

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA PLENA**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA PLENA – MAGISTRADO PONENTE:  
HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ. Bogotá, 10 de febrero de 1960

Referencia: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 39 de la Ley 86 de 1946.

El ciudadano Bernardo Aguilera Ballesteros, mediante la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Carta, demandó la inexecutable del tercer inciso del artículo 39 de la Ley 86 de 1946, “sobre propiedad intelectual”, que dice lo siguiente: “La forma de pagar los derechos será fijada por el Gobierno, en el respectivo decreto reglamentario, y su percepción, en el caso de este artículo, estará a cargo de la entidad pública o particular que señale el mismo Gobierno, para que ella haga la distribución entre los autores correspondientes, previos los descuentos necesarios para atender a gastos que origine la administración”.

Dice el demandante que la disposición transcrita viola los artículos 30 y 35 de la Constitución Nacional, y por “aplicación excesiva e indebida.....el artículo 32 de la misma Carta, afirmación que fundamenta en las siguientes consideraciones:

1o. Que al garantizar la Constitución (se refiere a la Constitución Política de 1886) la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, así como al otorgar la protección de la propiedad literaria y artística, las facultades de enajenación, usufructo y uso que a ella corresponden no pueden ser limitadas o asumidas por el Estado;

2o. Que "de la misma manera que el derecho de dominio sobre los bienes corporales implica a favor de su titular el de venderlos, gravarlos y arrendarlos libremente, así como los de fijar a su propio arbitrio los precios y las formas de pago, el titular del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales, la propiedad artística, tiene la protección constitucional para sus facultades consecuenciales, cuales son las de vender o ceder ese derecho de propiedad, la de permitir o prohibir la ejecución pública y la reproducción de las obras sobre las cuales se vincula el derecho, y la de fijar libremente la renta, arancel o derechos de autor que deban pagarle (usufructo) los usuarios o los ejecutantes de las obras en cuestión...", ya que la igualdad en el hecho, agrega, implica igualdad en el derecho;

3o. Que cualquiera ley, decreto o resolución, por la cual se faculte al Estado para hacer las veces del titular del derecho de propiedad intelectual, sea para disponer en su totalidad o para regular su ejercicio, su renta o forma de pago de esta última, atenta contra las disposiciones constitucionales que lo garantizan y protegen;

4o. Que no es pertinente en lo que se refiere a la propiedad intelectual, la intervención acordada al Estado por el artículo 32 de la Constitución (se refiere a la Constitución Política de Colombia de 1886), pues el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, no puede predicarse de la propiedad intelectual;

5o. Que de otra parte, "esa facultad de intervención estatal en la industria privada, no puede ejercerse sino por medio de leyes; y cuando una ley deja en manos del Gobierno la reglamentación de la intervención, lo faculta para dictar "normas legislativas de intervención contra el mandato constitucional que establece la separación de los poderes y contra el precepto que reserva esa facultad al legislador por medio de leyes especiales" (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de septiembre de 1939), caso en el cual, sobra decirlo, la cuestionada disposición es inexecutable";

6o. Que "son los autores y compositores quienes tienen el derecho de autorizar o no la ejecución pública de sus obras, y por tanto a ellos corresponde fijar la forma de pago de las correspondientes regalías (llamadas por ley "derechos de autor"), que equivalen al alquiler o renta que se paga por el arrendamiento de inmuebles o cosas correspondiéndole a ellos el derecho exclusivo de percibir por sí o por medio de mandatario tales regalías, como es el arrendador de un fundo quien percibe su renta, sin que el Estado pueda sustituirlo en esa actividad, ni limitársela o condicionársela", y

7o. Que la producción literaria y artística es de tal naturaleza que no permite racionalizarla, esto es, intervenirla en su producción, distribución y consumo.

