz de sus derechos e intereses y del otro, el interés que puede tener un autor individual en no comprometer su libertad de disposición sobre la obra más allá de lo necesario.[67] Conforme a este criterio, el TJCE concluye que puede constituir una explotación abusiva de la posición de dominio del organismo colectivo, la imposición a sus asociados de obligaciones no indispensables para la realización de su objeto social, limitando así de forma injusta la libertad del autor asociado en el ejercicio de su derecho. [68]

En las sentencias Lucazeau/Sacem y Ministerio Público/Tournier de 31 de julio de 1989[69], el TJCE se enfrentó a la cuestión de si una entidad de gestión de derechos de autor francesa, en materia musical, que establecía un tipo fijo de remuneración basado en un determinado porcentaje del volumen de negocio del usuario (discotecas), era autora de una práctica abusiva de imposición de condiciones de

65 *Ibíd., p*. 620.
66 Los hecho que desencadenaron la interposición de este recurso en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea fueron: Los autores concluyeron contratos con una sociedad de gestión belga (SABAM), en los cuales ceden a aquella todos sus derechos sobre sus obras presentes y futuras, incluso durante los 5 años siguientes a la dada de baja de los titulares asociados. Luego de dos años, esos autores contratan de manera independiente con una entidad de radiodifusión belga (BRT) la cesión de algunos derechos durante un período limitado a dos años. Por otra parte, SABAM concluye un contrato no exclusivo con la Sociedad Fornior, para la explotación fonográfica de las obras del repertorio de SABAM. La reproducción de la obra por la Sociedad Fornior es lo que sirve de base a la demanda presentada por los titulares del derecho a SABAD y BRT.
67 Gloria Esther Delgado Hernandez, *Sociedades de Gestión Colectiva de Derecho de Propiedad Intelectual: Entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Propiedad Intelectual*, Tomado del Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación II, Madrid, 2000, pp. 181-183.
68 J. M. Gondra, *Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 2000, p. 81.
69 Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989. François Lucazeau y otros contra Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM), Asuntos Acumulados 110/88, 241/88, ECR, 1989, p.02811.

contratación no equitativas. A tal efecto, el TJCE consideró necesario comparar este tipo, con el aplicado por sociedades de gestión de otros Estados miembros. Se estimó que el 8.5% aplicado sobre el volumen de negocio a las discotecas francesas era unas cuatro veces la cantidad media cobrada en el resto de los Europa.[70] El resultado: explotación abusiva de una posición dominante.

Otro ejemplo de condena por tarifas abusivas, lo encarnó AGEDI en el 2006, entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales en España, en contra de Antena 3 y Telecinco, cadenas televisivas. El Tribunal de Defensa de la Competencia Española (TDC) condenó a AGEDI, por entender que las tarifas generales impuestas a las televisoras, no basaban su cálculo en el uso real de los fonogramas, estableciendo diferencias discriminatorias, ya que las mismas eran muy superiores a las que se le había estado cobrando a Radiotelevisión Española (RTVE).[71]

En otro aspecto, han considerado, sin embargo, como una práctica no restrictiva de la competencia, el hecho de que algunas sociedades de gestión colectiva de derechos de autor en materia musical, exijan una licencia global por el conjunto de las obras del repertorio de la sociedad, aunque sólo utilizasen una parte del mismo, porque en principio la autorización global se considera imprescindible para que las sociedades de gestión puedan salvaguardar los derechos e intereses de sus socios en relación con los usuarios.[72] Este objetivo impide calificar la negativa de las sociedades de gestión a conceder autorizaciones parciales del repertorio como una práctica de abuso de posición dominante, salvo que una autorización parcial del repertorio permitiese, salvaguardar por completo los intereses de los autores, compositores y productores de música, sin que aumentasen por ello los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de la obras musicales.[73]

Asimismo, el Tribunal Supremo norteamericano tuvo ocasión de examinar la legalidad de estas licencias globales o Blanket Licenses, en el caso BMI vs.Columbia Broadcasting System (CBS)[74]. Una de las mayores cadenas de televisión, solicitó licencias de uso de tal forma que pudiera seleccionar y pagar sólo por las composiciones que efectivamente utilizara. Dos de las principales sociedades de gestión de derechos de autor, ASCAP y BMI rechazaron esta proposición. Columbia acudió a los tribunales, demandando a las entidades por vinculación ilegal. [75] El Tribunal Supremo de los EE.UU. rechazó la existencia vinculación, al considerar que las sociedades de gestión carecían del poder de forzar al demandante a aceptar el paquete de licencias. Columbia tenía la posibilidad de contratar cualquier licencia individual que desease acudiendo directamente al compositor, debido a que las licencias que éstos concedían a las sociedades no tenían carácter exclusivo.[76]

70 Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (Directores), ***EL Abuso de la Posición de Dominio***, Marcial Pons, Madrid, España, 2006, pp.257 – 258.

71 Noticias Españolas de Competencia, Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados, Número 45 – Del 21/06/2006 al 20/07/2006, p.1. Extraído de la Pág. Web: http://www.cms-asl.com/publicaciones_castellano.php, [Fecha de consulta: 03 de Agosto de 2007]

72 Luís Alfonso Calvo Caravaca, ***Ob. Cit., p.***663.

73 ***Ibíd., p.***664.

74 Broadcast Music, Inc c. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979)

75 Sergio Baches Opi, ***La Aplicación del Derecho Antitrust al Ejercicio Unilateral de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial: el Estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE.UU***. Tomado de Varia, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, España, p. 650.

76 Carmen Herrero Suárez, Libre Competencia y Propiedad Intelectual. Análisis Comparativo entre el Derecho antitrust Estadounidense y el Derecho de la Competencia Comunitario Europeo, Tomado del Derecho de la Competencia Europeo y Español, Volumen VI, Madrid, España, 2005.

Si bien en Estados Unidos estas licencias globales son permitidas, a pesar de existir concurrencia entre entidades de gestión, es a razón de la no exclusividad en la gestión de derechos. El titular a pesar de ceder mediante el contrato de gestión los derechos de su obra, puede directamente otorgar licencias a los usuarios que así lo soliciten. En Europa las cosas son muy diferentes.

La exclusividad que impera en los contratos de gestión europeos, es lo que facilita el ejercicio abusivo de la posición de dominio que ostentan estos colectivos, perjudicando no sólo a los titulares sino también a los terceros usuarios. Claro, lo anterior sumado a una débil supervisión gubernamental sobre los precios, normas de recaudación y repartición que establecen las entidades. La exclusividad, no solo restringe el campo de acción y disposición de los titulares con respecto de su obra sino que disminuye el excedente del consumidor favoreciendo al colectivo.

III.2 Viabilidad Práctica de la Libre Competencia en la Gestión Colectiva: Estados Unidos y Brasil

Es muy difícil evaluar los argumentos del libre mercado en la gestión colectiva, a razón de que los únicos países en los cuales existe más de una entidad colectiva para una categoría particular de derechos son Brasil y los Estados Unidos, dada la extensa supervisión gubernamental sobre las operaciones de estos colectivos en cuanto a precios. Esto no ha dado lugar a un verdadero libre mercado competitivo, lo que impide evaluar si existe alguna competición verdadera y si los precios bajos son producto de la interacción de la competencia o de la presión estatal.

De hecho, a pesar de la existencia de tres organizaciones colectivas separadas en el campo de la música en los Estados Unidos, es decir, ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers), BMI (Broadcast Music Incorporated) y SESAC Society of European Stage Authors and Composers), el gobierno norteamericano ha procesado a ASCAP y BMI por prácticas anticompetitivas y han obtenido acuerdos, "consent decrees",[77] que regulan las actividades de estas entidades.[78]
Estados Unidos, además, cuenta con estructuras sindicales más fuertes y activas que Europa, capaces de concentrar a colectivos de usuarios para negociar tarifas justas y equitativas con las entidades de gestión.

Lo que sí es evidente, es que la existencia de esas tres sociedades, ha protegido los intereses de titulares contra el tratamiento injusto o discriminatorio y han permitido el desarrollo del derecho privado a la libre asociación. En ese sentido, mientras que los aspectos competitivos son anulados por la imposición de los decretos de consentimiento, las tres sociedades responden claramente a las necesidades de sus miembros o afiliados por el hecho de que todas continúan atrayendo a nuevos miembros y conservando a los viejos.

77 Un decreto de consentimiento, traducción literal**,** es una resolución judicial que expresa un acuerdo voluntario entre las partes de un conflicto. En Estados Unidos, para poner fin a los conflicto con empresas que son sometidas por violar las leyes antitrust, utilizan estos acuerdos.

78 Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados, Num.37, 14/03/2005-12/04/2005, p.14.

