

C-234-19

Sentencia C-234/19

PATENTE DE INVENCION-Marco normativo

PATENTE DE INVENCION-Naturaleza

PROPIEDAD INTELECTUAL-Protección constitucional/PROPIEDAD INTELECTUAL-Amplio margen de configuración legislativa

PROPIEDAD INDUSTRIAL-Régimen jurídico contenido en decisiones de la Comunidad Andina de Naciones

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES-Antecedentes/COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES-Estructura

SISTEMA ANDINO DE INTEGRACION-Jurisprudencia constitucional

DERECHO COMUNITARIO-Características/NORMAS COMUNITARIAS-Valor normativo

DERECHO INTERNO Y DERECHO COMUNITARIO-Jurisprudencia constitucional

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES-Régimen de patentes

CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD-Vigencia normativa como presupuesto para su estudio/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Pronunciamiento sobre disposiciones vigentes o sobre aquellas que habiendo perdido su vigencia continúen produciendo efectos

NORMA SUSPENDIDA-Posibilidad de la Corte para decidir exequibilidad

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Vigencia de las normas objeto de control no es requisito sine qua non

PROBLEMAS DE INDETERMINACION DE SENTIDO EN TODO LENGUAJE NATURAL-Ambigüedad y vaguedad

Se entiende que una expresión es ambigua cuando “(...) puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien [cuando] una misma palabra pueda tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos”. (...) una expresión es vaga cuando “(...) el foco de significado es único y no plural ni parcelado, pero (su modo de empleo) hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella.”. (...)”.

MORAL Y BUENAS COSTUMBRES-Conceptos vagos/MORAL Y BUENAS COSTUMBRES-Jurisprudencia constitucional/MORAL SOCIAL O PUBLICA-Jurisprudencia constitucional

TEST DE PROPORCIONALIDAD-Juicio de razonabilidad

TEST DE PROPORCIONALIDAD-Niveles de intensidad

Referencia: Expediente D-11932

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 538, numeral 3 (parcial), del Decreto 410 de 1971, “[p]or el cual se expide el Código de Comercio”

Demandantes: Javier Ignacio García Méndez y Diógenes Valbuena García

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241, numeral 5 de la Constitución Política, los ciudadanos Javier Ignacio García Méndez y

Diógenes Valbuena García demandaron el numeral 3 (parcial) del artículo 538 del Decreto 410 de 1971, “[p]or el cual se expide el Código de Comercio”.

2. Mediante Auto del 16 de febrero de 2017, el entonces Magistrado Sustanciador admitió la demanda[1]. En la misma providencia, ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación y comunicó el inicio del proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, así como al Ministro de Justicia y del Derecho. De igual forma, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda de la referencia, conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, se invitó a participar en el proceso a las facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia, Nacional de Colombia, Sergio Arboleda, Libre, de los Andes, Rosario, Eafit de Medellín, del Atlántico, de Antioquia y de Ibagué, así como a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2067 de 1991, advirtiendo que los términos en el presente asunto fueron suspendidos como consecuencia de lo resuelto en el Auto 305 de 21 de junio de 2017[2], procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

4. A continuación se transcribe la norma demandada y se subrayan los apartes que fueron objeto de cuestionamiento por parte de los accionantes:

“DECRETO 410 DE 1971

(marzo 27)

“Por el cual se expide el Código de Comercio”

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968, y cumplido el requisito allí establecido,

DECRETA:

...

LIBRO TERCERO.

DE LOS BIENES MERCANTILES.

...

TÍTULO II.

DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

CAPÍTULO I.

NUEVAS CREACIONES

SECCIÓN I.

PATENTES DE INVENCION

...

ARTÍCULO 538. CASOS EN QUE NO SE PUEDE CONCEDER PATENTE DE INVENCION. No se podrá conceder patente de invención:

(...)

3o. Para las invenciones cuya aplicación o explotación sea contraria al orden público o a las buenas costumbres. No se considera que una invención es contraria al orden público o a las buenas costumbres por el solo hecho de que su explotación esté prohibida a los particulares por una disposición legal”.

III. LA DEMANDA

5. Los demandantes consideran que la expresión “o a las buenas costumbres”, reproducida en dos ocasiones en el numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio, lesiona el Preámbulo y los artículos 1, 2, 7, 13, 15 y 16 de la Constitución Política, razón por la cual solicitan su inexecutable[3]. Con tal propósito exponen los argumentos que, a

continuación, se sintetizan.

6. Se desconoce el Preámbulo dado que el enunciado cuestionado es vago y abstracto, esto es, no establece de manera precisa las conductas que están prohibidas al interesado en registrar una patente y, en tales condiciones, el Estado no puede asegurar a sus habitantes el ejercicio de los derechos fundamentales en un marco jurídico democrático y participativo, garante de un orden justo.

7. En su criterio, se compromete la defensa del pluralismo, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, y demás bienes invocados, pues la imposibilidad de registrar patentes por el motivo ahora cuestionado excede la potestad sancionatoria del Estado, dado que implica una interferencia en los “ámbitos personales”, impone concepciones morales específicas y sanciona proyectos de vida minoritarios. De acuerdo con los demandantes, la dignidad humana “comporta un significado filosófico denominado igualdad de condiciones humanas”, a partir del cual, todas las personas poseen las mismas posibilidades para desarrollarse en sociedad, con independencia de su raza, sexo, religión, inclinación política o económica. Agregan que:

“...hablar de unas buenas costumbres sociales es hacer referencia a un concepto discriminatorio pues... [sería reflejo]... de las mayorías, apartando otro tipo de concepciones protegidas por la Carta mediante el reconocimiento del principio pluralista. Así el ordenamiento constitucional propugna por la convivencia pacífica y armónica de distintos tipos de moral y costumbres.”

8. El Legislador, continúan los accionantes, tiene la obligación de acudir a un lenguaje legal que no exprese o admita interpretaciones contrarias a los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución, tal como lo ha afirmado esta Corporación en ocasiones anteriores, en las que se ha sostenido que los conceptos de “moral” y “buenas costumbres” son vagos y ambiguos, y suponen un grado de indeterminación que desconoce la Constitución Política[4]. Los términos legales, concluyen, no son meras expresiones lingüísticas sino que llevan implícitos contenidos que, en su contexto histórico y sociológico, generan discriminación.

9. Argumentan que, aun cuando en las disposiciones generales del Código de Comercio se incluye la costumbre *praeter legem*, *secundum legem* y *contra legem* como fuente de

derecho, la expresión “buenas costumbres” no está redactada en “términos neutros. Actuar contra estas últimas, “es lo mismo que atentar contra el ordenamiento jurídico, lo cual [es] totalmente inconstitucional, por el hecho de que la primera [buenas costumbres] es totalmente abstracta y arbitraria, mientras que el segundo [ordenamiento jurídico] es concreto y legalmente establecido de manera positivizada (sic), de acuerdo con ello, se omitiría el registro de una Patente de Invención al estar en contra de “una buena costumbre”, lo cual es prohibido por la Carta Magna en su Preámbulo, Artículos 1º, 2º, 7º, 13º, 15º y 16, en especial al de la Dignidad Humana y al Principio de Legalidad al establecer una conducta que no ha sido legislada como prohibida y a su vez, impidiéndole al inventor registrar su patente por el hecho de estar en contra de las “buenas” costumbres del territorio.”

10. Por último, precisan que la Corte se ha pronunciado en varios asuntos en los que se cuestiona la sujeción o no del Legislador al principio de legalidad, al establecer conductas que originan una sanción, restringiendo el uso de expresiones que, como la que aquí se analiza, son ambiguas y/o vagas[5].

IV. SÍNTESIS DE LAS INTERVENCIONES

11. Dentro del término de fijación en lista, presentaron intervenciones la Academia Colombiana de Jurisprudencia, y las facultades de Derecho de las universidades de Ibagué, Externado de Colombia, Libre de Bogotá y Sergio Arboleda. Posteriormente lo hicieron la Superintendencia de Industria y Comercio, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y la Universidad Nacional[6].

12. Sostienen en general que, a partir del artículo 61 de la Constitución Política, el Constituyente confirió al Legislador la competencia para regular los aspectos concretos del ejercicio del derecho a la propiedad intelectual y que esto lo hizo consciente de la relevancia internacional y regional de contar con pautas comunes[7], razón por la cual, por ejemplo, con la suscripción de los instrumentos primarios de la Comunidad Andina, Colombia ha delegado competencias reguladoras en este campo a los organismos que la estructuran.

En este sentido, continúan, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina es la normatividad vigente en materia de propiedad industrial, y específicamente en patentes de

invención, en virtud del carácter supranacional del derecho comunitario y de los principios de preeminencia y aplicación directa.

13. Aclaran que la citada Decisión hace parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, por lo cual resulta aplicable por Colombia al haber suscrito soberanamente los acuerdos de conformación de la comunidad supranacional referida. Bajo este marco, el artículo 20 de la Decisión establece limitaciones a la patentabilidad de las invenciones que, a pesar de no ser idénticas a las previstas en el artículo 538 del Código de Comercio, son similares, evidenciándose el fenómeno del desplazamiento de la norma interna.

14. Ahora bien, aunque los intervinientes se refieren expresamente a que la existencia del Derecho Comunitario en esta materia desplaza al ordenamiento interno, difieren respecto de la decisión que debe adoptar la Corte Constitucional, razón por la cual, a continuación, se sintetizan las referidas posturas.

15. Intervenciones dirigidas a que se profiera un pronunciamiento de fondo sobre la disposición parcialmente demandada del Código de Comercio

15.1. La Universidad de Ibagué sostiene que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el competente para decidir sobre la permanencia en el sistema jurídico de las disposiciones vigentes sobre patentes, y que, entre otros pronunciamientos, en la Sentencia 30-IP-96 consideró, con fundamento en doctrina especializada, que cuando el Legislador se refiere a “buenas costumbres” no quiere decir otra cosa que “moral pública”. Solicitó, en consecuencia, declarar la exequibilidad de la disposición con el objeto de no deslegitimar la función social de la propiedad y la pretensión de que las patentes sean un instrumento de progreso para la comunidad. Finalmente, en su opinión, no es viable invocar en este contexto el principio de legalidad, dado que no se refiere a un asunto penal.

15.2. La Universidad Libre solicita la exequibilidad condicionada del enunciado demandado. Considera que el artículo 538 del Código de Comercio, aunque se encuentra suspendido, no está derogado y, por lo tanto, la Corte Constitucional debe pronunciarse sobre su sujeción al Ordenamiento Superior, sin que, en todo caso, pueda involucrar una decisión que incluya disposiciones contenidas en las decisiones de la Comunidad Andina, según lo previsto en el artículo 42 del Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En los anteriores términos, solicita que la expresión cuestionada se

considere como un término asimilable al de “moral general” y, en esa medida, útil para que el reconocimiento de patentes no afecte al conglomerado social[8].

16. Intervenciones dirigidas a que no se profiera un pronunciamiento de fondo sobre la disposición parcialmente demandada del Código de Comercio

16.1. La Universidad Externado de Colombia considera que el artículo 538 del Código de Comercio se encuentra suspendido, razón por la cual la Corte Constitucional no debe efectuar un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, dado que la Disposición Andina acude a criterios similares al demandado para excluir el derecho de patentabilidad, argumenta que la Corte podría pronunciarse sobre aquellos, esto es, sobre los términos de “orden público” y “moral” del artículo 20, literal a, de la Decisión 486, de acuerdo con la competencia que le confiere el artículo 65 ibídem, y en consideración a que involucran aspectos filosóficos y éticos ajenos a los técnicos que, más comúnmente, inciden en el reconocimiento de una patente.

La interviniente señala que la regulación de la Comunidad Andina, al remplazar el término “buenas costumbres” por el de “moral”, siguió lo previsto en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Industrial relacionados con el Comercio (artículos 27.1 y 27.2)[9]. Luego, tras referirse a la manera como en otros regímenes se maneja el criterio moral en este campo[10], la Universidad interviniente pide a la Corte fijar elementos que permitan limitar la noción de “moral” y evitar interpretaciones amplias y vagas.

16.2. La Universidad Sergio Arboleda efectuó un recuento de la regulación de patentes en el marco de la Comunidad Andina, en el que destacó que decisiones anteriores a la actualmente en vigor hicieron referencia al término de “buenas costumbres”; cuya teleología, según el Tribunal de Justicia Andino, recae en la protección del interés público[11].

A continuación, se refirió a los efectos de preeminencia y aplicación directa de la regulación de la Comunidad Andina y concluyó que, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional[12], los efectos del derecho resultante de la supranacionalidad no determinan la derogación normativa, pese a lo cual, agrega la Universidad, no es pertinente que la Corte realice un pronunciamiento sobre la disposición demandada (parcialmente) del Código de Comercio, dado que no está produciendo efectos jurídicos.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

17. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación, mediante concepto 006298 del 18 de abril de 2017, solicita a la Corte declararse inhibida para emitir decisión de fondo. Argumenta que la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina es la norma que actualmente regula lo relativo a la propiedad industrial, pues en virtud del principio de supranacionalidad prevalece sobre cualquier otra disposición legal interna de los países que suscribieron el Acuerdo de Cartagena.

18. Concluye que, si bien las expresiones demandadas no han sido derogadas, es evidente que no están produciendo efectos en virtud del principio de preeminencia de las normas de la Comunidad Andina, por lo cual la Corte debe proferir un fallo inhibitorio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

19. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la expresión acusada hace parte de un Decreto con fuerza de Ley, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias.

Presentación del caso, problema jurídico y esquema de decisión

20. La Corte estudia la demanda presentada por los ciudadanos Javier Ignacio García Méndez y Diógenes Valbuena García contra la expresión “o a las buenas costumbres”, contenida, en dos oportunidades, en el artículo 538, numeral 3, del Código de Comercio, por considerar que lesiona el Preámbulo y los artículos 1, 2, 7, 13, 15 y 16 de la Constitución Política.

21. La mayoría de los intervinientes concuerdan en que la disposición parcialmente demandada tiene sus efectos suspendidos dado que el Régimen de Propiedad Industrial, que comprende el reconocimiento de patentes de invención, es el previsto en la normativa proferida por la Comisión de la Comunidad Andina y no el regulado en el Código de

Comercio. A partir de dicha constatación, la solicitud que se hace a la Corte no es idéntica.

22. De un lado, las facultades de Derecho de las universidades de Ibagué y Libre piden realizar un pronunciamiento de fondo en el que se precise el contenido de la expresión demandada, en el marco del criterio de “moral social”. Otros intervinientes solicitan no efectuar un pronunciamiento de fondo, o por lo menos no hacerlo frente al artículo demandado, como las facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia y Sergio Arboleda. La Universidad Externado, además, pide a la Corte realizar un control de constitucionalidad sobre los términos de “orden público” y “moral” establecidos en el artículo 20 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Finalmente, el Ministerio Público solicita una decisión inhibitoria en razón a que la disposición demandada no produce efectos.

23. En el marco antes referido, la Sala deberá analizar como cuestión previa un asunto: el estado que dentro del sistema normativo colombiano ostenta la disposición -parcialmente- demandada, con el objeto de determinar su vigencia y/o la producción de efectos, pues, siguiendo las reglas de la Corporación al respecto, estos aspectos determinan la oportunidad de un pronunciamiento de fondo.

24. Solo en caso de concluir que la oportunidad de efectuar un pronunciamiento de fondo dado el estatus de la disposición demandada, la Corte deberá analizar si la expresión “o a las buenas costumbres”, prevista en el numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio, está dotada de una indeterminación constitucionalmente admisible como criterio de restricción a la concesión de patentes de invención.

25. Con tal objeto, la Sala abordará (i) el uso de conceptos indeterminados por el ordenamiento, atendiendo de manera relevante a la jurisprudencia de esta Corporación sobre el término “moral social” o “moral pública”; y, (iii) resolverá el caso concreto.

Cuestión previa: estatus del artículo 538 del Código de Comercio

Contexto normativo del enunciado demandado – Patentes de invención

26. La acción de inconstitucionalidad promovida por los ciudadanos Javier Ignacio García

Méndez y Diógenes Valbuena García se dirige contra el artículo 538, numeral 3 parcial, del Código de Comercio. Esta disposición integra el Libro tercero “De los bienes mercantiles”, Título II “De la Propiedad Industrial”, Capítulo I “Nuevas creaciones”, Sección I “Patentes de invención”, del referido Estatuto.

27. Una primera aproximación al régimen de protección de las patentes de invención[13] exige tener en cuenta que su pretensión está ligada a la promoción del conocimiento y, por lo tanto, al progreso y beneficio de la comunidad en general[14], lo que, además, determina en medida importante la existencia de un sistema normativo que no se agota en las fronteras del clásico Estado soberano, sino que trasciende a marcos supranacionales e internacionales configurados a través de convenios y tratados[15] que, aunque guiados por el referido propósito, deben armonizar todos los bienes involucrados y la concurrencia de intereses[16], dando lugar, por ejemplo, a excepcionar la protección que deriva de la concesión de una patente de invención por motivos de interés público.