### **Concepto de la procuraduría**

Dice el señor Procurador General de la Nación, al contestar la demanda lo siguiente:

“La Ley 86 de 1946, dentro del concepto general de propiedad intelectual, ha hecho aparecer por primera vez la expresión "derechos de autor" que consiste, según los claros términos del artículo 39 del aludido estatuto, en la "remuneración que debe pagarse al autor de una producción literaria, teatral o musical por su representación o ejecución pública".

De conformidad con esta definición, surgen en el plano de la propiedad intelectual dos clases o especies de derechos: los que pudiéramos llamar grandes derechos, que se refieren sin lugar a duda a los actos directos de disposición que competen al autor de una obra literaria o artística para celebrar contratos de venta, edición, adaptación, grabación, etc., y los universalmente reconocidos como pequeños derechos que son los que dicen relación con la ejecución pública de la obra.

Es muy claro observar como para los primeros, el autor no encuentra dificultades de orden práctico para ejercer su derecho de propiedad y valorar individualmente el contenido de dicho derecho.

Pero para la ejecución de la obra, que implica actos ulteriores de aprovechamiento por parte de terceros, surgen, como es obvio, serias dificultades de fiscalización, puesto que en forma personal o directa nadie podrá controlar el indefinido número de sitios u oportunidades en que la obra pueda ser ejecutada.

Ante tan clara dificultad, debe aparecer la protección del Estado que garantice, precisamente, los derechos del autor en la ejecución de su obra por terceros, tutela que no puede manifestarse sino por medio de órganos de control que canalicen las legítimas aspiraciones del propietario.

Nuestra ley, mediante la disposición acusada, estableció dos medios de control por parte del Estado: el uno, directo, por parte de una entidad pública, y el otro indirecto, por intermedio de una entidad de carácter privado.

En ambas formas, el Estado ejerce una clara función constitucional de protección de los derechos individuales; más cuando, de conformidad con el artículo 35 de la Carta (se refiere a la Constitución Política de 1886), le compete la obligación de velar expresamente por la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible por el tiempo de vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley.

Y hoy, más aún, se ha hecho ostensible la voluntad de velar por los intereses de la propiedad intelectual en Colombia, al abandonar el primer sistema de control directo para la percepción y la distribución de los derechos de autor, derogando el Decreto número 152 de 1952 que lo establecía y por ser contrario al espíritu de la Ley 86 de 1946 y optar por el segundo, mediante la expedición del estatuto que lo sustituyó consignado en el Decreto número 2554 de 1952.

Con apoyo en las consideraciones anteriores, el señor Procurador solicita que se declare exequible la disposición acusada.

La corte considera

Consagra la Carta en su artículo 35 (se refiere a la Constitución Política de 1886) la protección de la propiedad literaria y artística "como propiedad transferible por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley".

Sobre esta propiedad intelectual, llamada en la doctrina "derechos intelectuales", **iura in re intellectuali**, el Código Civil establece en su artículo 670 una especie de propiedad al referirse a las cosas incorporales, y en el artículo 671 preceptúa que "las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores".

Se limita el constituyente, pues, a señalar la protección de dicha propiedad literaria y artística, dejando a la ley la fijación de las formalidades necesarias a dicha tutela.

En desarrollo de ese amparo constitucional, desde el mismo año de 1886 (Ley 32 sancionada en octubre) y antes en 1885, el legislador se ha ocupado de brindar las garantías indispensables a la propiedad intelectual, si bien es la Ley 86 de 1946 la que concretamente se ocupa de lo que en ese estatuto se denomina "derechos de autor" y que en su artículo 39 define como "la remuneración que debe pagarse al autor de una producción literaria, teatral o musical, por su representación o ejecución pública".

Sin duda, entre las distintas tesis que se han expuesto sobre la naturaleza del derecho de autor, la más aceptada hoy es la de que se trata de una propiedad **sui generis**. Entre el sistema de "concesión", gracia del soberano, temporal, intransmisible por acto entre vivos y por causa de muerte y que rigió entre los siglos XV y XVIII; el de "monopolio exclusivo de explotación temporal", ya cesible y transmisible, y el de **propiedad especial**, se observan diferencias notables en beneficio de este importante derecho.