Situación distinta ocurre en Brasil. Hasta el 1977, existía concurrencia entre entidades colectivas de derecho de ejecución pública de obras musicales; pero fueron tales los conflictos que se originaron entre las actividades de dichas entidades, principalmente judiciales, que la reforma del sistema se hizo inminente.[79] Se creó el Escritorio Central de Arrendaçao e Distribuiçao (ECAD)[80], integrado por todas las entidades de gestión de ejecución de obras musicales existentes, cuya función es la de autorizar o prohibir la ejecución pública de obras musicales, fijar las tarifas y efectuar la recaudación y posterior distribución de las sumas obtenidas. Con este sistema se eliminó la concurrencia entre la pluralidad de entidades de gestión existente, quienes se ocupan de representar a los titulares de derechos, identificar y documentar sus repertorios para facilitar la distribución de las regalías a cada uno de sus miembros. [81]

Con todo lo anterior, se evidencia que el disfrute efectivo de los Derechos de Autor está garantizado por el Estado. Él, mediante el marco regulatorio interno dispone la forma en que esos derechos serán ejercidos por sus titulares y cuáles serán las relaciones con los usuarios. El establecimiento de entidades monopólicas de hecho, debería ser consecuencia de la interacción libre de cada mercado, no de imposiciones administrativas. Las restricciones a la competencia siempre causan efectos negativos para las partes involucradas como hemos desarrollado en esta investigación. No admitimos los monopolios de derechos.

La experiencia internacional ha constituido mayoritariamente monopolios de hecho, dejando bien claro que ese poder de mercado en manos de las entidades de gestión, no puede quedar sin vigilancia, sobre todo en lo concerniente a la imposición de tarifas. Los casos de abusos son más que notarios.

79 Santiago Schuster Vergara, *Ob. Cit*., p. 8.

80 ECAD, según el Tribunal Constitucional Brasileño, es un instrumento indispensable para la protección de los derechos de autor y no representa amenaza de abuso de posición dominante, ya que las tarifas y las políticas a seguir, en la práctica, la establecen las propias entidades de gestión que a su vez forman parte de ECAD.

81 Santiago V, *Las Entidades de Gestión Colectiva de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes en América Latina. Experiencias concretas*, en el libro memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, España, 1991, p.1041.

SECCIÓN IV

Las entidades de gestión colectiva de derechos de autor se encuentran reguladas, en nuestro país, por la Ley sobre Derecho de Autor No.65-00[82], G.O. 10056 del 24 de agosto de 2000 y el Reglamento de aplicación No. 362-01, G.O 10076, del 14 de marzo de 2001[83]. A su vez, están sujetas a los lineamientos constitucionales establecidos en nuestra Carta Magna sobre la libertad de empresa.

En ese sentido, existe una evidente contradicción entre el precepto constitucional de libertad de empresa establecido en la Constitución Dominicana en su Artículo 50, donde el salvo que sea en provecho del Estado y de concurrencia de entidades de gestión de derechos de la misma clase, en la Ley 65-00, en su artículo 162, constituyendo un monopolio legal a favor de los titulares de derechos de autor y no del Estado, algo sin precedentes en Latinoamérica

En ese sentido, en el mercado dominicano de derechos de autor contamos con 5 monopolios para la gestión de los derechos de los titulares. A saber:

a) La Sociedad General de Autores y Compositores de Música (SGACEDOM);

b) La Sociedad Dominicana de Productores de Fonogramas (SODIMPRO);

c) La Sociedad Dominicana de Artistas Plásticos (SODOMAPLA);

d) La Sociedad Dominicana de Radiodifusión (SODORA);

e) La Sociedad Dominicana de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (SODAIE).

Estos monopolios legales, reducen sus incentivos a operar de modo eficiente, generando serios problemas en detrimento de los titulares a los que deben proteger y a los usuarios, sumado a una baja supervisión estatal. Veamos:

- Pese a la obligación legal de publicación de tarifas, informes de gestión y los repertorios (titular-obras-prestaciones) de derechos que administran mas allá de la Oficina Nacional de Derecho de Autor, ONDA, su organismo rector; estas sociedades no cuentan con las herramientas tecnológicas que permitan el acceso rápido a tales informaciones por los usuarios y/o titulares. Para obtenerlo deben dirigirse al domicilio social de cada una de ellas. Sólo SGACEDOM, posee una página web no completada[84].

- Como entes faltos de presión competitiva, no hay incentivo a procurar una administración de los recursos de forma eficiente, destinando incluso más del doble de lo establecido en las legislaciones

82 Desde el Artículo 162 al 167.

83 Desde el Artículo 87 al 100.

84 http://sgacedom.org/ [Visitado el 20 de octubre de 2011]

latinoamericanas para los gastos de administración y gestión en detrimento del reparto que debe de hacerse a los titulares.

Para el año 2007, SGACEDOM tuvo unos ingresos de RD$33,392,088.00 de los cuales se dedujo la astronómica suma del 74%, RD$24,619,116.00 a gastos operacionales.[85]

En Chile, Colombia, Perú, Ecuador y Honduras, el legislador ha establecido un tope máximo de 30% para gastos operacionales a deducir de lo recaudado.

Actualmente, SGACEDOM en el período febrero-agosto 2011 ha recaudado RD$26,821,747.46 deduciendo el 46% para los gastos operacionales y de gestión. [86]

Si la constitución de monopolio legal, no estuviera contemplada en la Ley 65-00, aún existen otras barreras de entrada en la Ley que, restringen la competencia en el mercado de la gestión de derechos:

1. La obligación de constitución societaria como entidad sin fines de lucro.

Entendemos que las sociedades de gestión colectiva, en una economía de mercado, son "agentes económicos que desarrollan una actividad empresarial en la que se comercia con los derechos de autor, los que deben ser considerados como un producto más en la interrelación comercial".[87] Son entonces, personas jurídicas predispuestas por la Ley a realizar una actividad empresarial sin ánimo de lucro. Entendemos que debe hacerse posible la constitución en sociedades comerciales, al incentivar la eficiencia que genera la rentabilidad.

2. La exigencia de autorización administrativa previa. Este procedimiento no garantiza que la entidad de gestión cumpla con todas obligaciones para la buena gestión de los derechos encomendados. Los requisitos de autorización no están claros y tienden a la discrecionalidad de la administración, como por ejemplo que *la autorización favorezca los intereses generales de la protección del derecho de autor o de los derechos afines en la República Dominicana.*

3. La gestión colectiva obligatoria. La Ley 65-00 establece en el artículo 78 párrafo parte in fine, la obligación de recaudación y distribución de la remuneración por reventa pictórica a través de una sociedad de gestión colectiva constituida. Esto constituye un obstáculo a la gestión individual ejercida por los titulares de derechos que no pueden elegir la modalidad de la gestión de sus derechos.

4. Las clausulas de exclusividad en la gestión. El artículo 92, numeral 5, del Reglamento de Aplicación de la Ley 65-00 establece que es obligación de las entidades de gestión: "*No aceptar miembros de otras organizaciones de gestión colectiva, del país o del extranjero, que administren la misma modalidad de explotación, a menos que la gestión encomendada se refiera a territorios diferentes*". Estas cláusulas restringen la competencia entre entidades, al impedir a un titular elegir o moverse a otra entidad, o ser simultáneamente miembro de diferentes entidades para la administración de sus derechos en distintos países. En consecuencia, se restringe la competencia entre entidades con respecto a los servicios de gestión que prestan a los titulares y se crean demandas cautivas de monopolios nacionales gestores de derechos. Estas clausulas de exclusividad favorece que exista un monopolio nacional en cada país, puesto que implica que una y sólo una entidad de cada país gestionará en cada él, el repertorio de las entidades de otros países.

5. Imposiciones de tarifas, entre otras.

85 SGACEDOM, que sí, que no...Periódico Diario Libre, 17 de marzo de 2009. http://www.diariolibre.com/noticias_det.php?id=192408 [Visitado el 20 de septiembre de 2011]
86 Informe de Gestión Junta Directiva de SGACEDOM 2011. http://sgacedom.org/images/stories/informe-seis%20meses-gestion%20nueva-junta%20directiva.pdf [visitado el 15 de octubre de 2011]
87 Ezaine Ramirez, Amado Alfonso. La Sociedad de Gestión Colectiva: Entre los derechos intelectuales y la libre competencia, http://vlex.com/gestion-colectiva-intelectuales-libre-468821 [visitado el 17 de octubre de 2011]

SECCIÓN V

Conclusiones

Las consideraciones finales de esta investigación son las siguientes:

Las entidades de gestión colectiva de derechos de autor constituyen entes indispensables para la buena gestión de los derechos patrimoniales de los titulares. Se encargan de cobrar y distribuir los derechos de las obras de los autores y de actividades de tipo gremial como la promoción de las obras de sus socios. Para los usuarios, facilitan el acceso a las licencias reduciendo de manera significativa los costes de búsqueda e información, negociación y ejecución de las licencias, si tuvieran que negociarlas individualmente con cada autor.

A nivel mundial la naturaleza de las entidades de gestión es de monopolio, es decir, una entidad para cada categoría de derechos, amparadas bajo los argumentos de eficacia en la representación, la economía de escala, el aumento de la recaudación para los titulares y la disminución de los costes de transacción para los usuarios. Sólo se alejan de este modelo, Estados Unidos y Brasil.