28. En Colombia, dentro del marco constitucional actual, el Preámbulo incluye el conocimiento como finalidad a asegurar a todos los integrantes de la Nación; varias de sus disposiciones regulan el derecho a la educación y a la cultura, así como el acceso a la ciencia, en un contexto respetuoso del pluralismo[17]. De manera concreta, además, el artículo 61 establece que el Estado debe proteger la propiedad intelectual “por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”[18]; previsión que se complementa con la competencia que se reconoce al Congreso de la República, en el artículo 150, numeral 24, para establecer el régimen de patentes, entre otras formas de propiedad intelectual; y la facultad al Presidente de la República de otorgar patentes de privilegio temporal a autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley, artículo 189, numeral 27[19].

29. En la jurisprudencia constitucional, la patente de invención se concibió en la Sentencia C-334 de 1993[20] como una modalidad sui generis del derecho de propiedad[21], en tanto presenta notas características similares y diferenciadoras respecto del clásico derecho de propiedad. Entre estas últimas, se refirieron la naturaleza intangible del objeto sobre el que se ejerce el derecho; su protección temporal; y, la sujeción de su eficacia a otras condiciones previstas por el Legislador. Estas particularidades, específicamente las dos últimas, se justificaron en la necesidad de resolver la tensión existente entre el interés del

creador y el de la comunidad.

30. La patente de invención se inscribe dentro de la protección a la propiedad industrial[22], que, junto a los derechos de autor, dota de contenido el derecho inalienable previsto en el artículo 61 de la Constitución Política, ya referido[23]. Su alcance, esto es, las facetas del derecho que son amparadas por el ordenamiento, constituye un asunto cuya competencia radica en el Legislador, tal como esta Corporación lo ha sostenido en reiteradas decisiones en las que ha advertido su margen de configuración, se insiste, con el fin de armonizar los intereses comprometidos y bajo los criterios que guían la propiedad en general, esto es, su función social, la solidaridad y el respeto por la dignidad y el trabajo.

Así, en la Sentencia C-032 de 2009[24] se destacó:

“...la existencia de un amplio margen de configuración legislativa sobre la materia, siempre que las medidas adoptadas (i) se orienten a la protección de la propiedad intelectual y (ii) no establezcan condiciones irrazonables o desproporcionadas para acceder a dicha protección.”[25]

31. Ahora bien, los elementos exigidos para su reconocimiento por parte del Estado se remiten a la novedad en un producto o procedimiento, que puede ser predicable incluso al mejoramiento de una creación del intelecto ya existente y que comporta una valoración conforme al estado de la técnica; a la altura inventiva, que se mide en comparación con una persona versada en el oficio de que se trate; y, a su aplicación industrial.

Ante la concurrencia de estos aspectos, el Estado concede al solicitante el derecho de explotación por un periodo determinado, con la contraprestación de que indique de manera detallada cómo se produce o utiliza la invención.

32. Acudiendo a los principales instrumentos internacionales que regulan la propiedad industrial, el Acuerdo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio[26], prevé que la concesión de una patente de invención concede los siguientes derechos exclusivos:

“a) cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o

importación para estos fines del producto objeto de la patente; b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.”

33. En este escenario general de las patentes de invención, a continuación, la Sala efectuará algunas precisiones sobre el régimen de propiedad industrial en el marco de la Comunidad Andina.

Contextualización del régimen comunitario de propiedad industrial

Principales instrumentos que regulan la Comunidad Andina[27]

34. Con la reforma constitucional de 1968[28] se concedió al Presidente de la República la potestad de celebrar tratados o convenios no solo con otros estados, sino con entidades de derecho internacional (Art. 120, numeral 20[29]); y, al Congreso de la República la facultad de aprobar o improbar aquellos, dentro de los cuales se incluyeron los que implicaran la creación de instituciones supranacionales que tuvieran por objeto promover o consolidar la integración económica con otros estados, con sujeción a los principios de igualdad y reciprocidad (Art. 76, numeral 18[30]).

35. En este marco, el 26 de mayo de 1969 el Estado colombiano suscribió junto a Bolivia, Chile[31], Ecuador y Perú[32] el Acuerdo o Pacto Subregional Andino – Acuerdo de Cartagena-, que incluyó la configuración de su estructura a partir de dos órganos, la Comisión y la Junta (artículo 5). La primera, órgano máximo del Acuerdo, con la competencia de expedir decisiones (artículos 6 y 7) sobre marcas, patentes, licencias y regalías, entre otros temas; regulación para la cual se concedió como plazo máximo el 31 de diciembre de 1970 (artículo 27).

36.1. Este Acuerdo fue aprobado en Colombia mediante la Ley 8 de 1973, acto que se materializó a través del artículo 1. El artículo 2, inciso 2, estableció que las decisiones de la Comisión, de la Junta y de otros organismos, que (i) desarrollen el Acuerdo, (ii) no modifiquen la legislación o (iii) no sean materia del Legislador, podrían ser puestas en vigencia por el Gobierno Nacional. El inciso 3 ídem, por su parte, previó que cuando tales

decisiones (i) regulen materias propias de la competencia del Legislador, (ii) modifiquen la legislación existente o (iii) el Gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores, debían someterse al Congreso, por parte del Gobierno Nacional, para su aprobación y entrada en vigencia.

36.2. Los citados enunciados, incisos 2 y 3 del artículo 2 de la Ley 8 de 1973, se declararon inexecutable por la Corte Suprema de Justicia[33]. En síntesis[34], por considerar que los países signatarios del Pacto confirieron poder regulatorio a órganos comunitarios, y que la aplicación interna de las disposiciones proferidas en ejercicio de tal facultad no fue sometida, por regla general, a acto alguno. Advirtió, además, que no cabía duda de la posibilidad de que el Estado otorgara la capacidad de legislar, en los términos del artículo 76, numeral 18 de la Constitución Política, a organizaciones internacionales. Así, concluyó que, además del Pacto y sus posibles modificaciones, existía un derecho derivado integrado por las decisiones de la Comisión, que regía en el derecho interno por mérito propio.

37. Mediante el Tratado suscrito en Cartagena el 28 de mayo de 1979, aprobado por la Ley 17 de 1980, los países miembros crearon el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el cual estableció, entre otras cosas, que el ordenamiento jurídico del Acuerdo está integrado por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; este Tratado; las decisiones de la Comisión; y, las Resoluciones de la Junta (Art. 1). En cuanto a las decisiones, precisó que eran directamente aplicables en los estados miembros a partir de su publicación, salvo que se indicara otra fecha o que, por expresa previsión, se requiriera de una incorporación particular (Art. 3). También previó los mecanismos de competencia del Tribunal, incluyendo las acciones de nulidad y de incumplimiento, y la interpretación prejudicial (Arts. 17, 23 y 28, respectivamente).

38. El 12 de mayo de 1987 los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela suscribieron el “Protocolo de Quito”, modificatorio del Acuerdo de Cartagena. De este instrumento se destaca que varió la regulación sobre los órganos principales del Acuerdo, incluyendo, además de la Comisión y de la Junta, al Tribunal de Justicia y al Parlamento Andino (artículo 5). Sobre la Comisión estableció que era el órgano máximo, con “capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia”. Este instrumento fue incorporado en el Derecho interno mediante la Ley 60 de 1987[35].

39. En vigencia de la actual Constitución Política, que a través de varias de sus disposiciones muestra un fortalecimiento de la idea de integración, principalmente con países de Latinoamérica y el Caribe, se suscribió el 10 de marzo de 1996 en la ciudad de Trujillo - Perú, por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, el “Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino” (Acuerdo de Cartagena).

Mediante esta reforma, de manera principal, se creó la Comunidad Andina (artículo 5), y se previó una nueva institucionalidad para lograr los objetivos de la Integración (artículo 6)[36], dirigidos no solo al aspecto económico sino político, cultural y social[37]. En este sentido, además de la Comisión de la Comunidad Andina, se incluyeron el Consejo Presidencial Andino (ahora el máximo órgano del Sistema Andino de Integración, artículo 11), el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, entre otros. Sobre la Comisión de la Comunidad Andina, el artículo 21 reiteró que su voluntad se expresa mediante decisiones, y que entre sus funciones se incluye la de formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina.

Este instrumento fue aprobado en Colombia mediante la Ley 323 de 1996 y analizado en sede de constitucionalidad en la Sentencia C-231 de 1997[38], que lo consideró ajustado al marco Superior. Para el efecto realizó consideraciones importantes relativas a la vinculación del Gobierno Nacional, al suscribir instrumentos de integración, a los mandatos superiores que estructuran nuestro ordenamiento constitucional[39]. Agregó que aunque existen disposiciones del derecho comunitario que no tienen control de constitucionalidad, porque se adoptan de manera diferente a un Tratado -como las decisiones-, debe tenerse en cuenta que aquellas tampoco pueden desconocer los mandatos superiores derivados de la conformación de nuestro Estado como social de derecho y de la adopción de la democracia como régimen político, razón por la cual, en una situación extrema en la que los controles diseñados al interior de la Comunidad Andina no sean eficaces, el juez constitucional puede intervenir para ordenar una inaplicación particular[40].

Finalmente, en esta Decisión se destacó como características del ordenamiento comunitario Andino la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, y su prevalencia sobre las disposiciones locales. Al respecto, precisó:

“Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales.”

40. El 28 de mayo de 1996, los países integrantes de la Comunidad suscribieron en Cochabamba – Bolivia el “Protocolo modificatorio del tratado de creación del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena”, con el objeto de ajustar esta regulación al Protocolo de Trujillo antes referido. Incluyó dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad, además de las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina aquellas proferidas por el Consejo Andino de Ministros, entre otros instrumentos y actos (Art. 1); y, precisó que tales decisiones obligaban a los países desde su aprobación y eran directamente aplicables a partir de su publicación, salvo disposición en contrario en términos similares a los planteados en el Tratado de creación (Art. 3). Por último, además de los mecanismos ya previstos en el Instrumento de creación del Tribunal, incluyó el recurso por omisión o inactividad (Art. 37), la función arbitral (Art. 38) y la jurisdicción laboral (Art. 40).

Su incorporación se efectuó a través de la Ley 457 de 1998, estudiada en sede de constitucionalidad mediante la Sentencia C-227 de 1999[41], que lo consideró ajustado a la Carta.

41. Posteriormente, los países miembros de la Comunidad Andina suscribieron el 25 de junio de 1997, en Quito, el “Protocolo de Sucre” o “Protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino – Acuerdo de Cartagena de 1997”, aprobado mediante la Ley 458 de 1998 y avalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 1999[42].

El artículo 6 de este instrumento modificó el artículo 52 vigente del Acuerdo de Integración Subregional Andino, con el siguiente texto: “La comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.”[43] (Negrilla fuera de texto). Antes de esta modificación, la disposición que permanecía era la introducida por el Acuerdo -Pacto- Subregional Andino o Acuerdo de

Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1969 (Art. 27 codificado en el Art. 52[44]), según la cual antes del 31 de diciembre de 1970 la Comisión debía aprobar y someter a consideración un régimen, entre otros temas, de patentes.

42. El 17 de octubre de 1998, la Comunidad Andina suscribió el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la comunidad Andina por la democracia”, aprobado mediante la Ley 846 de 2003 y revisado por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-644 de 2004[45]. En su pronunciamiento este Tribunal destacó que los procesos de integración, siguiendo la línea de la Sentencia C-231 de 1997, no pueden desconocer los presupuestos esenciales que configuran el Estado colombiano, a partir de la decisión del constituyente primario, y que se remiten al principio de soberanía popular, el principio democrático y los valores que inspiran al Estado social de derecho.

Conclusiones

Del recuento hasta aquí realizado deben destacarse los siguientes aspectos:

43. La integración del Estado colombiano con otros países, especialmente latinoamericanos, es un aspecto fundamental de la formulación y del manejo de la Política Exterior colombiana con sujeción a los criterios sustantivos previstos en la Constitución de 1991, principalmente en el Preámbulo y en los artículos 9.2, 150.16, 226 y 227 Superiores. De éstos, además, se puede afirmar que la celebración de tratados o convenios con otros estados y con entidades de derecho internacional incluye la posibilidad de transferir parcialmente algunas atribuciones a órganos supranacionales[46], con el objeto de promover la referida integración (no solo la mera cooperación)[47] y siempre que se respeten la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Los procesos de integración en beneficio del progreso económico y social de los países que emprenden proyectos conjuntos[48], sin embargo, deben sujetarse a los principios que acompañan el ejercicio del poder soberano, como la libre autodeterminación y la independencia política, por lo cual las decisiones fundamentales que el constituyente primario estimó como fundantes de la República constituyen un límite de la validez del Tratado y un parámetro para adelantar los procesos integracionistas, de manera tal que se contribuya a su fortalecimiento, como sucede con la democracia[49].

44. El sistema normativo de la Comunidad Andina se ha desarrollado por virtud y en el marco de tales procesos de integración, bajo un escenario de supranacionalidad que ha implicado la sesión de competencias a órganos de la misma Comunidad para la regulación de algunas materias, determinadas por sus instrumentos fundacionales y los que los han modificado.

En este sentido, el sistema está conformado por un derecho originario o primario y otro secundario[50]. El primero, compuesto por los tratados, pactos y sus modificaciones; el segundo, por las disposiciones proferidas por los órganos comunitarios con competencia reguladora[51], como la Comisión de la Comunidad Andina, que no requieren para su vigencia y aplicabilidad en los órdenes internos de los países miembros, por lo general, acto formal alguno.

Desde este último punto de vista, dado el efecto vinculante[52] de las decisiones proferidas con fuerza normativa por órganos como la Comisión de la Comunidad Andina, sus previsiones son de aplicación directa y prevalente, características estas que se precisarán en el siguiente acápite.

45. Finalmente, debe destacarse que una de las materias sobre las cuales se concedió competencia de configuración a la Comisión es la relacionada con el régimen de patentes, que, según lo previsto en el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, debía proferirse a más tardar el 31 de diciembre de 1970. Esta disposición fue modificada con el Protocolo de Sucre de 1997, en el sentido de prever simplemente que la Comunidad Andina contará con un régimen común de patentes (disposición actualmente vigente).

Efectos del derecho comunitario sobre el derecho interno[53]

46. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre asuntos que han involucrado la aplicación del Derecho Comunitario Andino, con ocasión de demandas y/o juicios automáticos de constitucionalidad.

47. Al inicio, a partir de lo resuelto en las sentencias C-228 de 1995[54] y C-155 de 1998[55], la Corte involucró al estudio de constitucionalidad de disposiciones con estatus legal, normas del derecho comunitario, específicamente de Decisiones de la Comisión, en su parámetro de control[56].

47.1. En la primera providencia, la Sala Plena decidió una demanda contra los artículos 61 y 62 de la Ley 44 de 1993[57] sobre el derecho a la “reserva de nombre”, por presunto desconocimiento de la competencia de los órganos de la Comunidad Andina de regular todo lo relacionado con el régimen de propiedad industrial. A petición del promotor de la acción, la Corte solicitó interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia Andino sobre algunas disposiciones de la Decisión 344 de 1993, para determinar si la “reserva de nombre” hacía parte del régimen de la Comunidad.

Para su resolución, esta Corporación destacó lo siguiente: (i) el derecho comunitario goza de preeminencia o preferencia sobre el derecho interno y su aplicación es directa, “porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión.” (ii) La competencia del Legislador colombiano sobre materias objeto de regulación por la Comunidad, siguiendo el criterio planteado por el Tribunal de Justicia Andino en la interpretación prejudicial solicitada, atiende al principio de “complemento indispensable”, esto es, se sujeta a aspectos que se requieran para la correcta aplicación de las normas comunitarias.

Y, (iii) el análisis de constitucionalidad a cargo de la Corte debe tener como referencia normas del derecho comunitario, advirtiendo en todo caso que el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional y del Tribunal de Justicia Andino no se superponen y, por lo tanto, no implica una estructura jerárquica, sino más bien de complementariedad con el objeto de lograr “la aplicación uniforme del derecho comunitario, e igualmente conciliada con el derecho nacional.”[58]

Bajo los anteriores presupuestos, se concluyó que el tema regulado en las disposiciones demandadas no se refería a asuntos de competencia de la Comunidad Andina, y por lo tanto no se vulneraron las disposiciones constitucionales ni comunitarias.

47.2. En la Sentencia C-155 de 1998 la Corporación analizó disposiciones de la Ley 397 de 1997[59] por desconocer, entre otras, normas previstas en la Decisión 351 de 1993 sobre el derecho renunciante a los derechos patrimoniales de autor. Para su resolución, la Corte reiteró la condición de preeminencia del derecho supranacional y el principio del

“complemento indispensable” ya referido; a partir de lo cual concluyó que una de las disposiciones demandadas, el artículo 34 (parcial), desconocía la legislación comunitaria al limitar la posibilidad de transferir la faceta patrimonial de los derechos de autor. Al respecto, precisó: “(e)stima la Corte que el legislador Colombiano no puede introducir la señalada limitación sin contradecir dicha normatividad... En ese sentido, la limitación introducida por el artículo 34 de la Ley 397 de 1997, desconoce el artículo 21 de la Decisión 351, antes transcrito.”