La propiedad **sui generis** tiene sus modalidades, pero queda en ella la sustancia de la propiedad; sus tres elementos, **usus, fructus y abusus**, y sus atributos: **persecusión y preferencia**. Un derecho que cuenta con estos atributos es real, y con aquellos elementos, es de propiedad, pero especial, por sus modalidades. Ello más acentuadamente en legislaciones como la de Colombia, según la cual, los derechos de orden económico son personales o reales, sin casilla separada para elementos patrimoniales de naturaleza distinta o especial.

Diferencia con la propiedad común

Vale la pena anotar las diferencias entre esta propiedad **sui generis** y la de derecho común:

1o. En cuanto a su naturaleza, en la propiedad intelectual hay algo **moral** y algo **patrimonial**: lo primero, llamado **derecho moral**, es **inalienable, irrenunciable, imprescriptible**; lo segundo, al contrario, como ocurre con todo derecho patrimonial. El artículo 49 de la Ley 86 de 1946 consagra el derecho moral, al reservar para el autor que ha enajenado o transmitido su derecho de propiedad intelectual, la facultad de exigir la fidelidad del texto y del título en las ediciones y reproducciones; de pedir la mención de su nombre o seudónimo, y de oponerse a toda reproducción o exhibición pública de la obra, alterada, mutilada o modificada. En tanto que en la propiedad común nada de eso ocurre: el adquirente no queda sometido a ninguna potestad del dueño anterior.

2o. La propiedad intelectual recae sobre una cosa **incorporal**; la obra, la creación. La propiedad común, en estricto sentido, sólo sobre las cosas corporales (artículo 679 del Código Civil).

3o. La propiedad intelectual es temporal: dura la vida del autor y ochenta años más (artículo 35 de la Constitución de 1886 y 90 de la Ley 86 de 1946); la común es **perpetua**. La **temporalidad** es reflejo de la preeminencia de aquélla en el campo de los valores y los esfuerzos humanos.

4o. En la propiedad intelectual, el rendimiento para el titular depende del éxito público de la obra; en la común no juega tal factor.

Por estas peculiaridades no desaparece la noción de **propiedad**, a base de los **elementos y atributos** de ésta; se obtiene, simplemente, una propiedad **especial**.

El sistema que consagra la legislación

La Carta habla de **propiedad** artística y literaria (artículo 35). La Ley 32 de 1886 la llamó **propiedad** artística y literaria; de **propiedad** industrial habló la Ley 110 de 1913; y hablan

también las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, sobre inventos, descubrimientos, marcas y modelos, y de **propiedad** intelectual habla la actual Ley 86 de 1946.

El artículo 671 del Código Civil, como ya se expresó, dice que "las producciones del talento o del ingenio son una **propiedad** de sus autores", y agrega que "esta **especie** de propiedad se registrará por leyes especiales". Lo cual clasifica el derecho de autor como una **propiedad especial**.

De igual manera quienes entre nosotros han tratado la materia, se han referido a la **propiedad** artística o literaria o intelectual, casi siempre sin distinguir ninguno tocante a la especialidad de la propiedad. Así aparece del debate habido en la sesión del 18 de mayo de 1886, en el Consejo Nacional Constitucional (discursos de los señores Miguel Antonio Caro y Carlos Calderón y Reyes, Pombo y Guerra. "Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886"); de las exposiciones de don José María Samper, sobre el citado precepto, etc. Y aun cuando el hecho de calificar las cosas no determina su esencia, llama la atención la uniformidad del empleo de una misma palabra, cuando de otro lado, no se sustrae el derecho de autor a la noción general de propiedad.