La competencia entre entidades del mismo género, sin embargo, se suscita para la protección de los terceros usuarios de los abusos propios de los monopolios: precios excesivos y restricciones de acceso. Esos precios superiores a los niveles competitivos extraen todo el excedente del consumidor a favor del monopolio.

Con independencia de la forma adoptada, monopolio o competencia, se han originado situaciones en las que estos colectivos han abusado de su posición de dominio en el mercado de las obras protegidas, estableciendo tarifas excesivas o imponiendo obligaciones contractuales irracionales. La diferencia de estas actuaciones abusivas en los dos modelos se fundamenta en el rol que desempeña el Estado como vigilante de las normas de competencia y de las reglas de juego establecidas para la interacción entre las entidades, los titulares y los usuarios.

El objeto de esta investigación era precisar la viabilidad o no de un sistema de libre competencia entre entidades de gestión de un mismo tipo de derechos, mediante el análisis de los mercados existentes. En primera instancia, la lógica económica nos inclina siempre hacia un modelo de libre mercado, donde no hay restricciones y el precio se establece mediante la libre interacción entre la oferta y la demanda.

Estados Unidos es el único país donde coexisten varias entidades de gestión en el área musical. Las tarifas establecidas por estos colectivos se encuentran entre las más bajas del mundo, no como consecuencia directa de la concurrencia de entidades, sino por las intervenciones estatales antitrust y el régimen de no exclusividad para los titulares.

En Europa, por el contrario, el rol del Estado es más pasivo, con relación al control de las actividades, recaudación, reparto e imposición de tarifas a los usuarios. Los titulares, además, no pueden contratar licencias directamente con los usuarios que así se lo soliciten, como ocurre en Estados Unidos, cediendo de forma exclusiva sus derechos a los colectivos, facilitando de esta manera la aparición de conductas abusivas.

Introducir competencia no equivale a que un determinado conjunto de derechos quede repartido entre varias entidades. Este tipo de modelo no parece la mejor opción: los usuarios se ven obligados a negociar con todas las entidades si quieren acceder al repertorio de la totalidad de autores y, por ello mismo, la competencia no se ve realmente favorecida. La competencia requiere de modelos de gestión colectiva distintos al existente, que refuercen la capacidad de elección y de actuación no sólo de los usuarios, sino también de los titulares de los derechos. En efecto, para introducir competencia es preciso apostar por la libertad de gestión, es decir, por que los titulares tengan más libertad contractual con respecto al mandato que dan a la entidad de gestión, y más libertad para elegir quién y bajo qué forma jurídica le gestiona sus derechos. A su vez, resulta imprescindible erradicar el intervencionismo administrativo que durante todos estos años ha podido obstaculizar o impedir que los mecanismos de mercado operen a la hora de organizar la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a la legislación recomendamos eliminar la prohibición de la competencia paralela entre entidades de gestión en la misma categoría de derechos. En otras legislaciones simplemente la Ley no dice nada al respecto. Esto permitiría la aparición de más entidades si así lo demanda el mercado. Con esta medida se evitarían los costes de transacción que acarrean las negociaciones parlamentarias para modificar las leyes.

Como medida para evitar situaciones que den pie a prácticas restrictivas y abusivas, las tarifas de los repertorios no deben establecerse a priori sobre los ingresos que obtienen los usuarios de las obras protegidas. Un indicador sería la frecuencia en el uso de las obras por los usuarios.

La Administración Pública debe jugar un papel más activo como ocurre, por ejemplo, en Canadá, donde la Comisión de Derecho de Autor es la encargada de fijar las reglas sobre las tarifas, recaudación y distribución de los derechos.

En definitiva, la norma como herramienta que permite sostener el desarrollo de las personas para la satisfacción de sus necesidades, debe estar en consonancia con un Estado capaz de garantizar que efectivamente las personas puedan alcanzar el bienestar a través del cumplimiento de la norma. En ese sentido, debe existir un ordenamiento jurídico que desincentive las prácticas restrictivas de la competencia, en aras, a que sea el mercado y no la administración estatal la que defina la estructura societaria más adecuada para la gestión de los derechos de autor, tan maltratados y pisoteados en nuestro país.

Bibliografía

Carlos Fernández Ballesteros, Panorama Actual de la Gestión Colectiva en América Latina: Mapa de las Entidades de Gestión Existentes en la Región, Tomado del Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: "El derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital", Celebrado en Asunción, Paraguay, 7 al 11 de noviembre de 2005.

Carmen Herrero Suárez, Libre Competencia y Propiedad Intelectual. Análisis Comparativo entre el Derecho Antitrust Estadounidense y el Derecho de la Competencia Comunitario Europeo, Tomado del Derecho de la Competencia Europeo y Español, Volumen VI, Madrid, España, 2005.

Carmen Rodríguez, Las Consecuencias Negativas de la Existencia de Monopolios de Hecho o de Derecho en Manos de las Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, Tomado del Derecho Europeo del Audiovisual, Tomo II, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

David Sinacore-Guinn, Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights: International Practices, Procedures, and Organization, Boston, Estados Unidos, 1993.

Delia Lipszyc, Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ediciones UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 1993.

Emilia Aragón, Las Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, celebrado en Antigua, Guatemala, del 25 a 29 de Octubre de 2004.

F. Bondia Román, Propiedad Intelectual. Su significado en la Información, Madrid, España, 1988.

Gabriel Larrea Richerand, La Gestión Colectiva como Medio Efectivo para la Protección de los Derechos, Tomado del Congreso Internacional - El Derecho de Autor ante las Desafíos de un Mundo Cambiante, Homenaje a la profesora Delia Lipszyc, Lima, Perú, 24-27 de abril de 2006.

Gloria Esther Delgado Hernandez, Sociedades de Gestión Colectiva de Derecho de Propiedad Intelectual: Entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Propiedad Intelectual, Tomado del Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación II, Madrid, 2000.

Javier Torres Fueyo, Entidades de Gestión, Negociación Colectiva y Protección de la Competencia en los derechos de Remuneración en la Propiedad Intelectual. Algunas Ideas, Revista Aranzadi Civil, Volumen 1, Tomo XI, Primera Edición, 2002.

José Luís Cádiz Deleito, Las Entidades de Gestión de los Derechos de la Propiedad Intelectual, Economía de la Cultura, Num.792, Junio-Julio, 2001.

José María Beneyto Pérez (Director), Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, Editorial Bosch, 2005

J. M. Gondra, Derecho Mercantil, Tomo I, Madrid, 2000.

Leandro D. Rodríguez Miglio, La Gestión y el Precio del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Tomado del III Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Tomo II, Montevideo, Uruguay, 1997.

Luís Alfonso Calvo Caravaca, Derecho de la Competencia, Editorial Colex, 2000.

Maria del Pilar Cámara Águila, El Ánimo de Lucro en las Entidades de Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual, p.19. Tomado de Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, Num. 9, Sept- Dic 2001.

María Trinidad Sanchos Martínez, Derechos de Autor, Digitalización e Internet, Editorial Universitas, p.98.

Mercedes Sabido Rodríguez, La Creación Intelectual como Objeto de Intercambios Comerciales Internacionales. Universidad de Extremadura, 2000.

Paul Krugman y Robin Wells, Introducción a la Economía-Microeconomía-, Editorial Reverté, Barcelona, España. 2006.

Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados, Num.37, 14/03/2005-12/04/2005.

Ricardo Antequera Parilli, Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines, Primera Edición, Editorial Reus, Madrid, España, 2007.

Rocío Quintáns Eiras, Las Sociedades de Gestión de Derechos de Autor en la Unión Europea, Tomado de Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor 2004-2005, Tomo 25, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Coordinador), Manual de Propiedad Intelectual, 3ra. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006.

Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (Directores), EL Abuso de la Posición de Dominio, Marcial Pons, Madrid, España, 2006.

Santiago Schuster Vergara, El Estado Actual de la Gestión Colectiva en la Región. Perspectivas, 2005.

Santiago V, Las Entidades de Gestión Colectiva de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes en América Latina. Experiencias concretas, en el libro memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, España, 1991.

Sergio Baches Opi, La Aplicación del Derecho Antitrust al Ejercicio Unilateral de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial: el Estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE.UU. Tomado de Varia, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, España.

ARTICULOS ELECTRÓNICOS

Wikipedia, Enciclopedia Libre: http://es.wikipedia.org/wiki/Homo_oeconomicus

Antonio López Sánchez, El Desafío de la Sociedad de la Información y las Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual. Extraído de la Pág. Web: http://www.cedro.org/Files/foro44.pdf.

Ariel Katz, The Potential Demise of Another Natural Monopoly: New Technologies and the Future of Collective Administration of Copyright, Research Paper No. 04-02. Extraído de la Pág. The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, http://ssrn.com.

Daniel J. Gervais, Collective Management of Copyright and Neighboring Rights in Canada: An International Perspective, Report prepared for The Department of Canadian Heritage (2001). Extraído de la Pág Web: http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/collective/index_e.cfm.

François Lévêque y Yann Ménière Paris, The Economics of Patents and Copyright, July 2004. Extraído de la Pág. Web the Social Science Research Network Electronic Paper Collection: http://ssrn.com/abstract_id=642622

Gerd Hansen y Albrecht Schmidt-Bischoffshausen, Economic Functions of Collecting Societies –Collective Rights management in the light of transaction cost- and information economics, 2007. Extraído de la Pág Web: http://ssrn.com.

Informe de Gestión Junta Directiva de SGACEDOM 2011. http://sgacedom.org/images/stories/informe-seis%20meses-gestion%20nueva-junta%20directiva.pdf [visitado el 15 de octubre de 2011]

SGACEDOM, que sí, que no...Periódico Diario Libre, 17 de marzo de 2009. http://www.diariolibre.com/noticias_det.php?id=192408 [Visitado el 20 de septiembre de 2011]

Ezaine Ramirez, Amado Alfonso. La Sociedad de Gestión Colectiva: Entre los derechos intelectuales y la libre competencia, http://vlex.com/gestion-colectiva-intelectuales-libre-468821 [visitado el 17 de octubre de 2011]

Jesús Alfaro Águila – Real, Los Costes de Transacción. Extraído de la Pág. Web: http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/jaar%20-%20Costes.pdf

La Gestion Collective des Droits d'auteur et des Droits Voisins / Sénat, Service des affaires européennes, División de Législation comparée, Colección: Les documents de travail du Sénat. Série Legislation Comparée, París, Francia, 1997. Extraído de la Pág. Web: http://www.senat.fr/lc/lc30/lc30.html.

La Gestion Collective de la Propriété Intellectuelle des Organismes de Patrimoine Culturel Canadiens -Diverses Solutions Possibles. Extraído de la Pág. Web: http://www.chin.gc.ca/Francais/Propriete_Intellectuelle/Diverses_Solutions/autres_facteurs.html.

Las Entidades de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual. Tomado de la Pág. Web: http://www.wikilearning.com/las_entidades_de_gestion_de_derechos_de_propiedad_intelectual-wkccp-3338-58.htm.

Maité Iturralde Muñoz, Gestión Colectiva y Agencias de Representación de Autores, Volumen VII, Número 2, Año 2005, Extraído de la Pág. Web: www.cenda.cu.

Noticias Españolas de Competencia, Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados, Número 45 – Del 21/06/2006 al 20/07/2006. Extraído de la Pág. Web: http://www.cms-asl.com/publicaciones_castellano.php

La gran Enciclopedia de Economía, Barrera de Entrada. http://www.economia48.com/spa/d/barreras-de-entrada/barreras-de-entrada.htm [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2011]

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Legislación

Alemania

Ley del 19 de septiembre de 1965 sobre la Gestión de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos, de Alemania.

Extraído de la Pág. Web: http://www.uaipit.com/files/documentos/pdf/0000005325_Ley_sobre_Derechos_de_Autor_German_Copyright_Act_09_09_1965(en_ingles).pdf.

Brasil

Ley N° 9.610 de 19 de Febrero de 1998 de Propiedad Intelectual, Art. 99.

Canadá

Loi sur le Droit d'Auteur au Canada (L.R., 1985, ch. C-42), Arts. 66 - 69. Extraído de la Pág. Web: http://laws.justice.gc.ca/en/C-42/index.html.

España

Real Decreto Legislativo 1/1996, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Arts. 147-159. Extraído de la Pág. Web: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=15285&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

Italia

Italian Copyright Statute: Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights, (Law No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Legislative Decree No. 68, of April 9, 2003), Arts.180-183. Extraído de la Pág. Web: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=27690&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

Reino Unido

Texto no oficial y consolidado de las partes I, II y VII de la Ley de Derecho de Autor, Diseño Industrial y Patentes 1988, al 31 de diciembre de 2003, del Reino Unido e Irlanda del Norte. Chapter VIII, Arts, 93 B, 182 D, 191 G, 145-148. Extraído de la Pág. Web: http://portal.unesco.org/culture/admin/file_download.php/uk_copyright_2003_en.pdf?URL_ID=30387&filename=11424298283uk_copyright_2003_en.pdf&filetype=application%2Fpdf&filesize=1468668&name=uk_copyright_2003_en.pdf&location=user-S/

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

JURISPRUDENCIA

Europa

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE):

- 2 de marzo de 1983, asunto 7/82, Gessellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten GMBH (GLV). c. Comision, Resp.1983.

- 13 de julio de 1989. François Lucazeau y otros contra Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM), Asuntos Acumulados 110/88, 241/88, ECR, 1989.

Perú

Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI, Jurisdicción Administrativa, de 3 de diciembre de 2001, Resolución No.1646-2001/TPI/INDECOPI

ENTIDADES DE GESTION COLECTIVA

Sociedad General de Autores y Editores de España: www.sgae.es

Centro Español de Derechos Reprográficos: www.cedro.org

Centro Nacional de Derecho de Autor de Cuba: www.cenda.cu

Centro de Administración de Derechos Reprográficos de Argentina: www.cadra.org.ar

Sociedad Italiana de Autores y Editores: www.siae.it

Instituto Mutualístico para la Protección de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes Italianos: www.imaie.it

Société Canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique: www.socan.ca

American Society of Composers, Authors and Publishers de Estados Unidos: www.ascap.com

Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC): www.cisac.org

PORTALES Y BUSCADORES

Portales Temáticos: Jurídicos y Económicos

Derecho de Autor, Copyleft & Copyright: www.derechosdeautor.info

Iurislex.com: www.iurislex.com

SSRN: Social Science Research Network (SSRN): www.ssrn.com

UNESCO: Buscador de Leyes Nacionales de Derecho de Autor: www.portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=14076& URL_DO= DO_ TOPIC&URL_SECTION=201.html

UAIPIT: www.uaipit.com/multilingue/seccionDocumentos.jsp?len=es

V Lex: www.Vlex.com

FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL:

Impunidad o inmunidad frente al derecho internacional.

Por Armando Castro Pérez

Introducción

A la luz de la nueva Constitución Nacional aprobada por la Constituyente, se estableció en nuestro ordenamiento positivo, modalidades y variables legales de fueros que se pueden denominar constitucionales, los cuales dentro de su definición y naturaleza, han siendo interpretados y considerados jurídicamente por la jurisprudencia de las altas cortes de manera desigual e inequitativa.

Sin embargo, centrando los efectos legales en el tiempo, en el espacio y en la formalización de su vigencia, en lo que hermenéuticamente se podría llamar "Fuero Constitucional", se plantea y delimita el presente trabajo de investigación en el denominado Fuero Constitucional Parlamentario. Es en este sentido y orientación, hacia donde enfocaremos la atención e interpretación de las múltiples consecuencias jurídicas que se pueden presentar en la siguiente pregunta de investigación.

¿Qué cambios sustanciales a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991[1], se presentan en torno a la interpretación, análisis y sistema garantista del denominado Fuero Constitucional, aplicado a los miembros del Congreso de la República de Colombia?

Esta pregunta y otros interrogantes se pueden subsumir en una mirada interior al problema en cuanto a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en relación a la constitucionalidad de algunas sentencias controvertidas, las cuales pueden ser dilucidadas a la luz de los principios, valores y nuevas tendencias de las teorías de Derecho, para cuestionar, interpretar y revisar su legitimidad, validez y eficacia.

1 Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 127 de octubre de 1991.

Conforme con lo establecido en el artículo 186º de la Constitución Política, "los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia". Y por otro lado, el numeral 3º del artículo 235º de la Carta, establece que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde "investigar y juzgar a los miembros del Congreso". De donde se deduce que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, se ha establecido un fuero Constitucional para los miembros del Congreso de la República, consistente en asignar una competencia especial para ser investigados, procesados y juzgarlos en forma privativa por la Corte Suprema de Justicia.

Por esta razón la pregunta inicial en materia de fuero Constitucional parlamentario, tienen que ver con la naturaleza jurídica especial de dicha prerrogativa o privilegio por parte de los senadores y representantes, frente a la posibilidad o conveniencia legal de que con la renuncia al cargo y por ende de su privilegio de funcionarios públicos aforados, la Corte Suprema de Justicia pierda la competencia en la investigación de sus conductas dentro o fuera del ejercicios de sus cargos.

Sobre este problema, ha de tenerse en cuenta que en la Constitución de 1991 por vacío legal, se contempla la figura de la anomia del constituyente, ya que no existe una norma expresa aplicable que regule este punto de discusión. El único texto que hace referencia al caso planteado, se expresa aunque de manera indirecta, en el parágrafo del artículo 235º ibídem, que señala que "cuando los funcionarios antes numerados hubiese cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas".

¿Se puede pensar es este caso concreto que la norma constitucional así instituida, establece que cuando un miembro del congreso de la república renuncia a su cargo y por ende a su fuero constitucional, las conductas por las que se le investiga, si no tienen relación con el cargo pierde la Corte Suprema de Justicia competencia para juzgarlos?

Pese a las diferentes interpretaciones que han surgido en casos cuestionados de investigaciones a un gran número de congresistas por procesos de parapolítica[2], la respuesta está muy lejos de la realidad para ser respondida de manera positiva y afirmativa.

En este orden de ideas, nos ocuparemos de los siguientes puntos e interrogantes que complementan la pregunta inicial de investigación, en el planteamiento del problema: (i) ¿Es potestativo de un miembro del congreso de la República de Colombia, dimitir a su cargo y en ese sentido renunciar al fuero Constitucional?, (ii) ¿Puede perder por sustracción de materia y por mandato constitucional, la Corte Suprema de Justicia la competencia para investigar y juzgar a un congresista de Colombia, cuando este renuncia a su cargo e investidura? (iii) ¿Resulta inconstitucional y contrario a los convenios y tratados Internacionales sobre derechos humanos, el que la Corte Suprema de Justicia adelante, investigue y juzgue a los congresistas en única instancia?

2 Nombre asignado a los Congresistas de Colombia, que fueron señalados y denunciados por jefes, comandantes y miembros de grupos armados paramilitares, en los llamados casos de violación de Derechos Humanos, por paramilitarismo, concierto para delinquir, homicidio, secuestro, violaciones, matanzas sistemáticas colectivas y demás delitos atroces y de lesa humanidad.

METODOLOGÍA

La investigación se desarrollará teniendo en cuenta un enfoque hermenéutico, desde el método descriptivo (Sanpierri) y correlacional de las normas de la actual Constitución hacia la consecución de los objetivos formulados en los pactos y tratados internacionales. Por esta razón se limitará el trabajo única y exclusivamente al análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia en relación a aforados constitucionales.

JUSTIFICACIÓN

Desde una perspectiva legal y pertinencia hermenéutica frente a las teorías del derecho, en torno al análisis, interpretación, comprensión y aplicación de la Constitución Nacional de 1991 en materia de Fuero, y sus diferentes modalidades, es importante precisar el alcance de esta garantía constitucional, que como prerrogativa y derecho, tienen los sujetos activos aforados a partir de la vigencia de la nueva carta política, frente a sus implicaciones, alcances, contenidos legislativos y jurisprudenciales, para hacer una hermenéutica más comprensiva y metodológica de las situaciones que afloran a la luz de sentencias controvertidas sobre la validez, eficacia y legitimidad de esta figura constitucional, en el caso de los senadores y representantes dentro del Congreso de la República, en los llamados casos de parapolítica o de corrupción parlamentaria.

Para entender la dimensión y los efectos que para el ejercicio de los poderes públicos representa tener o no garantías, estar o no aforado, o simplemente gozar de un debido proceso que permita la aplicación del principio *indubio pro reo*, doble instancia y *reformatio in pejus*, es necesario preguntar.

¿Qué es y cómo opera el amparo constitucional de fuero parlamentario constitucional?

¿Pueden los congresistas aforados renunciar al fuero constitucional para sustraer y desviar el ejercicio jurisdiccional de administración de justicia por delitos atroces y de lesa humanidad?

¿Es el fuero constitucional una prerrogativa legal o fundamental que busca crear situaciones de impunidad o inmunidad favorables a un grupo de servidores del Estado, en contra del principio de la igualdad?

¿Puede la Corte suprema de Justicia renunciar a su legítimo ejercicio constitucional, para investigar y juzgar a los miembros del poder legislativo, cuando sus conductas o presuntos delitos fueron cometidos antes o durante el ejercicio de la actividad parlamentaria?

A través del análisis crítico e interpretativo de las normas y principios fundantes de la Constitución de 1991, se encontraran las tesis del significado, dimensión, validez, legitimidad y eficacia del fuero constitucional, como garantía procesal de competencia o como favorabilidad e inmunidad dentro de los Derechos Fundamentales al debido proceso.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO CONSTITUCIONAL

El término "fuero Constitucional", representa desde su concepción jurídica y comprensión hermenéutica, una variada e infinita cantidad de significados y acepciones, como resultado inevitable del desarrollo de la teoría Constitucional dentro de sus diversas corrientes, que han impreso el término y su proceso de evolución histórica.

En Inglaterra uno de los países con formaciones consuetudinarias más representativas de libertad y antigua tradición legislativa de la historia, según Pedroza (2003), consideró la base de gobierno parlamentario bicameral en el siglo XVII, desarrollando el concepto, por una parte de inmunidad parlamentaria y por la otra el de la inviolabilidad parlamentaria, denominados respectivamente, **"freedom from speech"** y **el "freedom from arrest"** como una excepción de ir a prisión frente a las acciones judiciales de carácter civil, no frente a las acciones judiciales criminales o penales.

En Francia por otra parte, según García (1989) a partir de la Revolución francesa dentro del nuevo sistema de gobierno republicano, un Decreto del 26 de junio de 1790 plasmó el concepto de inmunidad parlamentaria, en el cual mencionaba que los miembros de la Asamblea Nacional gozaban de la **inviolabilité**, refiriéndose a la inmunidad sólo que con un vocablo distinto. El fin de esta prerrogativa era otorgar protección al poder legislativo en contra de los mandatos de los reyes. Posteriormente en una Ley de junio de 1791, en sus artículos 51º y 53º se reguló una forma de fuero similar al conocido hoy.

En España como antecedente de la inmunidad parlamentaria, según García (1989) se encuentra un Decreto del 24 de septiembre de 1810, el cual consistía en proteger al parlamentario de las infracciones penales y no del arresto por responsabilidad civil como en el sistema inglés. Otro antecedente según el mismo autor, se encuentra en la Constitución Política de la Monarquía Española, es decir, en la Constitución de Cádiz de 1812. Este documento fue inspirado por los textos constitucionales de EE.UU. -1787- y Francia –1791- y entre los derechos y libertades mencionaba, el reconocimiento de los fueros castrense y eclesiástico, la inviolabilidad y el de la inmunidad parlamentaria; la última mencionada en el artículo 128º, segunda parte, señalando que las causas criminales contra diputados serán juzgadas por el Tribunal de las Cortes –unicameral.

En las nuevas provincias de España dentro de la estructura política del siglo XV, según el autor ya citado, esta figura legislativa empezó a gestarse concretamente a partir del momento en que inició la conquista de América. Fortalecida la conquista, se inició el periodo de la Colonia y con esto, la organización político-administrativa encabezada por el Rey de España. El régimen gubernamental se transformó en virreinato en 1535. Aunque el poder del Virrey era muy extenso, casi absoluto; igualmente existía una única y efectiva limitación a tal hegemonía, la cual consistía en someter al Virrey a **"juicio de residencia".** El juicio de residencia fue, junto con la figura de las "Visitas", el elemento de control de poder más importante de la época colonial.

Dentro del Estado Mexicano según este mismo autor para el año 1812, con la guerra de independencia, la Constitución de Cádiz fue uno de los documentos determinantes para la instauración del México Independiente; proclamada por las Cortes de España en marzo de 1812. Dentro de sus disposiciones, en el artículo 128º del Capítulo VI -De la celebración de las Cortes- se regula la "inmunidad parlamentaria", que a la letra dice, según Tena Ramírez (2002):

> Artículo 128. Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad, podrán ser reconvenidos por ellas. En las causas criminales, que contra ellos se intentaren, no podrán ser juzgados sino por el Tribunal de las Cortes, en el modo y forma que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las mismas. Durante las sesiones de las Cortes, y un mes después, los diputados no podrán ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas.

Posteriormente, en este mismo país en el año 1824. Surgió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (4 de octubre de 1824), en la cual se integró, dentro de las atribuciones que tenía el Poder Legislativo, la inviolabilidad de sus opiniones, y de nuevo, se retomó la figura del "fuero constitucional" o "inmunidad parlamentaria" y la de juicio de declaración de procedencia en el artículo 43º, que expresó según Tena Ramírez (2002):

> Artículo 43. En las causas criminales que se intentaren contra los senadores o diputados, desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cumplido su encargo, no podrán ser aquellos acusados sino ante la Cámara de éstos, ni éstos sino ante la de senadores, constituyéndose cada Cámara a su vez en gran jurado, para declarar si hay o no lugar a la formación de causa.

En Colombia en el artículo 106º de la Constitución de 1886[3], reconoció la <inviolabilidad> como una prerrogativa o garantía de independencia de los parlamentarios en el ejercicio de la labor de control, que en relación al gobierno, siempre ha sido atribución del Congreso por cuanto sus miembros son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio del cargo. (Artículo 106º C.N. 1886).

La Constitución Nacional de 1886, establece una responsabilidad que es exigible única y exclusivamente a la Cámara de representantes, la cual quedó facultada para la imposición de sanciones disciplinarias a los parlamentarios, conforme al reglamento interno; además, quien presidía la sesión podría llamarlos al orden en caso de abuso de la libertad de expresión. La otra prerrogativa que establece la Carta Política de Núñez, es la Inimpunidad, que desde tiempos muy remotos surgió en el parlamento inglés como protección y defensa de los parlamentarios de su integridad, ante posibles abusos y persecuciones políticas del poder ejecutivo. Esta facultad o fuero constitucional en la norma fundante de 1886, se consagró por lo tanto, a favor del Congreso directamente y solo indirectamente a los miembros del congreso de manera individual.

Para Henao (1981: p. 170) la evolución constitucional de la inmunidad en Colombia demuestra que su tratamiento ha oscilado entre criterios a veces restrictivos, y a veces de amplia cobertura.

Es por esta razón, que la Constitución de 1886 dispuso:

> Cuarenta días antes de principiar las sesiones, y durante ellas, ningún miembro del congreso podrá ser llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la cámara a que pertenezca. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la cámara respectiva" (ib. Art.107).

El texto definitivo de la reforma constitucional de 1979, con todos los conflictos que para esa época tenían los congresistas, quedó redactado de la siguiente manera:

> Los miembros del congreso gozaran de inmunidad durante el periodo de sesiones, treinta días antes y veinte después de estas. Durante dicho tiempo no podrá ser detenido, ni privado de su libertad por motivo alguno, a menos que en su contra se dicte sentencia judicial condenatoria de primer grado. En caso de Flagrante delito, podrán ser capturados y puestos a disposición de la mesa directiva de la cámara correspondiente, para ser entregados en custodia a las autoridades de policía. (Art. 107).

En la actual Constitución (1991), de conformidad con el artículo 93º los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En este sentido mediante el artículo 1º del Acto Legislativo No. 2 de 2001, reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los

3 Sancionada el 5 de agosto de 1886 por Campo Serrano como designado del Consejo Nacional de Delegatarios y promulgada el día 7 de agosto dentro del aniversario de la Batalla de Boyacá, siendo presidente de la República Rafael Núñez.

términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

Pero, es en los artículos 183º , 184º, 185º , y 186º superior, donde se consagran las causales para la perdida de la investidura, su decreto, la inviolabilidad de sus opiniones, los votos que emitan en el ejercicio del cargo y finalmente el de los delitos cometidos por congresistas.

¿QUÉ ES EL FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL?

Etimológicamente el término fuero proviene de la raíz latina, fórum, que significa foro "recinto" "senadoconsulto" o "plaza pública", haciendo referencia al lugar donde se administraba la justicia. En Roma, se establecían los tribunales en las plazas públicas (Foros). Posteriormente y en todo el mundo, los jueces se limitaron a atender en sus propias instalaciones, pero éstas siguieron conociéndose con el nombre de foros.

Para Arboleda y Ruiz (2008), el Fuero desde el punto de vista del Derecho Penal constituye:

> La institución que impone el juzgamiento de determinadas personas por jueces especiales, en razón de su cargo o investidura, tales como el fuero presidencial, militar y parlamentario; la doctrina dominante no lo considera como una limitación a la aplicación de la ley penal sustancial en cuanto a los sujetos, ya que es una institución que tan sólo determina factores de competencia para el juzgamiento. (p. 106).

El fuero Constitucional, desde el punto de vista de la hermenéutica como comprensión, argumentación y como interpretación se puede definir conforme a la tradición y proceso de desarrollo jurídico-constitucional de algunos países, que igualmente contemplan esta misma prerrogativa, como la imposibilidad de poner en dinámica el órgano de justicia ordinaria de aplicación nacional, regional o local, para no ser detenidos, procesados y condenados, sino conforme a un procedimiento previo especial, que permite garantizar el debido proceso, desarrollo de sus funciones y el ejercicio del cargo, conforme a la investidura de quien detenta tal carácter de servidor público o de una categoría de personas a quien la Constitución le sustrae un procedimiento especial para su investigación y juzgamiento.

Si bien es cierto, el Fuero Parlamentario Constitucional debe interpretarse estrictamente como un mecanismo de protección en el ejercicio de la función de poder legislativo, para que pueda expresarse y realizar estrictamente su función con autonomía y libertad, también es válidamente aceptado y desafortunado que en nuestro país, no ha surtido tal efecto. En los mencionados

casos de parapolítica, antes y después de la expedición de la Ley de Justicia y Paz[4] (2005), la concentración del poder político en el partido de gobierno y el autoritarismo que se percibe dentro del poder ejecutivo en nuestro país, han hecho equivalentes en muchos casos, la inmunidad con la impunidad, puesto que se ha desvirtuado la filosofía del derecho, razón de ser y la naturaleza implícita que debe tener el mecanismo de aforo parlamentario frente a la política de grupos que han orquestado todo tipo de actividades para uso y abuso del llamado fuero constitucional parlamentario.

Esto ha generalizado entre los fallos de la corte Suprema de Justicia y de la opinión pública una actitud de condena y de rechazo al ejercicio del fuero parlamentario, su conveniencia y manipulación en cuanto a su garantía constitucional, de los cientos de congresistas investigados por vínculos y nexos con el paramilitarismo, llegando incluso a ser algunos de ellos, comandantes y patrocinadores de dichos grupos armados al margen de la ley, como una nueva fuerza política dentro del Congreso, en el pretendido proyecto político de "refundar el Estado".

EL FUERO DESDE LA ÓPTICA DEL PARADIGMA POSITIVISTA DEL DERECHO.

Dentro del Marco Positivismo Teórico-jurídico y validez formal del derecho los formalismos legales para la creación de las normas de derecho positivo, en este caso las normas constitucionales y los tratados y convenio internacionales ratificados por el Congreso, en cuanto al debido proceso para reconocer este mecanismo de garantía foral constitucional, considera el fuero como parte de la estructura legal dentro de un ordenamiento jurídico interno, el cual también es básico para el desarrollo de la justicia en términos de la validez teórico-práctica del derecho en atención al principio *pacta sunt servanda.*

En este orden de validez de las normas constitucionales y en especial el artículo 93º Superior y por ende del desarrollo de la justicia penal internacional suscrita en los convenio y tratados en la aplicación de la ley, una cosa es el contenido implícito de válido y otra sustancialmente distinta, es el fundamento de validez en su aplicación jurídica interna, como los fallos que se analizarán en las sentencias proferidas en los últimos años por la Corte Suprema de Justicia, respecto a los Congresistas de nuestro país por los sonados casos de parapolítica y respecto de los manejos de bienes incautados al narcotráfico por parte de algunos miembros del Congreso, con la participación de la Dirección Nacional de Estupefacientes. Así las cosas, su fundamento lo

4 Congreso de la República de Colombia. Ley 975 de 2005.

podemos comparar conforme lo plantea Kelsen (2000) cuando expreso:

> A la postre, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez, pero no el contenido válido, de las normas en ella fundadas. (p. 204)

En este aspecto sobre su contenido de validez interna, es importante interrogarnos ¿Sí es válido y eficaz para el ejercicio de la actividad judicial de los operadores y encargados de administrar justicia en Colombia, conforme al artículo 93º de la norma fundante superior, considerar dentro de su discrecionalidad la aplicación y fundamentación de validez del fuero, interpretando los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, como una garantía para no juzgar o castigar delitos cometidos en el ejercicio de un cargo aforado determinado, no en relación a la persona, ni a la investidura que ostenta, sino reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma?

La respuesta crea muchos interrogantes, principalmente, si las sanciones y beneficios de favorabilidad que se puede predicar de esta prerrogativa o privilegio, pueden violar el principio del debido proceso y tipicidad de las penas para las personas, funcionarios y servidores públicos contemplados en la Constitución de 1991, es decir, dentro del determinismo temporal, antes, durante o después del ejercicio de sus funciones. Y por otra parte cabe preguntarnos: ¿son válidas moralmente, eficaces jurídicamente y legítimas las garantías forales que tiene determinada persona, cuando está siendo juzgada por tipos penales, en concurso con otros delitos considerados atroces o de lesa humanidad, sobre todo si proceden de miembros del congreso elegidos popularmente, que tuvieron antes, durante y después, vínculos con grupos paramilitares? ¿Puede deslegitimarse el ejercicio del poder legislativo si las leyes expedidas fueron aprobadas por un grupo de miembros del congreso que tenían conflicto de intereses y vínculos con el paramilitarismo?

La respuesta que podemos dar se puede enfocar igualmente desde la óptica de Kelsen (2000) cuando al referirse al tema de la norma fundante básica y su validez, escribió:

> La norma fundante básica sólo provee el fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema. (p.204)

Un argumento deductivo lógico dentro de nuestro sistema jurídico positivo, diría que sí lo es, siempre y cuando sea expedida, conforme a un procedimiento y orden legal establecido en la norma básica, de donde procede su fundamento de validez en ese orden jurídico, siempre y

cuando, no sean cuestionadas sus conductas dentro del ejercicio legislativo, como lo expone en su obra KELSEN (2000: p.205).

Con ello surgen algunas dudas sobre la misma aplicación de validez, si analizamos como la Ley de Justicia y Paz y su inmunidad no aforada, se convirtió en un mecanismo lazo y flexible para los miembros de los grupos armados que se acogieron a ella, dentro de la validez y favorabilidad para la cual fue creada, con el determinismo claro de no dejar impune todos los crímenes y delitos que se cometieron buscando la reparación y reconciliación de las víctimas, más que una forma de desdibujar su penalidad y anti juridicidad, de la cual depende su eficacia, fue un mecanismo legal válido, propiciado por la mayoría de miembros del congreso aforados, para y a favor de los mismos grupos y miembros de los cuales ellos formaban parte integral. Podríamos preguntarnos igualmente si esta situación ¿Riñe con los tratados internacionales que castigan los crímenes de lesa humanidad?

Esta situación así expresada de la norma en mención se configura según opinión de SCHMITT (1996: p.10) de varias formas, "*bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos.*" Estos son los tres modos de pensar jurídico que plantea Schmitt, en su obra Distinción de los Modos de Pensar la Ciencia Jurídica: "El legal o normativo, el decisionista y el del orden y configuraciones concretos" (p.10).

Para nuestro ordenamiento jurídico como sistema de normas positivas escritas, dentro de las cuales nuestra Carta Política expresa el denominado Fuero Constitucional, es claro que el normativismo constitucional de Schmitt (1996), se configura en el pensamiento normativo del Estado de Derecho.

En este orden de ideas la pugna de los tres poderes dentro de la institucionalidad de la Justicia en los procesos por parapolítica de los parlamentarios y su fuero, plantea la tesis de Schmitt. No se trata de la contraposición entre Derecho y norma, decisión u orden, sino de la distinción entre el pensamiento normativo, el pensamiento decisionista y el pensamiento de orden, cada uno de los cuales pretende tener la razón. De ahí que el debate sobre la norma y el fuero es, si se puede renunciar a él para favorecer los efectos de otra jurisdicción y competencia que garantice la doble instancia, dentro de la autonomía del principio de doble instancia y autonomía y control de las autoridades encargadas de investigar por una parte, acusar por la otra y juzgar los delitos cometidos por los aforados, después de la expedición de la Constitución de 1991.

Este paralelo que surge desde la relación de legitimidad y validez es igualmente apoyado por Bourdieu y Teubner (2000), cuando se refieren a las nuevas estructuras de la sociedad: "*La crisis del derecho autónomo se genera porque al derecho, especialmente en sus estructuras conceptuales, no se*

ha adaptado aún a las exigencias de una sociedad altamente diferenciada" (Pág. 128).

El interrogante que se abre aquí es por consiguiente, dentro de las normas morales sociales que rigen nuestro sistema positivo, ¿Qué ponderación tiene mayor efecto adverso y hostil para el derecho y consecuentemente para la administración de justicia; la garantía foral, la inmunidad parlamentaria, las penas aplicables a los violadores por delitos sexuales; o las penas impuestas antes y después de la ley de justicia y paz a los procesados por masacres, delitos comunes y de lesa humanidad? Nuevamente la respuesta hacia la moral social de reprimir conductas típicas y antijurídica, es el grado de culpabilidad que el derecho positivo orienta a sanciones y penas privativas de la libertad similares e iguales y en algunos casos superiores para intereses jurídicos tutelados como la libertad sexual.

Desde este punto de vista la respuesta que se podría plantear según concepto de Alexy (2007: p.523), es la tesis del punto máximo que desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios siempre existe una única respuesta correcta. Si a esta idea se suma que, a causa de la existencia del Derecho general de libertad y del principio general de igualdad, así como su efecto expansivo, el ámbito de los principios iusfundamentales se expande ilimitadamente a todo el sistema jurídico.

DE LAS INVESTIGACIONES DERIVADAS DE LOS PROCESOS CONTRA AFORADOS CONSTITUCIONALES.

Estas investigaciones derivadas de procesos contra aforados constitucionales se presentaron en grado sumo, asociadas a casos de parapolítica por parte de grupos armados que fueron filtrando y asegurando un espacio político y militar en las diferentes regiones del país, quienes a través de pactos y acuerdos de lucha contra la guerrilla y la delincuencia común, instalaron dentro de los estamentos de representación popular una fuerza militar, electoral y gubernamental, para financiar un proyecto político y social, que significaba volver a fundar o refundar un nuevo Estado o Gobierno de seguridad y prosperidad en el campo.

Recientemente y a raíz de procesos políticos de lucha contra la corrupción se han enmarcado otra clase de procesos contra aforados constitucionales por hurto de bienes en extinción de dominio, peculado por apropiación, cohecho y otros que han derivado procesos contra congresistas implicados en estas conductas penales. Sin embargo, de las investigaciones que se siguieron y que actualmente se adelantan en la Corte Suprema de Justicia contra aforados constitucionales por delitos comunes, se han sumado denuncias graves de miembros de grupos armados que

confesaron haber cometido por orden de sus superiores, delitos contra la humanidad o de lesa humanidad, en cuyo caso, surge para la justicia colombiana dentro de la actual marco constitucional, (Artículo 93º C.N. Adicionado por el art. 1º del Acto Legislativo No.2 de 2001) la obligación de compulsar copias de lo actuado a la Corte Penal Internacional para que avoque su conocimiento, en los términos previstos en el Estatuto de Roma.

Según La Corte Suprema de Justicia (2010), en la edición de la obra Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, diciembre de 2007 a septiembre de 2010: "*es imposible obviar la responsabilidad social y el compromiso internacional que tiene de investigar y juzgar delitos que se constituyan como crímenes atroces o de lesa humanidad, ya que su inactividad, o falta de capacidad para juzgarlos, genera de inmediato la actividad, competencia y participación de la Corte Penal Internacional*", en los casos en que:

> *(i) no lleven a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción a priori); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas sin razón técnica que lo justifique a la luz de sus respectivas leyes de enjuiciamiento penal (inacción a posteriori); (iii) no tiene la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición); o (iv) no tiene la infraestructura judicial necesaria para llevar a cabo las actuaciones que han iniciado debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carecen de ella (incapacidad)*"(p.230)

A raíz de la Sentencia condenatoria en contra del ex representante a la Cámara Gonzalo García Angarita por el delito de concierto para delinquir agravado, Radicado 27941, del 14 de diciembre de 2009, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, estimó que en este proceso, seguido contra el aforado por el delito de concierto para delinquir agravado, es procedente además ordenar se compulse copia de las partes a la Corte Penal Internacional y demás actuaciones pertinentes para investigar en forma independiente los eventuales delitos de lesa humanidad en que haya podido incurrir el ex parlamentario GONZALO GARCÍA ANGARITA con ocasión de su posible incursión en el Bloque Tolima de las AUC, consideración fundada en lo expuesto en el auto que resolvió su situación jurídica, en el cual se sostuvo que el procesado "compartía con sus comandantes y daba indicaciones sobre presuntos colaboradores de la guerrilla o miembro de la insurgencia, llegando al punto de acordar la muerte de quienes eran luego asesinados por las autodefensas, lo que lo puede hacer incurso en otros delitos de carácter internacional"[5].

5 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proveído de 21 de septiembre de 2009, proceso de Justicia y Paz, radicado 32.022.

Como una forma de blindar sus fallos, en una importante providencia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió avocar conocimiento de manera inmediata en la investigación de crímenes de lesa humanidad, contra aforados constitucionales que pertenecían a grupos paramilitares. Se trata según (Olásolo: 2009, p. 71-127) de la sentencia condenatoria que profirió la Corte Suprema de Justicia el pasado tres (3) de diciembre de 2009, (Radicado Nro. 32.672) contra el ex gobernador del departamento de Sucre SALVADOR ARANA SUS, que sirvió de orientación para reconocer, no crímenes comunes como es el caso del concierto para delinquir en concurso con otros delitos, sino de crímenes atroces o de lesa humanidad[6].

La situación que se plantea en estos dos casos, por parte de las investigaciones derivadas de los procesos contra aforados constitucionales, abre un camino de competencia de la Corte Penal Internacional, frente al fuero constitucional que la Carta de 1991, expresamente refería a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. Lo que en resumen, representa un caso de control concurrente de competencias para juzgar a miembros del congreso aforados, por delitos contra la humanidad.

Según la Corte Suprema de Justicia (2010) La Corte Constitucional, al analizar la competencia de la Corte Penal Internacional, en los procesos de aforados constitucionales estableció que:

> *Fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad* (p. 272 y 273).

Todo lo anterior, se corrobora por la validez que otorga nuestro derecho interno a los Tratados de Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en el sistema de reconocimiento, protección integral y garantía de los mismos, como en el ámbito punitivo, donde se compromete indubitablemente al Estado Colombiano y a sus órganos judiciales competentes

6 La Sala ha sido clara en advertir que los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ocurridos en Colombia pueden ser investigados y juzgados por la Corte Pernal Internacional en los términos de los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del Estatuto de Roma (Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia de 21 de septiembre de 2009, radicación 32022).

para investigar y juzgar las graves formas de criminalidad contra delitos en contra de la humanidad o de lesa humanidad.

Esa misma obligación ha sido expresada por doctrinantes que manifiestan cómo a partir de la Constitución Nacional de 1991, se insertó en nuestro sistema jurídico la noción de **Bloque de Constitucionalidad** , figura jurídica que ha logrado conciliar o equilibrar el principio de supremacía de la Constitución (art. 4°) con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario (art. 93), lo que significa, en resumen, que la Constitución Nacional, respecto a los aforados constitucionales, no agota su articulado, sino que incluye otras disposiciones contenidas especialmente en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Ley 16 de 1972), entre otras, las cuales contienen una serie de postulados mínimos, que rigen en el orden interno y representan un límite al Estado Colombiano, en el sentido de no poder disminuir el alcance de dichas garantías respecto de los miembros del congreso amparado con fuero Constitucional.

Estas disposiciones, en concepto de Poveda (2003) es:

> *Por orden de la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de autoridad e interpretación, tanto en la justicia constitucional, como en la justicia ordinaria; la cual, si bien no puede desconocer las particulares configuraciones sociales y culturales del país, contribuye a la llamada globalización de los derechos humanos*" (p. 195 y 201)[7].

En la Sentencia condenatoria en contra del ex representante a la Cámara Dixon Ferney Tapasco Triviño, por el delito de concierto para delinquir agravado, radicado 26584 – 03 de febrero de 2010, la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia al analizar y estudiar la conducta típica y la manera como se expresa el concierto para delinquir agravado con la finalidad de promover y crear grupos armados al margen de la ley, dice la corte cuando el acuerdo nace de consensos entre congresistas y actores armados, que se expresa en lo siguiente:

> *Teniendo en cuenta lo anterior y lo que de ordinario sucede en aparatos organizados de poder – todo para no desconocer el bien jurídico, el sentido del tipo penal, o los contenidos de la conducta, el aporte del político a la causa paramilitar cuando coloca la función pública a su servicio debe mirarse*

7 En dicho texto cita a BERNAL CUÉLLAR, Jaime. "Bloque de Constitucionalidad y derecho Penal", en El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs.

no tanto en la creación de disfunciones institucionales – que, claro, le agregan mayor gravedad al injusto -, sino en la medida que con esa contribución se incrementa el riesgo contra la seguridad pública al potenciar la acción del grupo ilegal, como puede ocurrir cuando por la influencia de las autodefensas se crean condiciones materiales mediante inversión estatal en lugares donde la acción del paramilitarismo es evidente.

En otras palabras ha dicho la Corte Suprema de Justicia (2010):

la distorsión de la función estatal, cuando eso sucede, es la prueba del acuerdo; así como en el concierto simple, los delitos ejecutados en función del acuerdo son la manifestación del consenso ilegal. En el primer evento, si la distorsión de la función estatal implica la consumación de un injusto, concursará con el concierto para delinquir agravado, así como los delitos comunes lo hacen con el delito de concierto para delinquir simple" (p. 304)

CONCLUSIONES FINALES

La razón de ser de esta prerrogativa y garantía (Fuero Constitucional) es la de mantener el equilibrio y estabilidad entre los poderes del Estado dentro de regímenes democráticos y estados sociales de Derecho, para salvaguardarlos de eventuales acusaciones sin fundamento o de choques o roces de poderes, como se ha caracterizado en los últimos años dentro del enfrentamiento del gobierno con las altas Cortes, y de éstas con el congreso por los denominados juicios de parapolítica.

Por otra parte, vale la pena reconocer que puede llegar a existir cierta responsabilidad de los legisladores, (Senadores y representantes) para cumplir su exigencia constitucional, frente al fuero de los altos dignatarios del Estado, si estos no se pronuncian o no requieren de la declaratoria de seguimiento de causa o declaración de procedencia, como se ha llamado en otros países.

Una expresión de uso común, que suele emplearse en estos casos, frente al ejercicio de esta aplicación constitucional, como ente acusador frente al ejercicio de la garantía constitucional denominada fuero Constitucional, es la de inmunidad parlamentaria, que excluye a la Fiscalía General de la Nación, ente que no debe estar supeditado al poder ejecutivo, para evitar las incompatibilidades de ejercicio inquisidor al momento de juzgar a los altos funcionarios del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según algunos observadores internacionales y monitores de opinión frente a los procesos de parapolítica por delitos comunes adelantados contra Congresistas -en su gran mayoría de la coalición de gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez-, inicialmente acogió la tesis de delitos de concierto para delinquir agravado en concurrencia con otros delitos y posteriormente cuando se conocieron las declaraciones y testimonios de los jefes y de los comandantes y miembros de los grupos armados paramilitares, se cambió la orientación jurídica y jurisprudencial de la Corte, para calificarlos como delitos atroces y de lesa humanidad, teniendo que blindar y acorazar sus fallos y sentencias aplicando ineludiblemente el artículo 93º adicionado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, en su artículo 1º, para que el imperio de la Ley surja dentro de su legitimidad, eficacia y validez en sus sentencias, con la obligación de compulsar copias de lo actuado a la Corte Penal Internacional para que avoque su conocimiento, en los términos previstos en el Estatuto de Roma, por encima de la premeditada y favorable renuncia del Fuero constitucional, de su competencia para juzgarlos y para buscar una supuesta doble instancia, ante las presiones y situaciones de interceptación de llamadas, celulares y otras circunstancias

que ponen en evidencia una intromisión parcializada e inestable situación de la Justicia, por parte del Congreso y del gobierno, amparados en el fuero Constitucional como una prerrogativa de senadores y representantes, así como los demás servidores públicos, que no pueden ser detenidos, presos o juzgados, con excepción de los casos que determina la Constitución y las leyes, sin previa autorización del Congreso de la República.

Como conclusión, es claro y razonable pensar que el constituyente al expedir en la carta de 1991, los artículos sobre fuero constitucional, sustrayendo la justicia a la competencia previa y especial de ciertos jueces especiales, quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los artículo del título VI, capítulo 4º y 6º en consonancia con el art. 29º de la Constitución Nacional, entregándole al legislador y a la Corte Suprema de Justicia la prerrogativa de respeto por el Fuero Constitucional, pero facultando a dichos jueces naturales para ejercer dicha función jurisdiccional, limitada a casos concretos.

Todo lo anterior, para dar origen a las propuestas legislativas que correlativamente y en concomitancia, adelantaría posteriormente el Congreso de la república de Colombia, para presentar el proyecto y aprobar la Ley de Victimas, en reparación de los daños y perjuicios causados en el consabido proceso social de violencia generalizada en el campo y en las ciudades por el fenómeno de los grupos armados al margen de la ley y las Bandas criminales, hoy denominadas Bacrin.

Bibliografía

Alexy R.(2007) Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda Edición en Castellano: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

Arboleda V. M. y Ruiz S. J. A. (2008) Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial, Bogotá, Novena Edición. Ed. Leyer. p. 106.

Bourdieu P. y Teubner G.(2000) La fuerza del derecho, Bogotá. Siglo del hombre Editores.

Constitución Política de Colombia (1886). Editorial Legis, Bogotá.

Corte Suprema de Justicia (2010) Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. Opciones Gráficas Editores Ltda.

García E. (1989) Inmunidad Parlamentaria y Constitución Democrática: Revista de Derecho de la Universidad Complutense. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): Texto recuperado el día 08 de marzo de 2011 en :

http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf

Henao H. J. (1981) Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, Quinta Edición, aumentada. Editorial Temis, Bogotá.

Olásolo A. H. (2009), Ensayos sobre la Corte Penal Internacional, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

Pedroza de la Llave S. (2003). El Congreso General Mexicano. Análisis sobre su evolución y funcionamiento actual, Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): Texto recuperado el día 08 de marzo de 2011 en :

http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf

Poveda P. A. (2003) Terrorismo y Constitución: Breve análisis de la propuesta de reforma a la Constitución para enfrentar el terrorismo. Libro homenaje a Günther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

SCHMITT, C.(1996) Distinción de los modos de Pensar la ciencia jurídica: en Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Madrid Técnos.

TENA RAMÍREZ, F.(2002) Constitución de la Monarquía Española. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): Texto recuperado el día 08 de marzo de 2011 en :

http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf

KELSEN H. (2000) "Teoría Pura del Derecho" IIª Edición México, trad. Roberto I. Vernego. Ed. Porrúa.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W INSTITUTO V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C OMG B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

Editada por Crystal Fiallo Scanlon, Investigadora
Centro de Investigación, Instituto OMG

INSTITUTO OMG
Av. Abraham Lincoln 295
Edificio Caribalico, Piso 1
Santo Domingo, Rep. Dom.