48. A partir de la Sentencia C-256 de 1998[60], sin embargo, la Corporación revaluó la clase de relación entre los dos órdenes normativos, el interno, por un lado, y el comunitario, por el otro. En esta decisión el estudio de inconstitucionalidad recayó sobre la Ley 83 de 1925[61], a partir de un cargo contra su artículo 11[62] por presunto desconocimiento de normas de carácter supranacional pertenecientes al Acuerdo de Cartagena. Al respecto, la Sala Plena concluyó que el derecho comunitario y los tratados de integración no hacen parte, por regla general, del bloque de constitucionalidad[63], dado que no se ocupan del reconocimiento de derechos humanos sino de “la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc”.

En razón a lo anterior, la Corte concluyó que (i) el derecho comunitario no ostenta estatus constitucional, ni se encuentra en un escenario intermedio pues la incorporación de los tratados se da mediante ley ordinaria; (ii) el control de constitucionalidad no implica un juicio de confrontación entre normas del derecho interno y aquellas provenientes del derecho comunitario; (iii) situación diferente es aquella del carácter prevalente y de aplicación directa que se ha concedido al derecho de la Comunidad, por lo cual, las posibles contradicciones entre tales órdenes no es un asunto que deba ser atendido en el juicio abstracto de constitucionalidad, sino por los jueces y aplicadores de los casos concretos; y, agregó: “la oposición de una norma del derecho nacional con una que pertenezca al derecho comunitario no trae como obligada consecuencia la derogación o el retiro de la norma de derecho interno, pues como lo apuntó la Corte “la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga -y cabría agregar, no torna inexecutable-) -dentro del efecto conocido como preemption - a la norma nacional”[64]. Y, por último, (iv) los incumplimientos de normas comunitarias por el Gobierno, a constatación de órganos

supranacionales, tampoco exigen la actuación de la Corte sino del Gobierno Nacional, en el marco del manejo de las relaciones internacionales[65].

49. En la misma línea, en la Sentencia C-246 de 1999[66] la Corte analizó la constitucionalidad del “Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT)... y el reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes” y su Ley aprobatoria 463 de 1998. Desde el punto de vista material algunos intervinientes manifestaron que con la aprobación de estos instrumentos se modificaba la regulación del régimen de propiedad industrial de la Comunidad Andina y, por lo tanto, se violaban compromisos internacionales y la Norma Superior. La Corte concluyó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 241.10 de la Carta de 1991, su competencia no involucra un estudio del derecho comunitario pues su función constitucional radica en garantizar la supremacía de la Constitución Política. Una actividad contraria, agregó, implicaría desconocer la competencia del Ejecutivo para dirigir las relaciones internacionales, indicándole sus presuntos incumplimientos y la conducta a adoptar[67].

50. Posteriormente, con la providencia C-1490 de 2000[68] la Corte Constitucional admitió que, excepcionalmente, parte del derecho comunitario puede ser considerado como bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en la medida en que regule derechos fundamentales. En este sentido, como en la Sentencia C-155 de 1998[69] se reconoció tal condición a la faceta moral de los derechos de autor, se concluyó que la Decisión 351 de 1993 sobre tal materia hace parte del bloque[70]. Con ocasión de una demanda posterior, en la Sentencia C-1118 de 2005[71] se precisó que tal incorporación no involucraba la regulación sobre la faceta patrimonial de los derechos de autor[72].

51. Siguiendo los anteriores criterios, este Tribunal ha desestimado la posibilidad de incluir otras decisiones proferidas por la Comisión de la Comunidad Andina como parte del bloque de constitucionalidad, tal como ocurrió con la Decisión 436 de 1998, sobre el Registro y Control de plaguicidas químicos de uso agrícola, en la Sentencia C-988 de 2004[73], o la Decisión 40 de 1971, convenio para evitar la doble tributación entre los países miembros, en la Sentencia C-460 de 2010[74], reiterada en la Sentencia C-221 de 2013[75].

52. En el marco del concepto de supranacionalidad, la Corte Constitucional también ha aclarado que no es de su competencia analizar la constitucionalidad de disposiciones

pertenecientes al derecho Andino derivado o secundario, pues el Estado al suscribir el Acuerdo de Cartagena, y demás que lo han modificado, transfirió competencias precisas para que en dicho escenario se solucionen las controversias que surjan sobre la adecuada aplicación de sus normas[76].

Conclusiones

53. El derecho comunitario, originario o derivado, no integra por regla general el bloque de constitucionalidad, por lo tanto, el juicio de control abstracto que es competencia de la Corte Constitucional, por virtud del artículo 241 de la Constitución Política, no implica una confrontación normativa entre dicho ordenamiento y el interno.

54. En el marco del concepto de supranacionalidad, dentro de la Comunidad Andina se diseñaron mecanismos jurídicos para conseguir la aplicación uniforme de las disposiciones que integran su ordenamiento y resolver los conflictos que se generan en torno a su aplicación, por lo tanto, no es potestad de la Corte Constitucional -en principio- pronunciarse sobre su sujeción a la Carta Superior o determinar su alcance.

55. En razón al proceso de integración del Estado colombiano a la Comunidad Andina, el derecho derivado expedido, v. gr., por la Comisión Andina de Naciones a través de sus decisiones con pretensiones regulatorias, adquiere vigencia en el País una vez se efectúa su publicación, irradiando efectos directos y de prevalencia[77]. Esto significa que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-137 de 1996[78], se puede solicitar su aplicación por las autoridades nacionales y, del otro lado, en casos de conflicto desplaza la norma nacional, sin que por tal motivo se genere su derogatoria o pérdida de validez[79].

Régimen de patentes en la Comunidad Andina – restricción a su concesión por razón de “moral”

56. En atención a lo ordenado en el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, la Comisión adoptó la Decisión 24, “Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías”, en las sesiones celebradas entre el 14 y el 31 de diciembre de 1970. No obstante, en sus disposiciones transitorias se estableció la necesidad de prever instrumentos que permitieran su puesta en práctica.[80] Este reglamento solo

fue expedido con la Decisión 85 de 5 de junio de 1974, esto es, luego de entrada en vigencia en el sistema jurídico colombiano el Código de Comercio, Decreto 410 del 27 de marzo de 1971.

57. La referida Decisión 85 fue sustituida, posteriormente, por las decisiones 311 de 1991, 313 de 1992, 344 de 1993 y 486 de 2000. La Decisión 344 de 1993 preveía en su artículo 7º que no serían patentables, entre otras, las invenciones contrarias al orden público, a “la moral o a las buenas costumbres”. Posteriormente, en la Decisión 486 de 2000, actualmente vigente, se modificó dicha expresión para incluir en el artículo 20, además del orden público, la “moral”[81].

58. En el marco de la Decisión 344 de 1993, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina profirió el 12 de septiembre de 1997 interpretación prejudicial sobre el alcance del registro de una marca, refiriéndose a la adecuada comprensión del término “buenas costumbres” en los siguientes términos:

“... no puede hablarse en el mismo sentido cuando la ley se refiere a las “buenas costumbres”, consideradas como la “conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la Moral” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas. T. I, 23a. Edición, Editorial Heliasta, 1994, p. 522). Concluye, con mucha veracidad, el profesor Cabanellas al decir que “las buenas costumbres a que incorrectamente se refiere el legislador no son otra cosa que la moral pública, en la que tanto influyen las corrientes del pensamiento de cada época, los climas, los inventos y las modas”[82].

59. En sentido similar a la regulación supranacional de la Comunidad Andina, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio establece en su artículo 27, numeral 2, la posibilidad para los estados de excluir la concesión de la patente para su explotación comercial cuando así lo exija el orden público o la “moralidad”. Con un sentido parecido, además, previó el reconocimiento de dicho derecho de propiedad intangible cuando quiera que se presenten invenciones, productos o procedimientos, nuevos, que entrañen actividad inventiva -no evidentes- y sean susceptibles de aplicación industrial -útiles-.

Este Acuerdo, incluida por supuesto la formulación de posibles limitaciones a la concesión

de una patente de invención por motivos de “moralidad”, fue objeto de pronunciamiento de exequibilidad por parte de este Tribunal a través de la Sentencia C-137 de 1995[83].

60. De lo expuesto en este último apartado puede afirmarse que la inclusión de una regulación de patentes en el ordenamiento interno se adelantó válidamente, a través del Código de Comercio, en un momento en el que no había entrado en vigor la regulación sobre el mismo tema en el marco del derecho comunitario, y que, además, los términos de “buenas costumbres” y “moral” han sido considerados en este último sistema normativo y en el internacional, a través del ADPIC. Actualmente, en el régimen comunitario el término utilizado para restringir la concesión de una patente de invención es el de “moral”.

Conclusiones sobre la permanencia de la disposición demandada y alcance del juicio de constitucionalidad en este caso

61. Conforme a lo expuesto de manera detallada en este acápite, el derecho comunitario derivado tiene efecto directo y prevalente sobre el ordenamiento interno, pero no derogatorio; razón por la cual, sin la existencia de fenómeno alguno que haya suprimido del sistema jurídico la disposición prevista en el numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio, debe concluirse su actual permanencia como parte integrante del sistema de fuentes autoritativas del Derecho. Asunto diferente es que la norma de allí derivada tenga los efectos suspendidos, por lo menos mientras, en principio, persista la decisión soberana del Estado de integrar la Comunidad Andina y ésta se ocupe de regular el régimen de patentes.

62. En estas condiciones, es oportuno reiterar que la Corte Constitucional ha considerado en su jurisprudencia que la labor jurisdiccional que le fue encomendada por el Constituyente de 1991, en los términos del artículo 241 de la C.P., debe estar dotada de relevancia, en el sentido de que sus pronunciamientos tengan efectos en el ordenamiento jurídico[84]; razón por la cual, el ejercicio del control abstracto debe estar precedido de la afirmación sobre la vigencia del texto, disposición y/o norma sobre el (o la) que se pronuncia, o, en caso en que aquella no se dé, la existencia de sus efectos en el tiempo. Al respecto, en la Sentencia C-192 de 2017[85] se afirmó lo siguiente:

“... la Corte Constitucional ha sostenido constante y reiteradamente que sus pronunciamientos, en principio, solo pueden efectuarse sobre disposiciones vigentes en el

ordenamiento jurídico, o sobre aquellas que, habiendo perdido su vigencia, continúen produciendo efectos -pues no pierden su validez inmediatamente-. Así, “sólo en la medida en que la norma enjuiciada haya desaparecido del ordenamiento jurídico y no se encuentre produciendo efectos jurídicos, puede la Corte acudir a la figura de la sustracción de materia y, en consecuencia, abstenerse de adelantar el respectivo juicio de inconstitucionalidad”[86].

En cuanto a normas que, sin perder su vigencia, no producen efectos al momento de la revisión constitucional, en la Sentencia C-023 de 1998[87] se estimó que: “la Corte Constitucional, sostiene que estas normas, las demandadas, en ningún momento han estado suspendidas por el artículo 25 transcrito. Aunque es bueno aclarar que si las normas se encontraran suspendidas, ello no sería obstáculo para que la Corte decidiera sobre su exequibilidad”.

En sentido similar, en la providencia C-634 de 2011[88], afirmó que “la Corte se ha declarado competente para conocer de normas derogadas, cuando persisten efectos jurídicos ultraactivos que puedan contradecir los postulados constitucionales. De la misma manera, como sucede en el presente caso, nada se opone a que una norma que integra válidamente el ordenamiento jurídico, pero respecto de la cual el legislador ha diferido su vigencia, sea susceptible de la acción pública de inconstitucionalidad.”[89] (Negrillas fuera de texto).

Con idéntica orientación, en la Sentencia C-699 de 2016[90] se concluyó la procedencia de efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunas disposiciones del Acto legislativo 01 de 2016[91], pese a que se cuestionaba su vigencia:

“21. Todo lo cual quiere decir entonces que el Acto Legislativo 1 de 2016 tiene vocación de entrar en vigencia, por cuanto la misma está supeditada a una refrendación popular que, en los términos antes indicados, es aún susceptible de cumplirse... No es necesario determinar en este proceso si el Acto Legislativo ha entrado en vigor, por cuanto para habilitar las competencias de control de esta Corporación basta con que tenga vocación de entrar en vigencia. Incluso si no está vigente, pero tiene vocación de entrar en vigor, sería necesario un fallo de fondo para proteger el principio de supremacía constitucional (CP arts 4 y 241).”.

63. En consecuencia, aunque los efectos del enunciado normativo del que hace parte la expresión “o las buenas costumbres” del artículo 538, numeral 3, del Código de Comercio se encuentren suspendidos, la Corte es competente para realizar un pronunciamiento de fondo con sujeción al cargo formulado, en garantía de la supremacía constitucional.

64. Este pronunciamiento, conforme a lo expuesto en este acápite, (i) no incluirá en su parámetro de control disposiciones de orden comunitario, pues en esta materia la Decisión 486 de 2000 no se integra al bloque de constitucionalidad; y, (ii) no tiene por objeto definir el alcance de disposición alguna perteneciente al derecho comunitario derivado[92]. Una petición en tal sentido fue realizada por la Universidad Externado de Colombia en su intervención, sin embargo, de un lado, la demanda no se dirige contra la Decisión 486 de 2000 y, del otro, esta Corporación no es competente, prima facie, para determinar su alcance, so pena de desconocer las habilitaciones que en la materia han sido asignadas a los mismos organismos que integran la estructura de la Comunidad Andina. Concluido este apartado, a continuación, la Sala procederá a resolver de fondo la demanda incoada, siguiendo para el efecto el plan propuesto en el párrafo 25, supra.

Del fondo del asunto

Del uso de conceptos jurídicos indeterminados por el Derecho – Concepto de “moral social” o “moral pública”

Aspectos iniciales

65. La actividad interpretativa a cargo del Juez, su alcance y sus características, es sin lugar a dudas uno de los asuntos de mayor relevancia del fenómeno jurídico ligado a la idea que se tiene sobre lo que es el Derecho, generando una cantidad apreciable de material bibliográfico a cargo de filósofos y teóricos. La Corte Constitucional, a quien se le encargó la supremacía de la guarda e integridad de la Carta Política, por supuesto, ha dado cuenta de esta discusión a través de su práctica judicial, asumiendo en varias oportunidades, por ejemplo, la tarea de interpretar y fijar los contenidos del sistema jurídico a partir del lenguaje utilizado por el Legislador, como ocurre en aquellos casos en los que se encuentra que su uso, sin referencia a su contenido prescriptivo dentro de una disposición,

puede comprometer bienes fundamentales[93], o en los que la duda constitucional recae sobre un problema concreto de indeterminación de las palabras o expresiones insertadas en los enunciados normativos[94].

66. La premisa inicial de tal análisis, con mayor razón en países en los que predomina la producción legislativa escrita, consiste en que el recurso básico para elaborar las formulaciones normativas es el sistema de símbolos del lenguaje natural, y, por lo tanto, sus indeterminaciones relativas son comunicadas al Derecho[95], como sucede con la ambigüedad y la vaguedad.

La ambigüedad implica un problema conectado con la existencia de significados diversos de una sola palabra o expresión, o de dicha variedad, pero como consecuencia de las conexiones sintácticas existentes entre las palabras de la oración. La vaguedad, por su parte, no implica la concurrencia de significados posibles sino un problema en el que la imprecisión del significado de la palabra o expresión no permite considerar fácilmente si un caso cabe dentro de la clase -o propiedades- de los estados de cosas o hechos que regula[96]. Al respecto, en la Sentencia C-350 de 2009[97], se afirmó que:

“Se entiende que una expresión es ambigua cuando “(...) puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien [cuando] una misma palabra pueda tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos”[98].

(...) una expresión es vaga cuando “(...) el foco de significado es único y no plural ni parcelado, pero (su modo de empleo) hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella.”[99]. (...)”.

67. Además de tales cuestiones derivadas del lenguaje natural, el Derecho debe asumir, entre otras, una particular, que consiste en la inclusión de conceptos que involucran un contenido valorativo importante y que dificultan la labor de fijar cuál es el alcance de la norma y, en consecuencia, de establecer sus condiciones de aplicación para contar con los elementos necesarios al decidir los casos concretos. Su manejo, sin embargo, es esencial en algunos escenarios dado que contribuye a dar la apertura necesaria cuando las situaciones sociales cambiantes así lo exigen para el momento aplicativo del derecho, o incluso regulativo si hay una competencia en tal sentido radicada en autoridades usualmente de la rama ejecutiva del Poder Público[100].

68. Esto ocurre, entre otros eventos, con la introducción en algunas disposiciones de términos tales como “moral” o “buenas costumbres”, que funcionan la mayor de las veces como criterios de restricción o limitación del ejercicio de derechos, o, en últimas, condicionan su eficacia. Sobre éstos, la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial -que en esta oportunidad se reiterará- que se remite a “moral social” o “moral pública”, enfocándose en establecer si es posible dotarlos de significado en el contexto en el que se inscriben y, por lo tanto, analizar si su indeterminación es constitucionalmente admisible dados los bienes que se encuentran de por medio.

Acercamiento a la delimitación de la expresión “buenas costumbres”

69. Antes de emprender el camino mencionado, no obstante, es conveniente efectuar unas precisiones sobre el término objeto de demanda. De entrada, lo primero que se debe señalar es que la expresión “buenas costumbres” no hizo parte del lenguaje del Constituyente de 1991, como sí lo fue la de “moral social”, incluida en el artículo 34 de la Carta Política para regular la extinción del derecho real de dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito[101]; o de palabras con algún parecido como “moralidad”, artículo 209, dándole el alcance de principio al que está sometido el ejercicio de la función administrativa y cuyo desconocimiento puede motivar la presentación de la acción popular constitucional[102].

70. En la jurisprudencia de este Tribunal, la referencia inicial con mayor trascendencia a “moral social” se encuentra en la providencia C-224 de 1994[103], en la que se estudiaron las dos condiciones que debía acreditar la “costumbre praeter legem” para constituir Derecho. Estas son, según el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, (i) la generalidad, y (ii) la conformidad a la moral cristiana. En dicha oportunidad la Corte consideró que el término “moral cristiana” era exequible si se entendía como “moral social” o “moral general”.

71. La concurrencia de los términos de “costumbre” y “moral social” o “moral general” en el análisis constitucional realizado en la Sentencia citada, no oculta, empero, las diferencias conceptuales entre uno y otro. Así, el rol que se predicó de la “costumbre” fue el de fuente de derecho, esto es, de la “costumbre” como hecho social que genera o crea normas jurídicas generales[104]. Al concepto de “moral social” o “moral general”, por su parte, se acudió para hacer referencia a un código de conducta frente al cual debe ser analizada esa

práctica generalizada con miras a determinar si es permitida o no en el mundo jurídico[105]. Este código en varios de los casos que ha analizado la Corte Constitucional con posterioridad, acudiendo por supuesto a tal expresión, funciona, en consecuencia, como criterio de validación y justificación de permisiones o prohibiciones sobre el ejercicio de derechos.

72. En el marco del artículo 538.3 del Código de Comercio el término utilizado por el Legislador es el de “buenas costumbres”; la pregunta, en consecuencia, es ¿cuál es el sentido que debe dársele? Para ello dos criterios son útiles, uno, que parte de la configuración literal de la expresión y, otro, que es de índole contextual – funcional.

72.1. A partir del primero, la palabra “costumbre” está acompañada del adjetivo “buenas”, frente al cual caben algunas reflexiones. El término “bueno” es asociado por filósofos y teóricos del Derecho a un asunto de teoría moral o ética[106].

En la práctica constitucional de este Tribunal “lo bueno” también parece sugerir una idea de aquello que se considera adecuado desde un punto de vista moral, a partir de lo cual se ha estimado que en el marco del Derecho, en virtud de la dignidad, el ser humano no puede ser sometido a parámetros externos que le indiquen un modelo de desarrollo, esto es, que en principio no habría una noción vinculante para el Derecho sobre lo que es, por ejemplo, la vida buena, y que las únicas restricciones válidas al ejercicio de tal libertad recaen en aquellas que imponen el ordenamiento jurídico y la garantía de los derechos de los demás. En virtud de la dignidad, por lo tanto, toda persona tiene derecho a vivir como quiera, según el plan de vida que determine; a vivir bien, con unas condiciones mínimas materiales aseguradas; y, a vivir sin humillaciones, esto es, como un sujeto moral integral, desde los puntos de vista material y trascendental[107].

Acudiendo al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE), por “bueno”, en su significado inicial, se entiende algo “[d]e valor positivo, acorde con las cualidades que cabe atribuirle por su naturaleza o destino”, esto es, que implica una valoración, en atención a un criterio frente al cual se califica, para significar que la acción o acto realizado u omitido tiene una connotación positiva.

72.2. A partir del segundo criterio, contextual – funcional, el rol que juega la referida expresión en el artículo parcialmente demandado es el de servir como criterio para

restringir o limitar el reconocimiento de un derecho, en la forma como lo haría un código de conducta; lo que excluiría la posibilidad de que su mención dentro de la oración sea para significar la “costumbre” como fuente de derecho.

73. En conclusión, con independencia de qué contenido posee aquello que se denomina “buenas costumbres”[108], lo que hasta aquí se sostiene es que, en el contexto del artículo 538.3 del Código de Comercio, la expresión que ahora se cuestiona remite a la idea de un código de conducta con contenido valorativo que sirve de criterio para restringir o limitar la concesión de un derecho, específicamente el de patente de invención, y no a la de “costumbre”, también referida en la Sentencia C-224 de 1994, como fuente de derecho.

Por lo tanto, para este análisis la expresión “buenas costumbres” puede asimilarse a la construcción que la Corte Constitucional ha hecho alrededor del criterio de “moral social o “moral pública”. Conclusión que también encuentra soporte en algunas decisiones de esta Corporación[109], como se evidenciará más adelante, lo que justifica que para su resolución se apele a lo que la jurisprudencia ha considerado sobre el citado criterio.

Moral social o moral pública – Jurisprudencia relevante[110]

74. A partir de un conjunto de decisiones proferidas desde el año 1994, la Corte ha construido una idea sobre el término “moral social” o “moral pública”[111] bajo los siguientes presupuestos básicos.

74.2. Segundo: una concepción de la expresión “moral social” o “moral pública” alejada de un sentido simplemente mayoritario, así como de nociones particulares de contenido religioso o ideológico, dado que el Estado constitucional colombiano es laico y pluralista, garante y comprometido con la dignidad y autonomía de todas las personas, lo que implica el reconocimiento del ser humano como sujeto titular de derechos, capaz de autodeterminarse y de esperar del Estado, de las autoridades y de la sociedad, la configuración de un escenario respetuoso para su actuación e interacción.

Con esta idea, un primer acercamiento a la delimitación de su significado se realizó en la Sentencia C-224 de 1994[113], en la que se sostuvo que, por “moral social”, se entendía la que “prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”, precisando a continuación que “es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una

costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 7º, 246, 247 y 330 de la Constitución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres, acordes con su propia moral social.”

En la Sentencia C-404 de 1998[114], en la que se estudió la sujeción a la Constitución Política del delito de incesto[115], se adujo por la Corte que por “moralidad pública” no podía entenderse simplemente “idearios morales, colectivos o individuales, que existen en la sociedad”, sino que, “en una sociedad plural y multicultural”[116], en la que prima la protección del principio de dignidad humana, “es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjurar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional.”

Más recientemente, en la Sentencia C-958 de 2014[117], la Corte declaró la constitucionalidad de la norma que prevé que el Legislador puede configurar como conductas que dan lugar a la extinción de dominio, aquellas que vayan contra la “moral social”[118]. Para el efecto, consideró que este criterio debía entenderse al margen de concepciones religiosas, dado que el Estado es pluralista y protege la libertad de conciencia. Luego, adujo que “el concepto de moral social empleado en las normas acusadas no es ambiguo, toda vez que como lo ha señalado la jurisprudencia, es posible determinarlo a partir de una Constitución democrática y pluralista, con un contenido específico que lo identifica con la moral pública concebida como “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”, en los términos desarrollados por la jurisprudencia constitucional”.

Por último, en la Sentencia C-113 de 2017[119], la Corte analizó la constitucionalidad de una disposición del Código de la Infancia y la Adolescencia[120] que establece como criterio de restricción para el ejercicio del derecho de asociación y reunión de los menores de 18 años, las “buenas costumbres”. El Tribunal juzgó que, bajo el entendido de una remisión a “moral social”, el apartado demandado era constitucional. Para el efecto,

consideró este último criterio como “las pautas de conducta que, en efecto, hacen parte de un código social que se considera importante en el seno de una comunidad, pero que, además, debe estar acorde con principios y valores relevantes en un contexto constitucional pluralista y multicultural”.

74.3. Tercero: la necesidad de analizar la conformidad constitucional de este tipo de expresiones caso a caso, teniendo en cuenta el contexto en el que se insertan por el Legislador, quien, además, cuenta con un amplio margen de configuración. El objeto de este control recae en establecer si la indeterminación es constitucionalmente admisible, lo que se traduce en precisar si, en el marco de los bienes involucrados, es posible adscribirle un contenido con referencia a otros parámetros que permitan una garantía adecuada de los derechos.

74.3.1. En este sentido la Corte ha considerado en recientes decisiones que el uso del término moral, u otros similares, en eventos en los que tiene un impacto de tipo sancionatorio disciplinario no es, en principio, admisible. El estudio de esta línea permite destacar los siguientes aspectos. En una primera decisión, la Sentencia C-427 de 1994[121], se analizó un texto legal que regulaba una falta disciplinaria para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y que se sustentaba en la ejecución de actos “contra la moral o las buenas costumbres” en el lugar de trabajo o en público[122]. La Corte consideró que se sujetaba a la Carta Política, pues, a diferencia del escenario penal, eran válidos los tipos abiertos siempre que tuvieran una relación con la prestación del servicio y que sus destinatarios contaran con elementos para adoptar sus cursos de acción[123].

Una postura diferente se adoptó en la Sentencia C-373 de 2002[124], en la que, en el marco de la reglamentación de la actividad notarial, se declaró la inconstitucionalidad de dos enunciados que preveían faltas disciplinarias con fundamento en “un mal comportamiento social”[125] y en “actividades incompatibles con el decoro del cargo”, dado que no se dirigían a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales sino a interferir en las resoluciones individuales de los destinatarios de la norma[126], quebrantando su dignidad y los derechos a la autonomía y libertad de autodeterminación[127].

Posteriormente, en la providencia C-431 de 2004[128], la demanda de

inconstitucionalidad recayó sobre disposiciones del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares[129] que preveían como causal de falta disciplinaria grave, por ejemplo, la ejecución en el establecimiento militar de actos contra la “moral o las buenas costumbres”. La Corte declaró su inexecutableidad pues, pese a que estos términos podían remitirse al de “moral social”, no se satisfacía el principio de tipicidad que rige en esta área, “dejando a la libre apreciación subjetiva de quien impone la sanción el decidir si un comportamiento es contrario o no a dicho concepto de ‘moral social’ y si, en consecuencia, procede la sanción.” Similar regla de decisión se acogió en las sentencias C-570 de 2004[130] y C-350 de 2009[131].

74.3.2. En otros casos la razón de la inconstitucionalidad, ligada por supuesto a los problemas de la indeterminación no superable, ha incluido la existencia de reglas en el sistema jurídico interno, en estricto sentido, o en instrumentos del Sistema Universal y/o Regional de Derechos Humanos, que exigen la fijación de criterios estrictos de restricción sobre el ejercicio del derecho y/o de su definición por autoridades específicas. En este sentido, en la Sentencia C-010 de 2000[132] se declaró la inexecutableidad de la expresión “y atenerse a los dictados universales del decoro y del buen gusto” acogida por el Legislador para condicionar el ejercicio del derecho a la libertad de información al realizar programas radiales, pues la Corte precisó que incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostenía que en estos casos las limitaciones debían ser expresas, taxativas y previas.

En la decisión C-567 de 2000[133] este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la expresión “o a las buenas costumbres” a la que se sujetaba la actuación de la autoridad administrativa con competencia para la inscripción de sindicatos[134]. Se estimó que tal posibilidad debía ser excepcional y clara, y radicada en una autoridad judicial, como lo exige el artículo 39 de la C.P. y el Convenio 87 de la OIT.

74.3.3. En asuntos vinculados al derecho del menor de 18 años a que su interés superior sea una consideración primordial, la Corte ha acogido el criterio de que términos como “moral”, “buenas costumbres” o similares pueden ser precisados de una manera constitucionalmente adecuada acudiendo al criterio de “moral social” y, por esta vía, dotarlos de un contenido claro en beneficio de la solución imparcial de las situaciones jurídicas involucradas. En la Sentencia C-814 de 2001[135] se declaró la exequibilidad de la condición de “aptitud moral” exigida a los padres adoptantes de menores de 18 años[136].

Se argumentó que la aptitud moral no remitía a un sistema particular valorativo – ético, sino a la noción de “moral social”, criterio que, además, se encuentra presente en instrumentos internacionales para la restricción del ejercicio de derechos[137].

En la Sentencia C-113 de 2017[138], ya referida, se consideró que la indeterminación del término “buenas costumbres” se satisfacía en un área del Derecho en el que la valoración objetiva y comprometida del interés superior del menor de 18 años sujetaba o condicionaba la actuación de todas las autoridades involucradas en la garantía de los derechos de dicho grupo poblacional.

74.3.4. Finalmente, en el marco del derecho laboral, la Corte declaró en la Sentencia C-931 de 2014[139] la constitucionalidad de una norma que prevé como causal de terminación unilateral del contrato por parte del empleador la realización de actos “inmorales” por el empleado, luego de sostener que esta no era una materia propia del derecho disciplinario, y que la indeterminación podía satisfacerse con la remisión a lo que se entiende por “moral social” y la aplicación de la causal en el marco del reglamento interno de trabajo[140].

En conclusión, para este Tribunal es claro que el uso de conceptos indeterminados en general, y de aquellos asociados a la palabra “moral” en particular, no están prohibidos para el Legislador, y que su sujeción o no a la Carta Fundamental depende de una valoración de las razones que subyacen a su previsión en el contexto particular en el que se presentan, con el objeto de determinar si pueden ser dotados de un contenido más o menos determinable y, de tal manera, garantizar una adecuada aplicación del Derecho a las situaciones que regula.

74.4. Cuarto: la metodología que en algunas de sus decisiones ha aplicado la Corte Constitucional de manera expresa para evaluar la validez de que, en escenarios normativos particulares, existan criterios como el de “moral social” para la restricción de derechos y libertades, ha involucrado el juicio o principio de proporcionalidad. En concreto, por ejemplo, en las sentencias C-814 de 2001[141], sobre la aptitud moral de los padres adoptantes de menores de 18 años, y en la Sentencia C-113 de 2017[142], referida al derecho de asociación y reunión de menores de 18 años, se acudió a un test estricto de proporcionalidad, concluyendo, en los dos casos, que se superaba.

74.4.1. Al respecto, el principio de proporcionalidad, ligado a la concepción de los derechos

fundamentales como principios[143], constituye una herramienta metodológica que pretende aportar racionalidad y legitimidad a la decisión adoptada por el juez, valiéndose para el efecto de una estructura que está compuesta por tres subprincipios[144]: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[145]. En su formulación más simple, este juicio parte de analizar si la medida en estudio, desde las posibilidades fácticas, es adecuada para la consecución del fin propuesto[146]. A continuación, debe asumirse el análisis de necesidad, en virtud del cual se aprecia, en el mismo escenario fáctico, si la medida escogida por el Legislador es la menos restrictiva de otros principios, considerándose su invalidez en caso de que exista otra con un impacto inferior y con una idoneidad semejante para la obtención de los propósitos de la autoridad normativa[147]. Finalmente, el estudio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación – beneficio, y finalmente, algunas consideraciones -en caso de contar con los elementos- sobre la certeza de los efectos de tal relación[148].

La anterior estructura se ha integrado por esta Corporación a un juicio de razonabilidad, o de razón suficiente[149], en el que, en términos generales, se indaga por tres aspectos: (i) el fin que se busca con la medida, (ii) el medio que se emplea y (iii) la relación medio – fin, con un elemento adicional y protagónico, consistente en la consideración de intensidades específicas -leve, intermedia y estricta-, que condicionan la actuación del juez constitucional, al fijar un estándar de aquello que debe justificarse en cada uno de los tres aspectos mencionados para concluir que la medida legislativa se sujeta al ordenamiento superior.

En concreto, en la Sentencia C-673 de 2001[150] se establecieron los siguientes criterios[151]: (i) en el test de intensidad leve -que es el ordinario- el juicio de constitucionalidad debe establecer que la finalidad y el medio sean legítimos, esto es, constitucionalmente no prohibidos; y, que el medio sea potencialmente adecuado para alcanzar el fin. (ii) En el juicio de intensidad intermedio, por su parte, el fin debe ser legítimo e importante, por promover “intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver”; y el medio, además de no estar prohibido, debe ser adecuado y efectivamente conducente para la consecución del fin. Y, finalmente, (iii) el test de intensidad estricta exige establecer que el fin es legítimo,

importante e imperioso; y el medio, además de legítimo, debe ser adecuado, efectivamente conducente y necesario para la consecución del fin, esto es, que no puede ser reemplazado por uno menos lesivo. Adicionalmente, en estos casos, se exige adelantar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto[152].

En el marco de esta providencia, además, a la aplicación de una intensidad u otra se asignaron efectos sobre la consideración de a cargo de quien está desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la medida cuestionada, concluyéndose que, en principio, en los dos primeros niveles -el leve u ordinario y el intermedio- corresponde al demandante, y en el nivel estricto, a quien defiende la medida.

74.4.2. Detrás de la adopción de una herramienta de análisis como la descrita se encuentran, como elementos esenciales de todo Estado Constitucional de Derecho, la garantía del principio institucional de separación de poderes (i)[153] y el compromiso estatal de respeto, protección y garantía de los derechos constitucionales (ii).

En este marco, debe tenerse en cuenta que el Congreso de la República es el principal titular de la facultad de expedir las leyes, de la cláusula general de competencia, y que tal actuación se presume ejercida con sujeción a los parámetros aplicables -de procedimiento y sustanciales-, por ejecutarse en el marco del proceso democrático, deliberativo y participativo, previamente configurado[154]. Esta presunción, empero, puede desvirtuarse cuando quiera que se acredite que, en ejercicio de tal función, el Legislativo desconoció, por ejemplo, los contenidos sustanciales -vigentes y vinculantes- que, como los derechos fundamentales, dan identidad al Estado. En esta tensión, el margen de configuración del Congreso de la República debe armonizarse con la competencia de la Corte Constitucional de actuar como la guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política de 1991 y, por lo tanto, de defender el principio de libertad en favor de las garantías de las que son titulares todos los sujetos de derecho.

Teniendo en cuenta las implicaciones del control judicial en una democracia, esta Corporación ha considerado que cuando se alega, a través del juicio de inconstitucionalidad, que una medida legislativa no se compadece con el Ordenamiento Superior -cuando se cuestiona su razonabilidad-, el escrutinio debe valerse de las ventajas de los criterios analíticos del principio de proporcionalidad y, a la vez, de las intensidades del control

judicial propuesto por el principio de razonabilidad, cuya intersección permite afirmar la existencia de una relación “inversamente proporcional entre el margen de configuración del legislador y la facultad de revisión del juez constitucional, con el fin de proteger el principio democrático”[155]. O, dicho de otro modo, a mayor margen de configuración del Legislador, menor debe ser la intervención del Juez Constitucional, con miras a preservar el equilibrio del ejercicio del poder público por las diferentes ramas.

Las razones que fundamentan la fijación de los diferentes niveles de examen judicial permiten reafirmar, particularmente frente a la asunción de un juicio débil - ordinario o intermedio, que, en su actuación, la Corte Constitucional no renuncia en forma alguna a su labor de defender la supremacía e integridad de la Carta[156], por el contrario, equilibra el ejercicio de su función en un marco institucional y sustantivo acogido por el Constituyente de 1991. Además, debe tenerse en cuenta que el juicio integrado es tan solo una herramienta de análisis que le permite al Juez Constitucional dar cuenta, de manera clara y adecuada, de los motivos que justifican sus decisiones y, por lo tanto, tanto la definición de cuál estándar aplica y, por supuesto, el estudio de constitucionalidad concreto, deben estar guiados por el deber de motivación suficiente.

74.4.3. Bajo las anteriores premisas la Corte Constitucional se ha referido a algunas pautas relevantes para establecer el nivel de intensidad del juicio, a partir de la estimación de casos tipo que, de cualquier forma, al actuar como criterios indicadores no relevan al Juez Constitucional de fundamentar sus decisiones ante la complejidad de los asuntos -y por lo tanto de variables- que se presentan para su examen y decisión. Entre dichos criterios, desde la Sentencia C-673 de 2001, la Corporación valoró que ante una medida que impactara el goce de un derecho constitucional fundamental lo procedente era el juicio estricto, y ante una medida que interfiriera en un derecho constitucional no fundamental - considerando por tales, en una tesis ya reevaluada, aquellos con alto contenido prestacional -, el juicio intermedio.

Esta calificación, sin embargo, fue revisada por la Corporación en la Sentencia C-520 de 2016[157], a partir de la evolución jurisprudencial alrededor del concepto de derecho fundamental[158]; lo que le permitió precisar que el test estricto es procedente en aquellos eventos en los que se impacta un derecho constitucional fundamental en una faceta negativa o prestacional (positiva) mínima, que sea exigible de forma inmediata en virtud de

la Constitución y/o el DIDH; y el test intermedio cuando se interfiere en una faceta prestacional -progresiva- de un derecho constitucional fundamental[159]. Esta tesis fue reiterada en la Sentencia C-220 de 2017[160]. Además de los anteriores supuestos, se ha acudido al test débil, por ejemplo, cuando se estudia la razonabilidad del ejercicio legislativo en materias económicas, tributarias o de política internacional[161], al test intermedio, cuando la medida acusada involucra categorías que bajo algunos supuestos han sido consideradas como semi sospechosas[162]; y, al test estricto, cuando está de por medio una categoría sospechosa en los términos -enunciativos- del artículo 13, inciso 1º, de la C.P.[163], o cuando la medida recae de manera directa en personas en condición de debilidad manifiesta, o de grupos marginados o discriminados.

75. Sobre el juicio de intensidad intermedio es necesario efectuar unas precisiones adicionales, pues sobre este se han presentado mayores debates para su adecuada estructuración. En su versión consolidada inicial, fijada en la Sentencia C-673 de 2001, al adelantarse el juicio intermedio en el estudio concreto de la medida puesta a su consideración, la Corte se refirió a los cuestionamientos sobre el fin y el medio, en los términos expuestos en el párrafo anterior, y al hecho de que la presunción de constitucionalidad no se había desvirtuado por el accionante, correspondiéndole a él la carga de hacerlo, acreditando que el fin o el medio que subyacen a la medida legislativa no eran legítimos, o que el medio era manifiestamente inadecuado para la consecución del fin. Posteriormente, en la Sentencia C-720 de 2007[164], al reconstruir los criterios de la Sentencia C-673 de 2001[165], se sostuvo que, como último paso, en el juicio intermedio debía analizarse “que la medida no resulte evidentemente desproporcionada en términos del peso ponderado del bien constitucional perseguido respecto del bien constitucional sacrificado”. No obstante, el test que se aplicó en esta oportunidad fue el estricto, razón por la cual, la “evidente desproporcionalidad” no se desarrolló de manera concreta.

En la Sentencia C-115 de 2017[166] se declaró la constitucionalidad de medidas de fomento para el trabajo y la creación de empresa por parte de menores de 28 años[167]. Como herramienta de análisis, la Sala Plena recurrió al test intermedio a partir de las categorías que se sintetizaron en la Sentencia C-673 de 2001, unificando nuevamente los criterios de evaluación[168], los cuales son reiterados en esta oportunidad.

76. Se insiste, no obstante, que la configuración de un test de estudio judicial como el

mencionado, cuando se cuestiona la razonabilidad de una decisión del Legislador, tiene como finalidad dotar al Tribunal Constitucional de una herramienta de análisis que le permita, en el marco de los principios institucionales y sustantivos aplicables, encauzar su escrutinio; por lo cual su puesta en práctica, tanto en la definición de la intensidad como en cada uno de los pasos que lo definen, exigen suficiencia argumentativa, con el propósito, además, de atender en su integridad los reparos de inconstitucionalidad formulados y/o necesarios -sea que su competencia derive de una demanda o, por ejemplo, del control automático e integral-, garantizando la vigencia de los principios de integridad y supremacía constitucional.

La expresión “buenas costumbres”, entendida como “moral social” o “moral pública”, en el marco del artículo 538, numeral 3, del Código de Comercio, posee una indeterminación constitucionalmente admisible

77. De acuerdo con el estudio realizado hasta el momento, la norma objeto de censura sí utiliza un concepto indeterminado y de alto contenido valorativo, que sirve de fundamento para la limitación, restricción o intervención del derecho a la propiedad intelectual, concretamente del derecho a ser titular de una patente de invención.

78. Con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, el uso de estos conceptos indeterminados por parte del Legislador no está prohibido sino que, en cada caso, su sujeción a la Carta debe ser analizada de manera contextual, esto es, teniendo en cuenta el ámbito normativo en el que se inscribe y, por supuesto, los derechos o intereses frente a los que tiene incidencia, apreciando, además, la garantía del principio democrático y la mayor o menor flexibilidad que se pretende en el momento de aplicación de la norma.

79. A partir de lo afirmado, entonces, la Sala Plena resolverá el cargo presentado por los accionantes acudiendo para el efecto al test integrado (apartado 74.4, supra). Para su realización debe precisarse inicialmente la intensidad a emplear, atendiendo a las siguientes precisiones y criterios.

80. Contrario a lo sostenido por los accionantes, la norma prevista en el artículo 538, numeral 3, del Código de Comercio no se inscribe en un escenario sancionatorio; esto es, que a la no concesión de una patente de invención no puede dársele la connotación de sanción por la comisión de una conducta reprochable. La sujeción a las “buenas

costumbres” constituye un requisito, entre otros, que el Legislador previó en el ámbito de su margen de configuración, conforme al artículo 61 de la C.P. De hecho, aspectos técnicos relacionados con la falta de novedad, de nivel inventivo o de la imposibilidad de aplicación o no industrial pueden generar una negativa válida para el Derecho, al configurar un supuesto no cubierto por la prerrogativa de la explotación exclusiva a cargo del inventor o creador[169].

Lo afirmado implica que no es dable aplicar para la resolución de este caso la regla según la cual, prima facie, el uso de la expresión “buenas costumbres”, por su indeterminación y carga valorativa, está prohibido, en los términos expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación (párrafo 74.3.1, supra).

81. El ámbito de aplicación del numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio es el del derecho a la propiedad intelectual. Según lo dispuesto en el artículo 61 Superior la garantía de este bien constitucional, que comprende el reconocimiento de patentes de invención, demanda del Estado respeto, garantía y promoción. Sin embargo, el mismo Constituyente previó que su ejercicio estaría sometido al plazo y condiciones previstos por el Legislador, mandato que, sin excluir la razonabilidad de la labor regulativa, da cuenta de que en esta precisa materia existe un amplio margen de configuración, con reserva democrática[170].

82. Por último, es importante tener en cuenta que la expresión demandada se integra a un cuerpo normativo que fue aprobado por una autoridad perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, en razón de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República, órgano deliberativo por excelencia en una democracia[171]. Esta situación, en decisiones previas, ha incidido en el nivel del test a aplicar, dado el evidente déficit de debate participativo comparado con el procedimiento legislativo regular, así en la Sentencia C-673 de 2001[172], se afirmó:

“Una circunstancia adicional, como se advirtió anteriormente, es relevante en el presente caso. Las normas cuestionadas fueron aprobadas por el legislador extraordinario, y no directamente por el Congreso de la República. Su aprobación no fue el resultado de una amplia y participativa deliberación democrática. El hecho de que el Congreso legisle como máximo órgano de representación popular, en cuyo caso la decisión legislativa es expresión

directa del principio democrático, contrasta con el hecho de que sea el Gobierno Nacional quien dicte las normas extraordinarias previa habilitación legislativa. El déficit de deliberación pública y de posibilidad efectiva de representación de todos los potenciales afectados o beneficiarios en la expedición de la norma por parte del legislador extraordinario, podría justificar la aplicación de un test más estricto de razonabilidad que el test leve, en aras de salvaguardar los derechos de potenciales destinatarios, de grupos excluidos de la deliberación y decisión, o de potenciales afectados por la medida legislativa extraordinaria sin acceso al proceso decisorio.”[173]

83. En conclusión, teniendo en cuenta que (i) la medida legislativa cuya razonabilidad se analiza incide directamente en la garantía del derecho de propiedad intelectual, cuyo ejercicio fue sometido por disposición constitucional al margen de configuración del Legislador, pero (ii) involucra un concepto indeterminado y de alto contenido valorativo y (iii) fue adoptada por el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias, la Sala estima oportuno la realización de un test intermedio, intensidad que le permite armonizar el principio democrático, matizado en este caso por la autoridad que profirió el Código de Comercio, frente a un derecho constitucional respecto del cual la Carta Política prevé de manera directa su ejercicio con sujeción a los requisitos previstos por la Ley.

84. El fin de la medida legislativa en estudio, que dado su origen se dificulta encontrar de manera explícita en un documento preparatorio, debe determinarse, necesariamente, en la razón que subyace a la concesión de una patente de invención. Al respecto, como se ha referido a lo largo de esta decisión, el reconocimiento de este derecho se ubica en un punto en el que tratan de ponderarse adecuadamente los intereses privado y público. El interés privado proveniente del creador o inventor, que se materializa en el reconocimiento de su esfuerzo intelectual[174]; y, el público representado por la sociedad y, a través de ésta, la promoción de la prosperidad general[175] y el acceso al conocimiento, la ciencia y la tecnología[176] en un ambiente de respeto de los derechos humanos como presupuesto de la convivencia en paz.

85. En este último sentido, es deber del Estado promover que la inventiva de los seres humanos a través de sus creaciones y obras repercutan y se encuentren en un marco que atienda al progreso de la comunidad, sin alterar las condiciones fundamentales para su convivencia en una sociedad garante de la dignidad, y el respeto por la tolerancia y la

diversidad.

87. En consecuencia, la limitación a la concesión de una patente de invención fundada en el criterio demandado tiene como fin la adecuada protección de los intereses privado y público tras la concesión de una patente de invención, en un escenario en el que el Estado debe promover el conocimiento y, de otro lado, evitar que aquél contradiga el respeto por los derechos, la tolerancia y la dignidad. Por lo tanto, se concluye, que el fin pretendido es legítimo e importante en el sistema jurídico y, por lo tanto, amparado constitucionalmente.

88. El medio escogido por el Legislador consiste en la configuración de una cláusula del tipo “a menos que”, esto es, “se reconoce el derecho a la patente de invención a menos que atente contra las buenas costumbres”. Esta afirmación tiene dos aspectos a ser destacados; el primero, consiste en el recurso a un concepto indeterminado y valorativo para regular la restricción, y, el segundo, a la delimitación de la competencia de la autoridad encargada de definir el otorgamiento de una patente de invención[177], quien deberá valorar como elemento necesario para su decisión el referido criterio, que, se reitera, se remite al concepto de “moral social” o “moral pública”.

89. Tal como se advirtió en el párrafo 74.1, supra, el uso en abstracto de términos como el de “buenas costumbres” por parte del Legislador no está prohibido constitucionalmente. Desde una concepción no absoluta de los bienes constitucionales no está prohibido efectuar restricciones. Su fuente, además, en el marco de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que han ingresado al bloque de constitucionalidad[178], puede provenir de un elemento asociado a la moral, entendida en los términos a los que esta providencia ya se ha referido, esto es a “moral social” o a “moral pública”.

90. En la regulación comunitaria e internacional del otorgamiento de patentes de invención el uso de estas expresiones tampoco es extraño. Como se precisó en esta providencia (párrafos 56 a 59, supra), tanto en el derecho supranacional -que se materializa actualmente en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina- como en instrumentos internacionales -a partir del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio- se incluyen criterios similares[179]. En Europa,

por ejemplo, el artículo 53, literal a, del Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, prevé que no son patentables las invenciones “cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres”[180]. En el mismo sentido, el artículo 6 de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas[181], excluyó de la patentabilidad por razones de orden público o la moralidad, invenciones relacionadas con los procedimientos de clonación de seres humanos y de modificación de la identidad genética germinal del ser humano[182].

91. Bajo una ordenación como la referida, no es una práctica ajena a la Carta Fundamental conceder a las autoridades competentes para definir la patentabilidad de una invención un margen de valoración, caso a caso, que permita establecer su oposición o no a la “moral pública” o “moral social”; en razón a que esta facultad no puede entenderse en términos de arbitrariedad. Y ello es así, no solo por el contenido del citado término, al que se ha hecho referencia en esta providencia (apartado 74.2, supra), sino porque en la definición de un derecho las autoridades -de cualquier orden- están sometidas a los principios constitucionales y su deber debe satisfacerse en términos, por supuesto, de razonabilidad[183].

92. De hecho, en este camino, oficinas de patentes como la Europea[184] han acudido a la realización de pruebas que, como el denominado test del balanceo permiten armonizar los intereses en juego y brindar razones claras de decisión[185]. En consecuencia, el medio escogido por el Legislador en los términos en los que acaba de exponerse no se opone a la Constitución Política, esto es, no está prohibido.

93. Bajo esta misma línea de argumentación, la restricción a través del recurso al criterio de “buenas costumbres”, entendido como “moral social” o “moral pública”, constituye una medida adecuada en un ámbito del derecho en el que cierta apertura, siempre que pueda dotarse de contenido de manera razonable, es necesaria. En este sentido, según estudios sobre el tema[186], es indicativo el hecho de que inicialmente las patentes se hayan solicitado en relación al campo de la física y la metalmecánica; a partir de la segunda mitad del siglo XIX en el de la química, con su aplicación en el sector farmacéutico entrado el siglo XX; y, a partir de los años 80 del siglo XX, en el de la biotecnología. Esto quiere decir que el uso de criterios como el cuestionado por la parte accionante, imprimen dinámica en

un ámbito del Derecho en el que las previsiones cerradas y taxativas pueden dificultar los propósitos ligados a él, como el bienestar y el progreso.

94. Aunado a lo anterior, recurrir a un concepto con una alta carga valorativa como el que cuestionado encuentra sustento en la pertinencia de incluir consideraciones que, insiste la Sala, preservan, bajo el marco axiológico previsto por la Constitución Política, que la dinámica del conocimiento y, a través de ella, aquello que los seres humanos buscan y a lo que acceden por medio de sus capacidades cognitivas, atienda a pretensiones de respeto, convivencia y garantía de la dignidad.

95. Por lo tanto, debe afirmarse que la medida escogida por el Legislador es adecuada pues viabiliza la existencia de un escenario en el que puede valorarse, en los contextos sociales cambiantes, los retos que en el campo científico, tecnológico y/o técnico se presentan, teniendo como referente el contenido axiológico del Ordenamiento Superior, y con la pretensión de lograr un equilibrio entre los intereses privados y públicos existentes tras el reconocimiento de una patente de invención.

96. Finalmente, el medio es efectivamente conducente para la satisfacción del fin, porque garantiza que, a partir de un criterio de moralidad que no es arbitrario, la autoridad competente valore justificadamente caso a caso y en el tiempo de aplicación de una patente de invención la corrección de conceder un beneficio a quien, a través de su esfuerzo intelectual, aporta en la construcción de conocimiento colectivo para el progreso en general. En este caso, teniendo en cuenta que: (i) el Constituyente estableció en el artículo 61 la garantía del derecho a la propiedad intelectual “por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”, (ii) el criterio de “moral social o pública” ha sido avalado por esta Corte en algunos escenarios, y que también se encuentra presente en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que (iii) en la concesión de patentes de invención deben equilibrarse los intereses públicos y privados, en un ámbito en el que la fijación de requisitos detallados previos es imposible y además inadecuada, se concluye que el medio seleccionado por el Legislador satisface los requisitos exigidos en este nivel de escrutinio judicial.

El remedio constitucional

97. Encontrándose que el Legislador ejerció su libertad de configuración con razonabilidad y

a que, en tales condiciones, en aplicación del principio de conservación del derecho debe afirmarse que en el contexto propio del artículo 538 del Código de Comercio el término cuestionado posee una indeterminación constitucionalmente admisible, no hay lugar a declarar la inexequibilidad solicitada.

98. Ahora bien, la afirmación de que el término “buenas costumbres” no es absolutamente indeterminado se deriva necesariamente de la asociación que aquí se ha efectuado frente al término de “moral social” o “moral pública”, cuyo ámbito de comprensión sí ha sido objeto de construcción por parte de la Corte Constitucional.

En esta situación, tal como se decidió recientemente en la Sentencia C-133 de 2017[187], en la medida en que la lectura del simple enunciado demandado podría evidenciar una indeterminación muy amplia y, por tanto, escapar a un grado en que se estime como constitucionalmente admisible, debe adoptarse una decisión condicionada, que opera cuando, como en este evento, de la disposición jurídica se derivan varios significados y sólo uno de ellos se ajusta a los parámetros superiores de orden constitucional.

99. En este caso, el sentido que se ajusta a la Constitución es aquél que remite a su lectura como moral social o moral pública, dado que este concepto está dotado de unas características mayores de concreción, estudiadas por la misma jurisprudencia de la Corte, tal y como se expuso en el acápite pertinente. Por lo tanto, la Sala Plena considera necesario condicionar el sentido del enunciado demandado al de “moral social” o “moral pública”, pues solo bajo este entendimiento la norma satisface los parámetros constitucionales.

Síntesis de la decisión

100. La Corporación asumió el conocimiento de la demanda presentada contra el enunciado “o a las buenas costumbres” previsto en el numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio, por la configuración de una presunta indeterminación constitucionalmente inadmisibles que afectaba de manera directa el derecho a la propiedad intelectual, específicamente, a la concesión de patentes de invención. Las intervenciones recibidas durante el procedimiento adelantado dieron cuenta, en términos generales, de los efectos de la regulación del Derecho Comunitario Andino en esta materia y, por lo tanto, o bien de la necesidad de dictar un fallo inhibitorio, o de la posibilidad de pronunciarse de fondo,

aunque aclarando que los efectos de la disposición demandada se encuentran suspendidos.

101. Teniendo en cuenta el debate planteado, la Sala asumió como cuestión previa el estudio de la vigencia del artículo 538.3 del Código de Comercio, afirmándose que el Derecho Comunitario Derivado poseía efectos directos e inmediatos sobre el ordenamiento interno, pero no derogatorios; por lo cual, destacando que actualmente el derecho de patentes se regula por la Decisión 486 de 2000, se juzgó que el enunciado demandado estaba vigente, con sus efectos suspendidos, y, en consecuencia, se imponía efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el problema planteado (párrafo 61 y siguientes, supra).

102. Superado lo anterior, la Sala procedió a analizar si la expresión “o a las buenas costumbres”, prevista en el numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio, estaba dotada de una indeterminación constitucionalmente admisible, como criterio de restricción a la concesión de patentes de invención, concluyéndose que sí, en la medida en que por “buenas costumbres” se comprendiera “moral social” o “moral pública”.

Para ello, luego de reiterar la línea jurisprudencial sobre este último criterio (párrafo 65 y siguientes, supra), realizó un juicio intermedio de proporcionalidad, evaluando que la medida del Legislador tenía un fin constitucionalmente no prohibido e importante, y que el medio era legítimo, adecuado y efectivamente conducente (párrafo 77 y siguientes, supra).

En concreto, sostuvo que el concepto de moral social o moral pública implica la remisión a un código valorativo que no es personal o particular, sino que debe ser confrontado con los principios y valores de orden constitucional que el constituyente consideró necesarios para la existencia de un Estado pluralista y respetuoso de la dignidad humana; y que tal apreciación en este escenario de patentes involucra el estudio de las circunstancias existentes al momento en que se solicita su concesión, con el ánimo de garantizar las condiciones de posibilidad para una evaluación que en tiempo real y actual estime el estado de la técnica y de la ciencia, en una sociedad que promueve el conocimiento dirigido al progreso responsable.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Levantar la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 de 21 de junio de 2017.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE el enunciado “o a las buenas costumbres” del artículo 538, numeral 3, del Código de Comercio, bajo el entendido de que se remite al criterio de “moral social” o “moral pública”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Gloria Stella Ortiz Delgado

Presidenta

Carlos Bernal Pulido

Magistrado

Magistrada

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Magistrado

Alejandro Linares Cantillo

Magistrado

Antonio José Lizarazo Ocampo

Magistrado

Cristina Pardo Schlesinger

Magistrada

José Fernando Reyes Cuartas

Magistrado

Alberto Rojas Ríos

Magistrado

Martha Victoria Sáchica Méndez

Secretaria General

[1] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[2] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Decisión adoptada con el objeto de dar cumplimiento al término de resolución de los asuntos sometidos a control automático de constitucionalidad en el marco del proceso de justicia transicional [Decreto Ley 121 de 2017 y Sentencia C-174 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa], y de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Ley 889 de 27 de mayo de 2017 y Sentencia C-492 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos].

[3] Admitida la demanda, los señores Javier Ignacio García Méndez y Diógenes Valbuena García presentaron memorial de “alegatos de conclusión”, en el que reiteran, en lo fundamental, lo sostenido en la demanda (fls. 14 a 17).

[4] En respaldo de tal afirmación citan la Sentencia C-250 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

[5] Citan las sentencias C-444 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao; C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-710 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-996 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-739 de 200. M.P. Fabio Morón Díaz.

[6] En razón a que la Superintendencia de Industria y Comercio, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Universidad Nacional allegaron su intervención con posterioridad a la fijación en listan, no se tendrán en cuenta.

[7] Como se prevé en el Preámbulo y en los artículos 9, 150.16, 227, entre otros.

[8] Expresamente solicita: "... que declare la EXEQUIBILIDAD del artículo demandado, aclarando que la aplicación de dicho artículo se encuentra suspendida por la implementación de la decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual Colombia hace parte."

[9] Armonización de la que también da cuenta la Universidad Sergio Arboleda en su intervención.

[10] Específicamente, el escrito se refiere a tres modelos: (i) la doctrina first patent, ask later de los Estados Unidos de América; (ii) los test de moralidad de la Oficina Europea de Patentes (EPO); y, (iii) la regulación, no taxativa, de exclusiones, por ejemplo, sobre las invenciones biotecnológicas en Europa.

[11] Proceso 1-IP-88. G.O. No. 33 de 26 de julio de 1988.

[12] Sentencia C-256 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[13] El Estatuto de Venecia de 1474, que se refiere como la primera Ley conocida sobre la materia, precisó que: "[h]ay en esta ciudad y sus alrededores, atraídos por su excelencia, y grandeza, muchos hombres de diversos orígenes, que tienen sutilísimas mentes y aptos para imaginar y descubrir diversos artificios e ingenios. Y si se dispusiera que otros no pueden hacer ni tomar para sí, para aumentar sus honores, sus trabajos y artificios descubiertos por tales hombres que los otros pudieran ver, tales hombres descubrirían y harían cosas de no pequeña utilidad y ventaja para nuestro Estado."

[14] En la Sentencia C-095 de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, se sostuvo que:

"[s]e considera pues a la patente de invención como un instrumento eficaz que imprime dinámica a la industria y a la producción nacional, trae beneficios a la comunidad en general y por eso su utilidad nutre a su titular y reporta logros a la sociedad, porque de ella se derivan progresos, desarrollos y bienestar en general."

[15] En la Sentencia C-032 de 2009, se afirmó que: "Colombia es Parte de varios convenios internacionales y comunitarios de protección de la propiedad industrial, entre los que

resaltan: la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Nuevo Régimen Común sobre Propiedad Industrial para la Subregión Andina; el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1967, aprobado mediante la Ley 46 de 1979; el Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su Acuerdo anexo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), aprobado mediante la Ley 170 de 1994 y el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial (Acta de Lisboa 1958), aprobado mediante la Ley 78 de 1994, entre otros.”

[16] En este sentido, en la Sentencia C-032 de 2009. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte consideró que algunas medidas previstas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – ADPIC, reflejaban la búsqueda del equilibrio entre el interés particular y el interés general: “[d]entro de las disposiciones establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC se consagraron ciertas medidas que permiten a los Estados flexibilidades encaminadas a generar un equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y el interés general. Es así como el Acuerdo faculta a sus miembros para que en casos especiales tales como un estado de emergencia nacional, se permita usar la materia protegida mediante una patente, sin autorización del titular de los derechos, es decir admite que los Estados miembros concedan licencias obligatorias.”

[17] Artículos 44, 54, 67, 70 y 71.

[18] Artículo concordante con los artículos 7, 25, 58, 72, entre otros, de la Constitución Política.

[19] Antes de 1991, la regulación constitucional de 1886 se limitaba a lo sostenido por el artículo 35: “[s]erá 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.// (...)” No obstante, algunas disposiciones del Código Civil hacen referencia de manera más amplia a los bienes del intelecto y, conforme a lo sostenido por esta Corte en la Sentencia C-334 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero, la misma Corte Suprema de Justicia reconoció que la protección de la propiedad intelectual abarcaba más escenarios que el referido por el artículo constitucional: “desde 1986 ya la jurisprudencia constitucional, a la sazón en cabeza de la Corte Suprema de Justicia [Sentencia del 4 de

julio de 1986. M.P. Fabio Morón Díaz], había establecido que en la Carta de 1886, a pesar de enunciar la protección únicamente de la propiedad artística y literaria, cobijaba por extensión todas las modalidades de producción intelectual.” Agregado nuestro.

[20] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[21] Sentencia C-334 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en la Sentencia C-148 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[22] Entre otros, la propiedad industrial cobija las marcas y los diseños industriales.

[23] Al respecto, ver las sentencias C-276 de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez; C-975 de 2002. Rodrigo Escobar Gil; y, C-851 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

[24] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[25] En el mismo sentido ver las sentencias C-519 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, y C-833 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[26] Acogido como Acuerdo multilateral del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, suscrito en Marruecos en 15 de abril de 1994, y aprobado por la Ley 170 de 1994. Analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-137 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

[28] Acto Legislativo 01 de 1968, por el cual se reforma la Constitución Política de 1886.

[29] Artículo modificado por el artículo 41 del Acto Legislativo 01 de 1968. Antes de la referida reforma, el artículo 120 numeral 10 de la Constitución Política preveía: “[d]irigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias o soberanos..., y celebrar con Potencias extranjeras tratados y convenios...”

[30] Artículo modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 1968. Antes de la referida reforma, la competencia del Congreso de la República en esta materia se establecía en el artículo 76, numeral 20, en los siguientes términos: “[a]probar o desaprobar los Tratados que el Gobierno celebre con Potencias extranjeras”.

[31] Chile denunció el Pacto y se retiró de la Comunidad el 30 de octubre de 1976, fecha en

que se suscribió el Protocolo de Lima adicional al Acuerdo de Cartagena.

[32] Posteriormente ingreso de Venezuela por el “Consenso de Lima”, suscrito el 13 de febrero de 1973, aprobado mediante Ley 28 de 28 de diciembre de 1973.

[33] Sentencia de 27 de febrero de 1975. M.P. José Gabriel de la Vega. Gaceta Judicial números 2393-2394, págs. 29 a 36.

[34] La Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable por contradecir los mandatos de los artículos 76.18 y 120.20 de la Constitución Política: “el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 8ª, por restringir una competencia incondicional del gobierno, viola el artículo 120-20; el inciso tercero del artículo 2 incurre en idéntico vicio y, de otro lado, infringe el aparte primero del precepto 76-18, porque éste consagra el carácter obligatorio de los acuerdos internacionales, del cual prescinde esa disposición al contrariar consecuencias ineludibles del Pacto Andino; y finalmente, cuando el inciso tercero del artículo 2 pasa por encima de prescripciones del Pacto Andino quebranta, igualmente, el aparte segundo del numeral 18 del artículo 76, que manda obediencia a los dictados de las instituciones supranacionales.”

[35] “Por medio del cual se aprueba el ‘Protocolo de Quito’, modificadorio del Acuerdo de Cartagena, hecho en la ciudad de Quito el 12 de mayo de 1987.”

[36] Se sustituye el capítulo II del Acuerdo de Cartagena. Antes denominado “Órganos del Acuerdo” y ahora “De la Comunidad Andina y el Sistema de Integración”.

[37] En la sentencia C-231 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional afirmó que: “El objeto del Protocolo es profundizar el proceso de integración andino a través de reformas institucionales que le aseguren tanto mayor compromiso y respaldo político por parte de los gobiernos de los países miembros como mayor agilidad en las decisiones y una efectiva coordinación en las actividades de los distintos organismos del Sistema.”

[38] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[39] “La integración económica, que amplía mercados y genera oportunidades de desarrollo antes no concebidas, no puede aparejar como contraprestación la pérdida o erosión de los principios jurídicos superiores pertenecientes al acervo común de los pueblos que rinden

homenaje a la persona humana y a su indeclinable dignidad.”

[40] “La denegación de justicia por parte del Tribunal o la probada ineficacia de sus mecanismos judiciales para enervar las decisiones o actos de la comunidad que violen los derechos humanos u otro principio jurídico superior, podría eventualmente llevar a la Jurisdicción Constitucional, en una situación extrema, a ordenar su inaplicación interna, siempre que previamente se hubiere procurado obtener del Tribunal Andino la interpretación de la norma sobre cuya aplicación se centra la controversia (Ley 17 de 1980 art. 29).”

[41] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[42] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[43] En razón a que el Protocolo de Sucre ordenó una nueva codificación, se expidió la Decisión 563, que recoge tal disposición en el artículo 52.

[44] Decisión 406 de la Comisión de la Comunidad Andina, “Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)”.

[45] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[46] En la Sentencia C-137 de 1996, la Corte Constitucional rechazó que el Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología ostentara competencia de definir los criterios de concesión y alcances de los derechos de propiedad industrial e intelectual en esa específica área. Consideró que comprender las disposiciones del Convenio en tal sentido (especialmente arts. 6 -numeral 2, literal a- y 14 -numerales 2 y 3-), implicaría una sesión de la soberanía inadmisibles, dado que es al Estado al que le compete expedir tal regulación (Arts. 81 y 150.24 de la C.P.) Dicha facultad, agregó la Corte, puede ejercerse directamente o por órganos supranacionales, producto de procesos de integración, pero no por Centros Internacionales que no se conciben en un marco como el referido: “(p)ese a que aspectos de la regulación en materia de propiedad industrial e intelectual, incluso en tratándose de recursos vivos o de material genético, puede ser transferida a un órgano supranacional, lo que resulta claramente inaceptable, desde el punto de vista constitucional, es que se transfieran amplias facultades legislativas que tienen

implicaciones respecto de bienes y derechos constitucionalmente tutelados, a organismos que no responden a un proceso de integración supranacional.” Sobre el alcance de la supranacionalidad ver, además, las sentencias C-331 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-256 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz; C-400 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero; y, mas recientemente, las providencias C-269 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo y C-163 de 2015. M.P. Martha SÁCHICA Méndez

[47] En la sentencia C-231 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se manifestó: “El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración – y no solamente hacia la cooperación.”, reiterada en la Sentencia C-400 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[48] Desde decisiones tempranas, esta Corte destacó y reconoció el sentido de los procesos de integración en los siguientes términos: “(l)a humanidad, en efecto, tiende cada vez más a aunar esfuerzos, particularmente en los campos económico y social, para superar los crecientes y complejos problemas que en ellos se plantean, los cuales han dejado de afectar de manera exclusiva a un determinado país o territorio, para incidir, cada vez con mayor intensidad, en toda la comunidad internacional.” Sentencia C-401 de 1995. M.P. Vladimiro naranjo Mesa.

[49] Al respecto, en la Sentencia C-644 de 2004 se afirmó: “Se reitera nuevamente la validez constitucional de este tipo de disposiciones, en la medida en que permiten proyectar el principio de democrático en el ejercicio de las relaciones internacionales del Estado Colombiano. Adicionalmente, no implican un desconocimiento ni de la Constitución, ni de los derechos a la libre autodeterminación e independencia política del poder soberano, por cuanto no se orientan ni a exigir, ni a establecer una modificación o alteración del régimen político adoptado por el poder constituyente originario, sino que, por el contrario, tan solo acoge la defensa de los principios democráticos, en aras de consolidar un proceso de integración económica.” En similar sentido, la Sentencia C-645 de 2010 precisó: “la Corte Constitucional ha establecido que una condición esencial para convalidar en el juicio de constitucionalidad de un tratado internacional, ya sea este de integración o de colaboración con miras a una futura integración, consiste en verificar que su contenido fortalezca la preservación de los presupuestos esenciales que edifican la estructura del ordenamiento Constitucional Colombiano. De suerte que si el contenido de un acuerdo desconoce el

principio de soberanía popular, la dignidad del hombre y los derechos y libertades fundamentales, o los mandatos, valores y principios del Estado Social de Derecho, no podría superar el examen de constitucionalidad.”

[50] Ver, entre otras, las sentencias C-228 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-256 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz; Auto 056 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-256 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y, C-269 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

[51] La doctrina, con fundamento en pronunciamientos de los órganos de la Comunidad Andina, consideran que el sistema normativo está conformado por un derecho con fuentes directas (primarias o derivadas) y uno indirecto, referido al “conjunto de normas positivas adoptadas por los Países Miembros para dar aplicación o reglamentar las disposiciones comunitarias, en las circunstancias especiales o excepcionales en que hay lugar a ello; también lo son las normas internas complementarias de las materias reguladas por las normas comunitarias, en tanto no resulten contrarias a estas últimas, incluidas las normas derivadas de otros esquemas de integración de los que forman parte los Países Miembros.” Sentencia C-256 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[52] Carácter que deriva del concepto de supranacionalidad.

[53] Este capítulo tiene por finalidad indicar los principales efectos que tiene el régimen comunitario en el ordenamiento interno, específicamente su incidencia en el juicio abstracto de constitucionalidad y sus implicaciones frente a disposiciones del orden interno con identidad temática.

[54] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[55] M.P. Vladimiro Naranja Mesa.

[56] Esta postura no fue la asumida en la primera decisión en la que la Corte analizó la constitucionalidad de disposiciones del Código de Comercio relacionadas con mecanismos de defensa a favor de titulares de patentes y marcas (artículos 568, 569, 570 y 597), oportunidad en la cual, si bien no se alegó un cargo por desconocimiento del derecho comunitario, en el estudio realizado simplemente se citó la vigencia de la Decisión 313 pero

se hizo un análisis de constitucionalidad frente a la Constitución Política (C-095 de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. Idéntica posición se acogió en la Sentencia C-276 de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez).

[57] Que modificó normas relacionadas con derechos de autor.

[58] “[C]orresponde al Tribunal hacer la interpretación prejudicial de las aludidas normas comunitarias, limitándose a precisar el contenido y alcance de las mismas, sin interpretar el aspecto sustancial del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues esto último corresponde a la Corte. Dentro de los supuestos limitativos anotados, la Corte debe acatar la interpretación prejudicial hecha por el Tribunal.”

[59] Artículos 33 y 34, que se refieren al carácter inalienable de los derechos de autor y conexos morales y patrimoniales; y, el derecho irrenunciable de su titular a regalías, respectivamente.

[60] M.P. Fabio Morón Díaz.

[61] “Por la cual se provee a la reparación de unas vías públicas y se dictan disposiciones sobre caminos y puentes.”

[62] Esta norma autorizaba a los departamentos a monopolizar la producción de alcohol imponible.

[63] Ni por razón de artículo 93 de la C.P., ni de ningún otro parámetro normativo.

[64] La cita corresponde a la Sentencia C-137 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[65] Esta línea de decisión fue seguida de cerca en la Sentencia C-582 de 1999. M.P. Alejandro Martínez, en la que el cargo de inconstitucionalidad contra los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, sobre competencia desleal, se fundó en el desconocimiento del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). La Corte Constitucional consideró que tal Acuerdo no hacía parte del bloque de constitucionalidad, por lo que se profirió una decisión inhibitoria.

[67] En salvamento de voto suscrito por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y

Vladimiro Naranjo Mesa, se sostuvo que como el Estado transfirió su competencia para regular el régimen de propiedad industrial a órganos supranacionales, el Congreso de la República no podía aprobar un tratado sobre el mismo tema.

En la Sentencia C-864 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte reiteró la improcedencia de confrontar disposiciones adoptadas a través de tratados con el derecho comunitario, advirtiéndole que: “aun cuando las disposiciones del presente Acuerdo resulten contradictorias con lo previsto en los Tratados que rigen la Comunidad Andina de Naciones, dicha incompatibilidad jurídica no es susceptible de afectar la constitucionalidad del presente instrumento internacional y el de la ley que lo aprueba, pues los Tratados de la CAN no constituyen parámetro para adelantar el control de constitucionalidad...”

[68] M.P. Fabio Morón Díaz. En esta oportunidad la Corte Constitucional resolvió una demanda contra disposiciones de la Ley 44 de 1993, sobre derechos de autor.

[69] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[70] Antes de este pronunciamiento, en la Sentencia C-519 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández, se había negado que la Decisión 351 de 1993 hiciera parte del bloque de constitucionalidad. A partir de la Sentencia C-1490 de 2000, su tesis ha sido reiterada constantemente, entre otras, de manera reciente en las sentencias C-851 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo y C-148 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[71] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[72] Esta tesis sobre la no incorporación dentro del bloque de la regulación de la Decisión 351 sobre la faceta patrimonial de los derechos morales, fue reiterada en la Sentencia C-339 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[73] M.P. Humberto Sierra Porto. En esta oportunidad el Tribunal estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 822 de 2003, “[p]or la cual se dictan normas relacionadas con los agroquímicos genéricos”, en la que se invocó como cargo el presunto desconocimiento de la Decisión 436 y de disposiciones del Acuerdo de Cartagena. Para su resolución la Sala Plena reiteró la regla general de no inclusión del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad y, en el caso particular, la improcedencia de tal pretensión

dado que la decisión citada no define ni desarrolla derechos humanos. Así, su estudio tuvo como parámetro solamente disposiciones con estatus constitucional.

Con posterioridad a la adopción de la decisión, se inició incidente de nulidad porque el promotor de la acción consideró que la Corte había desconocido la interpretación judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad que se había solicitado dentro del proceso. Esta solicitud no fue acogida, mediante Auto 022 de 2005, argumentando que “si bien la controversia mencionada adujo el desconocimiento por la ley impugnada, de la decisión 436... de la Comisión de la Comunidad Andina y otros... no es menos cierto que en sus consideraciones esta Corporación, reiterando su jurisprudencia, juzgo -se insiste- que dichas disposiciones de los Convenios Internacionales citados, no hacían parte del bloque de constitucionalidad.”

[74] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[75] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[76] En el Auto 056 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Sala Plena confirmó en sede de súplica el rechazo de una demanda de inconstitucionalidad contra las decisiones 578, 599 y 600 de 2004, y 635 de 2006 de la Comunidad Andina.

[77] En la Sentencia C-256 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiterando lo sostenido en el Auto 056 de 2007, se precisó: “es importante advertir que la prevalencia de los actos proferidos por los órganos de la CAN en el orden interno, no significa que a través suyo, pueda modificarse la legislación nacional o regularse materias propias del legislador.”

[78] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Antes del año de 1991, la Corte Suprema de Justicia ya había delineado esta postura en la decisión de 27 de febrero de 1975. M.P. José Gabriel de la Vega. El Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, también se había referido al respecto en el Concepto radicado No. 1294 de 6 de septiembre de 1979. Consejero Ponente Jaime Paredes Tamayo.

[79] En similar sentido, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 111-IP-2014, consideró que: “[e]n caso de presentarse antinomias entre el Derecho

Comunitario Andino y el Derecho Interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de derecho internacional. Por lo anterior, la norma contraria al Derecho Comunitario Andino es automáticamente inaplicable.” El Consejo de Estado ha sostenido idéntica posición, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección Tercera – Subsección A, M.P. Carlos Alberto, de 23 de septiembre de 2015, radicado 11001-03-26-000-2015-00018-00. También se ha referido a este asunto la Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de octubre de 2016, radicado 11001-03-06-000-2016-00074-00, M.P. Germán Alberto Bula Escobar.

[80] En este sentido, por ejemplo, el artículo transitorio “G” estableció: “[d]entro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del presente régimen, la Comisión, a propuesta de la Junta, adoptará un reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial...”.

[81] En este instrumento, además, se definió la patente de invención en los siguientes términos: “[a]rtículo 14.- Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.”

[82] Proceso 30-IP-96.

[83] M.P. Jorge Arango Mejía. Debe advertirse, no obstante, que no puede entenderse que por tal motivo se configura el fenómeno de cosa juzgada constitucional material, pues en el escenario de la disposición en el ADPIC (i) no se evidencia un mandato concreto y claro que permita afirmar que, por su adopción, existe en Colombia una limitación a la concesión de patentes de invención por motivos de “moralidad”, pues nótese que los estados acudieron en este instrumento al término “podrán”. Bajo la misma línea, se advierte que (ii) la norma no dice de qué manera el ámbito de la “moralidad” incide en la concesión de una patente, esto es, no afirma que la restricción se materializa al incluir en una disposición el término “moralidad” -o una similar- o si, por ejemplo, la autoridad reguladora competente en cada Estado puede incluir causales de exclusión explícitas fundadas en un criterio de “moralidad”.

Por oposición, la norma que se adscribe al numeral 3 del artículo 538 del Código de

Comercio está formulada como un mandato o imperativo, al prohibirse la concesión de una patente de invención cuando atenta contra “las buenas costumbres”, y no en términos de posibilidad como ocurre en el caso anterior. Adicionalmente, el Legislador -extraordinario- acogió una vía específica, que no se concreta en la estructuración de un listado de asuntos que por motivos de ética o moral no son patentables, por mencionar una de las probabilidades que desde el ADPIC sí podrían considerarse; sino que formuló una restricción o limitación al derecho a partir de la inclusión en la disposición de un término valorativo e indeterminado, que debe ser tenido en cuenta en cada caso por la autoridad competente para definir sobre la concesión de una patente.

[84] Al respecto, en la Sentencia C-467 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corporación adujo: “¿qué sentido tendría que la Corte en un fallo con alcances simplemente teóricos o puramente docentes, declarara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición legal que ya no existe, que es de por sí inaplicable por estar derogada, y que fue expedida bajo la vigencia de un régimen constitucional que también ha dejado de existir; qué efectos tendría tal pronunciamiento?”

[85] M.P. María Victoria Calle Correa.

[86] Más recientemente, en la Sentencia C-044 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, la Corporación reiteró esta posición en los siguientes términos: “De acuerdo a lo anterior, para establecer la existencia de una disposición de rango legal y poder iniciar su juicio de validez, se hace necesario verificar que la misma aún se encuentre en el ordenamiento jurídico, esto es, que no haya sido derogada. Es por eso que esta Corporación para determinar si tiene competencia para adelantar el control de constitucionalidad sobre determinada norma legal, primero comprueba su vigencia y, en el evento que se encuentre derogada, evalúa si el precepto normativo continúa surtiendo efectos o tiene vocación de producirlos en el ordenamiento, caso en el cual puede realizar el respectivo análisis de constitucionalidad.”

[87] M.P. Jorge Arango Mejía.

[88] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso se analizó una disposición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Art. 10) que, por virtud del tránsito normativo que debía realizarse desde el Código Contencioso Administrativo, no

había adquirido vigencia.

[89] Esta regla fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, oportunidad en la que se analizaba la demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2016. Al respecto, afirmó que: Bastaría entonces, como se observa, con que los actos sujetos a control tengan potencialidad de entrar en vigencia y de producir efectos jurídicos. Si tienen esta vocación, entonces no carecería de objeto un pronunciamiento de constitucionalidad, pues buscaría precisamente evitar menoscabos futuros y jurídicamente probables a la supremacía e integridad de la Constitución

[90] M.P. María Victoria Calle Correa.

[91] “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.”

[92] Además, dado que la Corte Constitucional no involucrará en este pronunciamiento el alcance de normas del Derecho Comunitario, no tiene aplicación la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal Andino.

[93] Ver la línea jurisprudencial sobre el uso de términos como “sirviente” o “discapacitado”, en la que se ha precisado que el control abstracto de constitucionalidad se realiza no sobre las palabras en sí mismas consideradas, sino sobre “cómo se emplean, para qué, en qué condiciones y con qué propósito... [así] no debe determinar[se] la constitucionalidad de la palabras en abstracto, sino las acciones concretas que con ellas se hagan.” (sentencias C-042 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez (e) y C-001 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera).

[94] Como lo ha admitido la Corte Constitucional en varios escenarios, es dable distinguir entre enunciado lingüístico, formulación normativa o disposición, esto es, el texto que el Legislador promulga en ejercicio de su función reguladora; y norma, que es el significado que se le otorga a dicho texto, a partir de la actividad de la interpretación (esta distinción se encuentra en autores como G.H. Von Wright, Alchurrón y Bulygin, entre otros).

[95] Al respecto, H.L.A. Hart afirmó: "... En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. (...)". El concepto del derecho, Traducción Genaro Carrió, Editorial Abeledo-Perrot, 3ª ed, Buenos Aires, 2009, pág. 157. Por su parte, Carlos Santiago Nino sostuvo: "Los problemas de interpretación de las oraciones lingüísticas se extienden también, naturalmente, a las oraciones mediante las cuales se formulan las normas jurídicas,.../ En derecho, tener dudas interpretativas acerca del significado de un texto legal supone una falta de certeza de la identificación de la norma contenida en ese texto; o, lo que es lo mismo, implica una indeterminación de las soluciones normativas que el orden jurídico ha estipulado para ciertos casos." Introducción al análisis del derecho; Editorial Astrea; 2013, pág. 260.

Pueden consultarse las sentencias C-113 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; C-539 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-742 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; y, C-350 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

[96] Para Carlos Santiago Nino "... respecto de las palabras vagas la realidad puede clasificarse en tres zonas: una de claridad, constituida por hechos denotados con certeza por el término...; otra de obscuridad, formada por hechos respecto de los cuales se sabe con seguridad que la palabra no se aplica..., y la última, de penumbra, constituida por casos a propósito de los cuales dudamos en aplicar o no el término...". *Ibíd*em, pág. 264.

[97] M.P. María Victoria Calle Correa. Reiterada en la Sentencia C-113 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

[98] Carrió, Genaro (1970): Algunas palabras sobre las palabras de la ley. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971, pg. 15.

[100] En la Sentencia C-113 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa, se sostuvo que: "[l]os conceptos indeterminados son, primero, inevitables, en tanto características del lenguaje natural y, segundo, en ocasiones deseables para dotar de cierta flexibilidad el momento aplicativo del derecho (o regulativo, cuando corresponde a las autoridades ejecutivas ejercer el poder reglamentario).".

[101] "Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. // No obstante,

por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.”

[102] Artículo 4º de la Ley 472 de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.”

[103] M.P. Jorge Arango Mejía.

[104] La costumbre como fuente de Derecho exige el uso generalizado de una pauta de comportamiento, la convicción de los participantes sobre su obligatoriedad y su relevancia para el Derecho, dentro de un sistema normativo del cual se predica, además, coherencia.

[105] La idea de un código de conducta ha sido también referida por esta Corporación, entre otras, en la Sentencia C-404 de 1998. MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se afirmó: “[e]l Derecho como instrumento de control social no descarta otros sistemas normativos de orientación de la conducta humana. Particularmente, en relación con la moral pública, puede tener una relación en cuya virtud secunde algunos de sus propósitos.”

[106] En cuanto al fenómeno de la moralidad en el Derecho, se ha considerado, por ejemplo, que tanto en el nivel meta-ético como en el ético normativo las preguntas objeto de estudio giran desde distintas posiciones a conceptos como “bueno”, “justo” o “correcto”. Para G.H. Von Wright “La metaética -y en esto parece haber acuerdo- no pretende decirnos qué cosas son buenas y malas y cuáles son nuestros deberes morales. Pretende un mejor entendimiento de qué significa ‘bueno’, ‘malo’ y ‘deber’”; Traducción “La diversidad de lo bueno”, Daniel González Lagier y otra: Madrid – Barcelona – Buenos Aires; Marcial Pons; 2010. Para Carlos Santiago Nino, en la ética normativa: “... no se trata de analizar el carácter lógico de los juicios morales y el significado de ‘bueno’ o ‘justo’, sino de formular y justificar (suponiendo que ello sea posible) juicios morales y determinar qué acciones son buenas o justas”. En “Introducción al análisis del derecho”, pág. 354.

[107] Ver , entre otras, las sentencias T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett;

T-436 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango; y, C-143 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[108] Pues esto es un asunto que será analizado más adelante en esta providencia para el caso concreto.

[109] En concreto las sentencias C-427 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz; C-431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-350 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; y, C-113 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

[110] Este acápite se basa en las sentencias C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía; C-427 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz; C-404 de 1998. MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz; C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-567 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-373 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-098 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-570 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-350 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; C-710 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-931 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-958 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; y, C-113 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

[111] En la Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía, varias veces citada, se hizo referencia a “moral social” o “moral general”, sin embargo, esta última expresión se modificó por el de “moral pública”.

[112] En este sentido ver, especialmente, las sentencias C-350 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; C-931 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y, C-113 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

[113] M.P. Jorge Arango Mejía.

[114] MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.

[115] Artículo 259 del Código Penal.

[116] En este sentido ver, también, la Sentencia C-931 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[117] M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[118] Ley 1708 de 2014, artículos 1, numeral 2, y 15.

[119] M.P. María Victoria Calle Correa.

[120] Ley 1098 de 2006, artículo 32.

[121] M.P. Fabio Morón Díaz.

[122] Decreto No. 2699 de 1991, artículo 111, numeral 1.b).

[123] “Asiste razón al Ministerio Público al sostener la admisibilidad jurídica de la validez de tipos abiertos en las conductas constitutivas de falta disciplinaria, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los propósitos de la función pública, y por ende resulten sancionables.”

[124] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[125] Como prácticas relacionadas, decía la disposición, con la embriaguez habitual, la concurrencia a lugares indecorosos, el homosexualismo, entre otras.

[126] “Y allí radica precisamente la incompatibilidad con el Texto Superior de las faltas disciplinarias consagradas en los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 y de las inhabilidades a partir de ellas generadas pues se amparan en la sola reprobación moral de la conducta del notario con total abstracción de la infracción del deber jurídico como punto de partida para el ejercicio legítimo de la potestad disciplinaria.”

[127] Similares consideraciones se efectuaron por la Corte al declarar la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del estatuto del ejercicio de la abogacía, en la Sentencia C-098 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería.

[128] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[129] Ley 836 de 2003.

[130] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Providencia en la que se estudiaron algunas

disposiciones de la Ley 842 de 2003, sobre el ejercicio de la actividad de ingeniería, profesiones afines y auxiliares, que incluyeron los términos de “moral y las buenas costumbres” para prever tipos sancionatorios.

[131] M.P. María Victoria Calle Correa. El objeto de la acción de inconstitucionalidad fue la Ley 734 de 2002, artículo 35, que previó prohibiciones para los servidores públicos acudiendo a los términos de “moral y buenas costumbres”. Se afirmó que “se viola la prohibición de tipos sancionatorios disciplinarios indeterminados cuando estos emplean conceptos que no tienen un `grado de indeterminación aceptable constitucionalmente´”, y advirtió que los conceptos de “moral” y “buenas costumbres” eran demasiado vagos y ambiguos, incluso si se hacía referencia a la “moral social”.

[132] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[133] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[134] Ley 50 de 1999, artículo 46.

[135] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[136] Decreto 2737 de 1989, artículo 89.

[137] “Así pues se tiene que los tratados internacionales relativos a derechos humanos, que por lo mismo conforman el llamado ´bloque de constitucionalidad´, consideran válida la limitación de los derechos fundamentales por razones de moralidad pública, y además hacen referencia explícita a la moralidad social como objeto jurídico protegido. La doctrina clásica y la Filosofía del Derecho contemporánea, igualmente acogen criterios morales como nociones informadores del orden jurídico. También, la jurisprudencia de esta Corporación, como se vio, ha precisado que dentro de un Estado pluralista y democrático, como el que prefigura la Constitución Política, la ley puede acoger conceptos morales para definir situaciones jurídicas, o para limitar derechos de las personas, pero siempre y cuando tales conceptos hagan referencia a la moral social o moral pública.”.

Un argumento similar fue invocado en las sentencias C-404 de 1998. MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-958 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[138] M.P. María Victoria Calle Correa.

[139] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[140] “A diferencia de las consideraciones puntuales en el caso de las sanciones establecidas en el marco de los procesos disciplinarios donde la alusión a conceptos indeterminados le impone al legislador establecer de manera concreta el tipo de conductas consideradas inmorales y que son objeto de sanción en estricto cumplimiento del principio de legalidad y tipicidad, existen otros contextos en donde el legislador puede apelar a conceptos indeterminados sin que tenga la carga de desarrollar el concepto de tipicidad, en estricto sentido, pero que aun así no da lugar a que se realicen referencias a apreciaciones morales y éticas individuales, pues existen en el ordenamiento jurídico y constitucional parámetros para aplicar en concreto dichas categorías indeterminadas como el de “inmoral” sin desconocer valores, principios y derechos superiores de gran valor en el marco de un Estado Social de Derecho. Tal es el caso de la valoración del acto inmoral en desarrollo de un contrato de trabajo, análisis que debe hacerse a la luz del respectivo reglamento de trabajo y no de la visión particular del empleador”.

[141] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[142] M.P. María Victoria Calle Correa.

[143] Por lo menos para Robert Alexy esta relación entre la teoría de los principios, fundada en la distinción entre reglas y principios, y el principio de proporcionalidad es de necesidad.

[144] Citando la Sentencia C-799 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la providencia C-720 de 2007. M.P. Catalina Botero Marino, se afirmó frente al principio de proporcionalidad que: “[s]e trata, como ya se mencionó, de una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. Como lo ha señalado esta Corporación, “(l)a proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales”

[145] Los dos primeros se relacionan con la optimización respecto de las posibilidades fácticas, y el último, con la referida optimización, pero de las posibilidades jurídicas. También debe precisarse que solo el último se relaciona con la ley de la ponderación.

[146] "...el principio de idoneidad, excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales se ha adoptado... no es otra cosa sino expresión de la idea del Óptimo de Pareto. Una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra." Tomado de "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad". Robert Alexy. Ponencia presentada en inglés en el seminario internacional de "Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica", Lima-Perú, 2010.

[148] "... es equivalente a la ley de la ponderación "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro." Ibidem.

[149] Como se advirtió en la Sentencia C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero, aunque la integración de estas dos metodologías de análisis tuvo un desarrollo importante en asuntos que involucraron la garantía del derecho a la igualdad, se extendió a otros bienes constitucionales. Al respecto, se afirmó: "7.- La posibilidad de combinar ambas metodologías no sólo es conceptualmente fecunda sino que tiene claros precedentes en la jurisprudencia de esta Corporación, y no sólo en el campo de la igualdad sino también en otros ámbitos relacionados con la posible afectación de otros derechos fundamentales..."

[150] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En dicha oportunidad la Corte Constitucional analizó una norma que establecía los requisitos para ejercer como docente no oficial (Decreto Ley 2277 de 1979), entre otros cargos, por lesionar presuntamente el derecho a la igualdad, dado que el referido grupo se asimilaba al de docentes oficiales en materia de escalafón.

[151] Que se han venido reiterando de manera -más o menos- pacífica y reciente, entre otras, en las sentencias C-372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-551 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; C-114 de 2017 y C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[152] La propuesta que se planteó en la Sentencia C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero, ya citada, variaba un poco en relación con aquella que se ha venido acogiendo, más o menos pacíficamente, a partir de la Sentencia C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la primera de las referidas decisiones, se consideró que las intensidades del control de constitucionalidad podían reflejarse en el tipo de preguntas -con un estándar diferenciable- que debían formularse en cada uno de los subprincipios del test de proporcionalidad. Al respecto se destacó: "... este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la "adecuación" deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la "indispensabilidad" del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional."

[153] El principio de separación de poderes es también un elemento esencial del Estado Liberal clásico de Derecho.

[154] Esta Corporación ha reconocido que la presunción de corrección de las leyes deriva del carácter epistemológico del proceso democrático.

[155] Sentencia C-520 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. En similar sentido, la Sentencia C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero, precisó: "Ahora bien, si el legislador tiene mayor discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que en esos temas

las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores; y por ende la intensidad de su control se ve limitada. Por ello, en innumerables ocasiones esta Corte ha señalado que en la medida en que la Carta confiere discrecionalidad a la ley para regular un asunto, el juez constitucional debe respetar esa libertad de apreciación del Congreso.”

[156] Como se sostuvo en la Sentencia C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[157] M.P. María Victoria Calle Correa.

[158] Materializada particularmente con las decisiones C-288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pero desarrollada, sin embargo, por las Salas de Revisión de la Corte entre los años 2002 y 2012, en las sentencias T-595 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-227 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-859 y T-860 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-760 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-016 de 2017. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; entre otras.

[159] Debe precisarse que en la Sentencia C-560 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, se incurrió en una imprecisión al momento de sintetizar en qué casos debe considerarse procedente el test intermedio, dado que reiteró la categoría acogida para indicar la procedencia del test estricto “faceta negativa o prestacional mínima y exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución o el DIDH”. Sin embargo, una comprensión integral del sentido de la precisión jurisprudencial que se propone en el referido fallo, indica que el test intermedio es procedente cuando de por medio se encuentra la interferencia en las facetas prestacionales progresivas de un derecho constitucional fundamental. Tal conclusión se verifica en el estudio del caso concreto que se adelantó en la referida oportunidad: “De acuerdo con lo expuesto previamente, la Sala debería establecer el nivel del test a aplicar, con base en los siguientes criterios: (i) se trata de una medida que toca un derecho fundamental, pero lo hace en una faceta progresiva; (ii) es un campo de regulación donde el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, debido a que toca los niveles más altos de formación educativa, y no los mínimos definidos como obligaciones de aplicación inmediata por la Carta Política; (iii) y es un escenario en el que la Corte ha identificado una regla general de trato igualitario, y por lo tanto, una carga calificada en cabeza del legislador para justificar los tratamientos diferenciales. // En

principio, y según lo expresado en el fundamento 1.17, este conjunto de factores indicaría que el nivel de escrutinio más adecuado a esta medida es el intermedio, a partir de una ponderación entre la exigencia de una justificación legislativa poderosa para distinguir por razón del fundamento de la nacionalidad colombiana; un acercamiento leve, derivado del amplio margen de configuración que le corresponde al legislador, en tanto se trata de una medida financiera para facilitar el acceso los niveles más altos de la educación superior; y, consecuentemente, se trata del desarrollo de un ámbito de cumplimiento progresivo del derecho.” Destacado fuera de texto.

[160] M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E). En dicha oportunidad la Corporación se pronunció sobre el artículo 7, parágrafo 4º -parcial-, de la Ley 1776 de 2016, “Por la cual se crean y desarrollan las zonas de interés rural, económico y social, Zidres”, en cuanto preveía que los profesionales con maestría y doctorado en unas áreas específicas eran destinatarios de los incentivos creados por la Ley.

[161] El sentido indicativo que otorga la consideración de casos tipo es evidente en la jurisprudencia constitucional, pues no siempre estas materias han arrojado la necesidad de adelantar un juicio en un nivel ordinario o leve. En la misma Sentencia C-673 de 2001, se afirmó que: “. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales.”.

[162] Este término fue utilizado en algunos casos por esta Corporación cuando el criterio de diferenciación se funda, por ejemplo, en la edad. Ver la Sentencia C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, en la que se hace un análisis de los eventos en los que la Corporación ha calificado tal criterio como neutro y en otros en los que lo ha calificado como semi sospechoso de discriminación negativa.

[163] Al respecto, en la Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en la Sentencia C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, se sostuvo que los criterios sospechosos estaban asociados a un “uso [que] ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.”

En jurisprudencia temprana esta Corporación sostuvo que los criterios sospechosos tenían como notas características, las siguientes: “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”. C-481 de 1998. Alejandro Martínez Caballero.

[164] M.P. Catalina Botero Marino. En esta decisión la Corte analizó la constitucionalidad de una disposición de la anterior normativa de Policía, Decreto 1355 de 1970 (artículo 192), que preveía la retención transitoria del infractor de una estación o subestación de policía, hasta por 24 horas.

[165] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[166] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[167] Ley 1429 de 2010 “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo”, artículo 3 (parcial).

[168] Conforme a lo sostenido por el ponente en su aclaración de voto, en tal oportunidad se debatió sobre la posibilidad de que en este tipo de juicio se adelantara un estudio de proporcionalidad en sentido estricto (como lo sugirió la Sentencia C-720 de 2007) con el ánimo de evidenciar la inexistencia de una “evidente desproporción”. Sin embargo, la Sala decidió insistir en la metodología propuesta en la decisión del año 2001, excluyendo, por lo tanto, una ponderación jurídica de los intereses en juego en este nivel de escrutinio. Posteriormente en la Sentencia C-220 de 2017, ya citada, se volvió a mencionar la posibilidad de analizar en el test intermedio la desproporcionalidad en sentido estricto, no obstante, en aquella oportunidad el test adelantado fue el débil, razón por la cual, no se tomará como una variación en la posición de la Corporación.

[169] Otra limitación, sin que por ello se constituya en una sanción, puede provenir también de los usos de la materia sin la autorización del titular regulados, por ejemplo, en el artículo 31 del ADPIC, y que se han analizado bajo el concepto de licencias obligatorias. En materia

de medicamentos el uso de este instrumento es fundamental, como de ello da cuenta la Declaración de DOHA relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, del año 2001.

[170] En la Sentencia C-032 de 2009. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterando las providencias C-519 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo y C-509 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara, se sostuvo: "...la existencia de un amplio margen de configuración legislativa sobre la materia, siempre que las medidas adoptadas (i) se orienten a la protección de la propiedad intelectual y (ii) no establezcan condiciones irrazonables o desproporcionadas para acceder a dicha protección."

[171] El Código de Comercio fue proferido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República, en el artículo 20, numeral 15, de la Ley 16 de 1968.

[172] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[173] En el mismo sentido ver la Sentencia C-720 de 2007. M.P. Catalina Botero Marino (e).

[174] Artículo 61 de la C.P.

[175] Artículo 2 de la C.P.

[176] Fundamentalmente el Preámbulo y los artículos 27, 41, 67, 70 y 71 de la C.P.

[177] En el marco de la estructura estatal colombiana, la competencia para resolver sobre la solicitud de una patente de invención es de la Superintendencia de Industria y Comercio.

[178] Así, por ejemplo, el artículo 12, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la circulación y a la elección de residencia, precisando en el numeral 3 que tales bienes pueden restringirse cuando sea necesario para proteger, entre otros, la moral pública. Los artículos 14, 18, 19, 21 y 22 hacen también referencia al concepto de moral pública. La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la posibilidad de que varios de los derechos protegidos sean restringidos por motivos relacionados con la moral pública, tal como ocurre con la libertad de conciencia

y de religión (Art. 12), libertad de pensamiento y de expresión (Art. 13), el derecho de reunión (Art. 15) y el derecho de circulación y de residencia (Art. 22).

[179] En el marco del derecho comunitario, por ejemplo, en el Proceso 21-IP-2000, entre otros por motivos morales, se negó la patentabilidad de la extracción de proteínas del cuerpo humano para su utilización en la industria farmacéutica.

[180] Documento consultado en http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasSobrePatentes_MU_Topografias_CCP/NSPMTCCP_DerechoEuropeoPatentes/ConvenioMunichConcesionPatentesEuropeas_5_Oct_1973.htm

[182] De la parte considerativa del referido documento se destacan los siguientes apartados, en los que se da cuenta de los motivos que llevaron a considerar la moral como criterio de restricción en este caso: “(38) Considerando que es también necesario incluir en la parte dispositiva de la presente Directiva una lista orientativa de las invenciones no patentables, con objeto de proporcionar a los jueces y a las oficinas nacionales de patentes una guía para interpretar la referencia al orden público o a la moralidad; que no puede pretenderse que esta lista sea exhaustiva; que aquellos procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana, como, por ejemplo, los procedimientos para crear híbridos de seres vivos a base de mezclas de células germinales o totipotentes de personas y animales, deberán, evidentemente, quedar también excluidos de la patentabilidad; (39) Considerando que el orden público y la moralidad se corresponden, en particular, con los principios éticos y morales reconocidos en un Estado miembro, cuyo respeto es particularmente necesario en el terreno de la biotecnología, a causa del considerable alcance de las consecuencias potenciales de la invención en este ámbito y de sus vínculos naturales con la materia viva; que tales principios éticos y morales vienen a añadirse a los controles jurídicos habituales del Derecho de patentes, independientemente del ámbito técnico a que pertenezca la invención; (40) Considerando que en el seno de la Unión Europea existe consenso respecto de que la intervención genética germinal en seres humanos y la clonación de seres humanos son contrarios al orden público y a la moralidad; que es necesario, por lo tanto, excluir explícitamente de la patentabilidad los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal humana y los procedimientos de clonación de seres humanos; (...)”

[183] Al respecto en el proceso 21-IP-2000, de Interpretación Prejudicial a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se afirmó que: “[r]azones de carácter eminentemente ético impiden que el cuerpo humano y aún sus componentes mínimos, como los genes, puedan ser objeto de apropiación exclusiva con fines lucrativos e industriales. Por ello, al momento de interpretar y aplicar a un caso concreto la prohibición de patentar las invenciones sobre materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo, el juzgador o la Oficina Nacional Competente deberán tomar en consideración, de manera prevalente, las implicaciones morales, éticas y de orden público que puedan suscitarse.”

[184] El artículo 4 del Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas prevé la existencia de la Oficina Europea de Patentes, con la organización y competencias definidas a partir del artículo 10 ídem.

[185] Al respecto ver, en detalle, “Invenciones contrarias al orden público y la moral”, Carlos Augusto Conde Gutiérrez, en “Derecho de Patentes”, Ernesto Rengifo García, Universidad Externado de Colombia, págs. 503 a 532.

[186] Al respecto ver “Derecho de Patentes”, ídem, págs. 40 y 41.

[187] M.P. María Victoria Calle Correa.