La protección en general

El artículo 16 de la Carta (se refiere a la Constitución de 1886) dice que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas, en sus vidas, honra y **bienes**. No obstante esta norma común, el Constituyente juzgó del caso consagrar la protección de la propiedad literaria y artística, de manera expresa, en el artículo 35 de la Carta (se refiere a la Constitución Política de 1886), que dice: "Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley. Ofrécese la misma garantía a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que la nación respectiva consigne en su legislación el principio de reciprocidad y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales".

Este precepto consagra dos cosas:

- a) La **protección**, como orientación básica: la ley debe desarrollarla.
- b) El texto dice que se protegerá "como propiedad transferible", lo cual no significa que la protección se haya de dirigir solamente a garantizar el traspaso y la transmisión por causa de muerte, de la propiedad literaria y artística, sino a cuanto se encamina hacer del derecho de autor una propiedad efectiva, por la manera como se garantice y por el respeto de que esté rodeada **erga omnes**.

La frase del artículo 35 se explica porque el derecho, en un principio, no fue transferible, ni transmisible, y a pesar de que ya en 1886 no se disentía su cesibilidad, el Constituyente consideró conveniente consagrar de modo explícito esa calidad que fue conquista de la Revolución.

La protección señalada en la Ley 86 de 1946

Tanto la Ley 32 de 1886, como la 86 de 1946 y antes la de 1885, en una forma más modesta, no han tenido otro fin que proteger el derecho de autor. La Ley 86 realiza la protección así:

- a) En cuanto al reconocimiento del derecho, en el Capítulo VI preve al registro de las diferentes especies de obras, como formalidad para ponerlas bajo el amparo de la ley;
- b) En cuanto al **goce** (usus y fructus), el aparte b) del artículo 60. consagra las facultades que lo componen, y en el Capítulo V establece el régimen de los contratos de representación y edición;
- c) En cuanto al **abusus**, el aparte a) del artículo 60. trata de los poderes que esa propiedad confiere a su titular, para disponer de ella; el artículo 46, los que la ley reserva al autor (derecho moral), en el caso de que la traspase, y en el Capítulo IV se refiere a las condiciones requeridas para su enajenación, y
- d) En cuanto a la efectividad de la propiedad **erga omnes**, el Capítulo VIII estatuye los actos violatorios del derecho y las penas que acarrearán; la competencia de los funcionarios para conocer de tales actos, y la acción civil de resarcimiento; y el Capítulo IX establece el procedimiento que debe seguirse ante los jueces civiles.

Tales son los preceptos -en síntesis muy apretada- con que la Ley 86 de 1946 desarrolla el artículo 35 de la Carta (se refiere a la Constitución de 1886).

El caso concreto

En el caso concreto hay que saber si el inciso 3o. del artículo 39 de la Ley 86, al tratar de proteger la propiedad intelectual, lo hace con arreglo al artículo 35 de la Carta, que reconoce esa propiedad. Dice el expresado inciso:

"La forma de pagar los derechos será fijada por el Gobierno, en el respectivo Decreto reglamentario, y su percepción, en el caso de este artículo, estará a cargo de la entidad pública o particular que señale el mismo Gobierno, para que ella haga la distribución entre los autores correspondientes, previos los descuentos necesarios para atender a gastos que origine la administración".

Sin duda esta disposición trata de proteger la propiedad intelectual, pero lo hace contra lo dispuesto en el artículo 35 de la Carta, por estas razones:

1a. Este precepto consagra el derecho de autor como una propiedad y siendo una propiedad, el titular tiene su **goce**, y para la medida de éste, como para la recaudación de sus frutos, el titular goza de plena autonomía.

2a. Si el titular no tuviese esta autonomía, no se trataría de una propiedad, sino de una concesión o de un derecho de explotación otorgados y reglamentados por el Estado, sistemas extraños al artículo 35 de la Ley Fundamental.

3a. Si la propiedad común sobre las cosas corporales, es el derecho de gozar y disponer libremente de ellas, con las solas limitaciones de la ley y del derecho ajeno, **a fortiori** se predica esto de la propiedad intelectual, en razón de su preeminencia en el escalafón de los esfuerzos humanos y los inmensos resultados de esos esfuerzos.

4a. Al reconocer el artículo 35 de la Carta esta propiedad y al ordenar que sea protegida, no pudo ser el ánimo del Constituyente rebajarla con relación a la propiedad común, dado precisamente el carácter superior de aquélla.

5a. La propiedad intelectual goza de las mismas garantías que se confieren, por el artículo 30 de la Carta "a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con justo título..", con la salvedad indicada en el artículo 35 de la Constitución, de que la protección debida a la propiedad literaria y artística sólo comprende "el tiempo de la vida del autor y 80 años más".

De consiguiente cualquier norma legal que limite o desconozca para el titular de la propiedad intelectual la facultad de disposición, o la de uso, o la de goce que le corresponde sería contraria a la previsión contenida en el artículo 30 de la Carta, a no ser que se tratara de los motivos de utilidad pública o de interés social (inciso 3o. del citado artículo); o de la intervención del Estado "en la explotación de industrias o de empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (artículo 32 de la constitución).

La misma Ley 86 de 1946 establece, en su artículo 6o., que "la propiedad intelectual comprende para sus titulares, la facultad exclusiva de aprovecharla con o sin fines de lucro, por medio de la imprenta, litografía, grabado, copia, molde, vaciado, fotografía, película cinematográfica, disco de gramófono, rollo para instrumento mecánico, ejecución, conferencia, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión radiotelefónica o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión".

Y sin lugar a duda, el inciso 3o. del artículo 39 de la Ley 86 de 1946 establece una clara limitación a la propiedad literaria y artística, sin fundamento alguno en las previsiones constitucionales que la permiten y a las cuales se hizo ya referencia, al disponer que "la forma de pagar los derechos será fijada por el Gobierno, en el respectivo Decreto reglamentario, y su percepción, en el caso de este artículo, estará a cargo de la entidad pública o particular que señale el mismo Gobierno, para que ella haga la distribución entre los autores correspondientes, previos los descuentos necesarios para atender a gastos que origine la administración", pues de esta manera queda sustituido el titular de la propiedad intelectual en el señalamiento de la forma de pago de sus "**derechos de autor**"; en la percepción de dicho pago, y, además, se le impone correr con los gastos que origine tal administración de sus intereses, no convenida libremente por el titular de la propiedad literaria y artística.

6a. La intervención en la forma de pagar los "**derechos de autor**" y en la percepción de los mismos, no está prevista en la Carta, que no contempla sino la expropiación y la racionalización de la industria, como limitaciones constitucionales al derecho de propiedad, fuera de su función social.

7a. No se explicaría y sería inconstitucional el precepto según el cual no podrían percibir los cánones de arrendamiento de inmuebles, ni los dividendos de acciones, sus titulares, sino la entidad oficial determinada por el Estado.

Cabe agregar que lo preceptuado en el inciso 3o. del artículo 39 de la Ley 86 de 1946 no corresponde a **formalidad** alguna mediante la cual se proteja la propiedad literaria y artística, sino que constituye un claro cercenamiento de ella, contra el mandato del artículo 35 de la Carta que dispone su tutela "mediante las formalidades que prescriba la ley".

La tutela penal de los derechos de autor

Expresa el señor Procurador que en el ejercicio del derecho de propiedad intelectual y en lo que hace referencia a la ejecución de la obra, "que implica actos ulteriores de aprovechamiento por parte de terceros, surgen, como es obvio, serias dificultades de fiscalización, puesto que en forma personal y directa nadie podrá controlar el indefinido número de sitios y oportunidades, en los que la obra pueda ser ejecutada"; y que "ante tan clara dificultad debe aparecer la protección del Estado que garantice, precisamente, los derechos de autor en la ejecución de su obra por terceros, tutela que no puede manifestarse sino por medio de órganos de control que canalicen las legítimas aspiraciones del propietario", lo cual buscó, agrega, el inciso 3o. del artículo 39 de la Ley 86 de 1946, objeto de la demanda.

Sin embargo, la misma Ley 86 de 1946 ofrece los medios de protección de tales derechos de autor en otras disposiciones que no implican, como la acusada, violaciones del mismo derecho de propiedad intelectual.

En efecto:

Luego de señalar dicha Ley que tal **derecho de autor** es la "remuneración que debe pagarse al autor de una producción literaria, teatral o musical por su representación o ejecución pública (inciso 1o. del artículo 39); y de indicar que su pago a los autores, representantes o causahabientes debe hacerlo "todo propietario o empresario de cualquier teatro, lugar de espectáculos, sala de conciertos o festivales, o estación radioemisora o de televisión en donde se representen o ejecuten obras teatrales o musicales de autores nacionales o extranjeros" (artículo 38), señala una sanción de multa de 50 a 200 pesos, "sin perjuicio del pago del correspondiente derecho de autor", a quien eluda lo previsto en el artículo 38 transcrito.

Esta misma sanción de multa está indicada para quienes infrinjan lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley, en donde se dice lo siguiente:

"La persona que tenga a su cargo la dirección del local, de la radio, de la orquesta o de la representación o ejecución de obras teatrales o musicales está obligada:

1. A exhibir, en lugar público, el programa diario de las mismas obras, y
2. A anotar en planillas diarias, por riguroso orden, el título de cada obra teatral o musical representada, ejecutada y el nombre del autor o compositor de ellas.

Del programa entregará una copia auténtica a los autores de las obras, o a sus **representantes legales o convencionales**, si lo solicitan.



Las planillas serán fechadas y firmadas y puestas a disposición de los interesados cuando las pidan para su examen".

Asimismo y de acuerdo con lo preceptuado en el ordinal 4o. del artículo 97 de la Ley 86 de 1946 "incurre en prisión de tres meses a un año y multa de 100 a 300 pesos el que violare la disposición del artículo 33", o sea la de que "ninguna producción musical, tragedia, comedia o cualquiera otra producción, sea cual fuere su denominación, podrá ser ejecutada o representada en público, si no es:

"a) Con el título y en la forma confeccionada por su autor" (tutela del derecho moral), y

"b) Previo permiso de éste o de su representante o de sus causahabientes" (amparo de los **derechos de autor**).

Estas disposiciones son aplicables también con respecto a la propiedad intelectual de autores extranjeros, pues de conformidad con el artículo 47 de la Ley, dichos autores, "o sus causahabientes gozarán en Colombia de la protección otorgada por esta Ley, durante un período de tiempo no mayor del plazo determinado por el país en donde hubiere sido publicada la obra. Si las leyes de tal país acuerdan un término mayor, se estará a los plazos fijados por esta Ley".

Se salvan, así, las dificultades de control personal que se ofrecen a los titulares del derecho de propiedad intelectual, con respecto a los "derechos de autor", pues se señalan sanciones penales de una parte, a quienes eludan su pago, y de otra, a los que incumplan las medidas previstas para impedir el aprovechamiento oculto de las obras que los causan.

Tanto más, cuanto que la acción penal que originan dichas infracciones "es pública en todo caso" (artículo 102 de la Ley), correspondiéndole al Estado, mediante "las autoridades penales comunes, según las reglas generales sobre competencia" (artículo 103), adelantar oficiosamente dicha acción penal. En consecuencia debe ser declarada inexecutable la disposición acusada.

### Decisión

En virtud de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia – Sala Plena -, en ejercicio de la Jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara inexecutable el inciso 3° del artículo 39 de la Ley 86 de 1946, publicada en el Diario Oficial número 26363, de 24 de febrero de 1947. Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese.