

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Plagio. Marco conceptual. Plagio servil. Plagio elaborado. Apreciación en concreto. Tesis de grado.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

FECHA: 28-5-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto digitalizado del fallo

OTROS DATOS: Acta No. 174

SUMARIO:

“... la violación del derecho de paternidad o reivindicación, es el que genera mayor agravio a los derechos morales de autor, entre otras razones, porque es precisamente la posibilidad de reconocimiento a partir de la labor de la inteligencia transplantada a la obra, lo que impulsa a la ardua tarea y permite que muchas de las grandes creaciones del intelecto hoy conocidas hayan superado la simple idea”.

“En este sentido, si, como figuradamente se ha dicho, «el autor es su obra», nada más precioso para él que el condigno reconocimiento de su nombre, que a la vez sublima otras tantas aspiraciones de trascendencia ...”.

[...]

“... ya parece lugar común tanto en el ámbito interno como en el externo, hermanar la protección de los derechos de autor, en su vertiente moral, con la prohibición de plagio, asociado a esa grosera vulneración del principio de paternidad que consiste en tomar lo de otro y hacerlo parecer propio”.

[...]

“... doctrinariamente se reconocen dos modalidades del llamado plagio: Uno, cuando el actor se atribuye la obra de otro, tal y como ha sido creada por el autor; y dos, cuando el actor se atribuye la obra de otro, no reproduciéndola idénticamente, sino imitándola en sus extremos esenciales”.

[...]

“Por lo tanto, la usurpación de la paternidad a través de la conducta plagaria puede producirse de dos maneras: Cuando el plagario pura y simplemente suprime el nombre del autor verdadero sin tocar en lo absoluto el contenido de la obra; o cuando extrae partes importantes de ella para incorporarlas a la obra plagaria. El primero de los casos se denomina imitación servil y el segundo, imitación elaborada”.

[...]

“La procesada tuvo el propósito y la voluntad de apropiarse de la copia del trabajo intelectual de la alumna para presentarlo como suyo, pues en el artículo escrito y publicado para tal efecto, no citó a la verdadera autora”.

[...]

“La sanción penal se basa ... en que se repita, copie o translitere la «forma» como cada autor o exponente de determinada corriente, si de ello se trata, asume su visión del tema, pues, en éste caso esa «forma» transforma el concepto o idea y lo apropia a la capacidad creadora individual del autor.

“Es lo que sucede, si se tratase de ejemplificar, con el metal precioso y la joya que a partir de allí elabora el orfebre. Claro que el oro, en sí mismo, posee un valor material apreciable, pero lo plasmado allí como creación es la talla que sobre esa base hizo el artista y a ello es que se dirige la protección consagrada en la ley respecto de los derechos morales de autor”.

[...]

“... si se advierten párrafos enteros en los cuales apenas se cambia una palabra o se muta su orden, es lógico concluir que la procesada no sólo hizo valer como propio lo ajeno, sino que, consciente del desafuero, buscó ocultarlo, aunque, cabe decir, de forma bastante burda”.

COMENTARIO: El plagio representa el atentado más grave contra el derecho del autor, pues en palabras del Tribunal Supremo español (27-4-1969), significa que: ... *por su mediación se suprime y prescinde al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona, más bien que la cosa, la que sufre el atentado perpetrado por el plagiarlo, al ser aquélla la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume según el alcance del fraude, cuya forma delictiva integra la más importante infracción al derecho de propiedad intelectual*”. Y aunque este ilícito no es exclusivo del mundo universitario, lamentablemente se recurre a él con cierta frecuencia, especialmente en algunas tesis de grado o post-grado (como es el caso que se reseña en estos comentarios), en trabajos de ascenso o de investigación o en obras didácticas. Son elementos constitutivos del plagio los siguientes: a) Una obra preexistente (originaria o derivada, divulgada o inédita); b) La extracción de elementos protegidos de la obra primigenia, para incorporarlos a una posterior, en forma total o parcial, textual o elaborada; c) La usurpación de la paternidad de la obra preexistente, particularmente cuando la obra “nueva”, o parte de ella, se presenta bajo la autoría del infractor; d) Es indiferente que la conducta usurpadora se realice o no con fines de lucro (salvo disposición legal expresa en contrario), pues en muchas ocasiones el plagiarlo, independientemente de cualquier beneficio económico, lo que desea es obtener de un prestigio que no le corresponde, aunque puedan considerarse como circunstancias agravantes la finalidad lucrativa o el propósito de conseguir inmerecidamente cargos, ascensos, títulos u otras distinciones, especialmente en el ámbito profesional o académico. © **Ricardo Antequera Parilli, 2010.**

TEXTO COMPLETO:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 174.

Bogotá, D.C., veintiocho de mayo de dos mil diez.

VISTOS

Examina la Corte, en sede de casación, la sentencia de segundo grado de fecha 10 de junio de 2008, por cuyo medio una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó íntegramente el fallo proferido por el Juzgado 50 Penal del Circuito de la misma ciudad el 5 de febrero de 2008, mediante el cual condenó a la académica LUZ MARY GIRALDO DE JARAMILLO a la pena principal de 24 meses de prisión, multa de 5 s.m.l.m.v. y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual a la pena privativa de la libertad, como autora del delito de violación de los derechos morales de autor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Rosa María Londoño Escobar, quien realizó estudios de literatura en la Pontificia Universidad Javeriana para obtener el título de diplomada en literatura, elaboró bajo la dirección del profesor Jaime García Mafla, la monografía titulada „El Mundo Poético de Giovanni Quessep’ en abril de 1996, la que sustentó satisfactoriamente el 3 de junio del mismo año. Posteriormente, en enero de 1997, llegó a sus manos la revista “La Casa Grande” número 2 –noviembre 1996 enero 1997-, editada en México y Colombia, donde encontró publicado el artículo “Giovanni Quessep: el encanto de la poesía”, firmado por LUZ MARY GIRALDO, profesora del Departamento de Ciencias Sociales y Educación de la misma Universidad, texto en el cual encontró reproducidos apartes y párrafos de su tesis de grado, sin comillas ni precedidos de signo alguno que indicara a los lectores que las ideas

se tomaban textualmente de autor diverso a quien firmaba el artículo.

Por tales hechos, mediante resolución del 5 de diciembre de 2002, la Fiscalía 175 Seccional de Bogotá, acusó a LUZ MARY GIRALDO DE JARAMILLO como presunta autora de la conducta descrita y sancionada en el artículo 51 de la Ley 44 de 1993, numeral 3º, decisión que confirmó íntegramente la Fiscalía Delgada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en resolución del 29 de marzo de 2004.

El conocimiento del juicio estuvo a cargo del Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que después del trámite pertinente, dictó sentencia de primera instancia el 5 de febrero de 2008, condenando a la procesada LUZ MARY GIRALDO DE JARAMILLO a las penas arriba especificadas, como autora de violación a los derechos morales de autor, según la descripción típica contenida en el artículo 51 de la Ley 44 de 1993, pero referida al numeral 1º.

La anterior determinación fue impugnada por la defensa y el apoderado de la parte civil, recibiendo confirmación en la sentencia del 10 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, decisión contra la cual la defensora de GIRALDO DE JARAMILLO interpuso recurso extraordinario de casación por la vía excepcional, cuyos planteamientos fueron admitidos parcialmente por la Corte en auto del 27 de marzo de 2009, ordenándose el correspondiente traslado al Ministerio Público.

El 2 de febrero del año en curso, se recibió el concepto y el 3 siguiente pasó el asunto al Despacho para el correspondiente fallo.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA EN PUNTO DE LOS CARGOS ADMITIDOS

La defensora de LUZ MARY GIRALDO DE JARAMILLO anunció que en este caso se consolidaron los dos motivos excepcionales señalados en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000 para acceder a la casación discrecional, a saber, la garantía de los derechos fundamentales y el desarrollo de la jurisprudencia.

No obstante, como en el referido auto del 27 de marzo de 2009, la Sala sólo admitió los motivos que dicen relación con la eventual violación de las garantías fundamentales, específicamente, en punto de una alegada violación del derecho de defensa por formulación antifibológica de los cargos imputados en la acusación e incongruencia entre los cargos imputados y los que fueron objeto de la condena, a esos aspectos se limitará, entonces, el resumen de la demanda.

Bajo este motivo excepcional, al amparo de la causal tercera del artículo 207 *ibidem*, alega la casacionista que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por la formulación antifibológica de los cargos en la acusación.

Según la demandante, en la parte motiva de la resolución acusatoria de primera instancia la Fiscalía 175 Seccional afirmó que la actividad desplegada por LUZ MARY GIRALDO, “se encuentra acorde explícitamente con los presupuestos exigidos por la norma penal de carácter general referida a la violación del numeral 3º del artículo 51 de la Ley 44 de 1993”, imputación que se consignó en el acápite correspondiente a la calificación jurídica provisional, al cual se remitió en la parte resolutive.

A su vez, dice, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, al desatar el recurso de apelación para confirmar la acusación, habla de “reproducción textual”, no solamente de ideas de la alumna Londoño Montoya, sino de sus propias palabras y referencias idénticas a las consignadas en su trabajo de grado. Pero más adelante, afirma que:

“... resulta procedente insistir en que, el a quo, a lo largo del pronunciamiento cuestionado, afirmó que en el artículo publicado por la profesora GIRALDO DE JARAMILLO, se encontraban frases, párrafos iguales y conceptos idénticos a los plasmados por la alumna Rosa María Londoño Montoya en su tesis de grado, por lo que la resolución del 3 de septiembre de 2003, estuvo apoyada en el criterio del profesor Pedro Alfonso Pabón Parra, para señalar como „verbo determinante compuesto alternativo,... **compendiar, mutilar, transformar**”, lo cual coincide con el

pensamiento del instructor, consignado desde un comienzo en la resolución de acusación(...)”

Pero después refiere que:

“...dado que el autor tiene como un derecho moral, el derecho a la integridad de la obra, lo cual permite oponerse a toda **alteración** efectuada por cualquier persona sin su consentimiento, como lo dijo la instructora, basada en la opinión del profesor PABÓN PARRA...”.

De allí deriva que en la acusación no se precisó el verbo rector, pues no es lo mismo compendiar, mutilar, transformar o alterar.

Señala que la irregularidad acreditada imposibilitó una adecuada defensa, pues en la etapa del juicio se reiteró la práctica de pruebas que se había efectuado durante la instrucción.

Relacionado con el tema de la imputación de cargos en la acusación, pero en un apartado diferente, bajo el título de “nulidad por error en la calificación jurídica de la conducta contenida en la resolución de acusación”, la censora sostiene que en la resolución de acusación, la conducta se adecuó al tipo penal descrito en el numeral 3º del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, con énfasis en los verbos rectores “mutilar, compendiar o transformar”, los cuales fueron descartados en los fallos de instancia, en los que se consideró que la conducta reprochable a la procesada era la de “publicar”, señalada en el numeral 1º de la norma aplicada.

Después de transcribir los apartes pertinentes de la acusación y de los fallos de instancia en los que se alude a la calificación de la conducta imputada, y se descarta, en los últimos, la violación de garantías fundamentales con ocasión del cambio del verbo rector, sostiene la demandante que el yerro cometido es definitivo, pues si desde la acusación se hubiera indicado de manera clara y precisa que la conducta ilícita por la cual se deducía responsabilidad era la de “publicar”, la defensa habría podido enfilar sus esfuerzos a desvirtuar el cargo, entre otras cosas, solicitando información al director de la revista “La Casa

Grande” sobre las circunstancias dentro de las cuales se decidió la publicación del artículo cuestionado, toda vez que en su declaración en ciudad de México, al ser preguntado sobre quién había decidido la publicación, contestó que “el discente decidió publicarla en su revista”.

Considera, por lo tanto, que la errónea calificación de la conducta violó flagrantemente el derecho de defensa.

Además, admitido en las sentencias de instancia que la procesada no “compendió, mutiló, ni transformó” el trabajo de grado, ha debido absolvérsela, pero no modificar la calificación para condenarla, o, por lo menos, debió anularse la actuación para que la Fiscalía procediera a realizar la correspondiente adecuación típica.

Pide, en consecuencia, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de acusación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal, destaca que las resoluciones de acusación de primera y segunda instancias imputaron a la procesada la conducta descrita en el artículo 51, numeral 3º de la Ley 44, hoy artículo 270 de la Ley 599 de 2000, imputación que se mantuvo incólume hasta el final de la audiencia pública de juzgamiento, tanto en el aspecto fáctico como en el señalamiento del tipo penal infringido. No obstante, el Juzgado de Circuito profirió condena por el delito descrito en el mismo artículo, pero referido a la modalidad comportamental señalada en el numeral 1º, aspecto que fue confirmado en la sentencia del Tribunal.

En criterio de la Delegada, el Tribunal erró en tal aspecto, porque las conductas señaladas en los numerales 1º y 3º del artículo 51 de la Ley 44 (semejantes a las señaladas en los mismos numerales del artículo 270 de la Ley 599 de 2000), contienen diversos presupuestos fácticos, lo que las hace distintas también jurídicamente, lo cual implica que las alegaciones de la defensa o de la acusación

deban recurrir a pruebas diferentes para probar su tesis.

Destaca, así, que el numeral 1º del artículo 51 de la precitada Ley 44, hace consistir la prohibición en “publicar obra inédita sin consentimiento del autor”, en tanto que el numeral 3º reprocha a quien “compendie, mutile o transforme, sin autorización expresa de su titular, una obra...”, de donde son distintos tanto los verbos rectores de los preceptos que describen las conductas, como los ingredientes normativos que en una y otra se exigen.

La acción de “publicar” referida en el numeral 1º, significa dar a conocer de diversas maneras, divulgar. Según el Acuerdo de Cartagena sobre Derechos de Autor, publicar es la “producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”. El tipo penal exige que la obra publicada, sin la aquiescencia del autor, sea “inédita”.

Por su parte, la descripción típica del numeral 3º del mismo artículo 51, no exige su “ineditud”, de donde también las obras publicadas o divulgadas por el autor están protegidas contra la mutilación, transformación o el compendio sin permiso de su creador.

Agrega que, en gracia de discusión, es posible publicar una obra inédita, contra o sin la voluntad de su autor, pero sin que ella haya sido mutilada, transformada o compendiada, esto es, alterada respecto a la creación inicial, conducta que también comprometería la responsabilidad penal del sujeto activo por violación de los derechos morales de autor, según el artículo 51, numeral 1º.

Considera, entonces, la Delegada, que si bien los dos numerales describen sendas facetas del derecho moral fundamental del autor sobre su obra, ellos están concebidos para protegerlo de manera distinta, pues no son conductas idénticas ni semejantes en su descripción fáctica ni en el contenido de la prohibición, y

por tanto es diferente la imputación fáctica como la imputación jurídica.

Por ello, advierte, no puede decirse, tal como lo afirmó el Tribunal, que los presupuestos fácticos de las dos descripciones legales sean iguales ni que la defensa de una y otra puedan ser realizadas de idéntica manera, para de ahí predicar que sí existió congruencia en la decisión atacada.

Además, hace notar que los hechos imputados a la señora GIRALDO se circunscribieron al presunto “plagio” de algunos apartes de la obra de la señora Londoño, que fueron citados por aquella sin reconocer la autoría de esta, conducta que aparece descrita también como punible porque atenta contra los “derechos de paternidad” del autor o autora de la obra, así llamados por la doctrina conocida sobre el tema, en tanto, lo que se desconoce es el reconocimiento del creador o creadora, de quien materializó la idea, comportamiento punible conforme al numeral 2º de la Ley 44.

Como esa fue la conducta imputada a la señora GIRALDO, no le era posible defenderse indistintamente de una acusación por el numeral 1º del artículo 51 de la Ley 44 o por la contenida en el numeral 3º de la misma norma, y por ende, era necesario precisarle tanto el hecho como la norma. Como en la sentencia fue modificada la imputación del pliego de cargos, ocurrió el yerro de incongruencia y, por tanto, las sentencias de instancia deben ser anuladas.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Antes de abordar el análisis de los cargos, encuentra la Sala necesario hacer algunas precisiones en punto de la naturaleza y estructura comportamental del delito de violación de los derechos morales de autor, necesario para contextualizar la imputación que afecta a la procesada LUZ MARY GIRALDO DE JARAMILLO.

A este propósito, se parte de señalar que los derechos de autor son una categoría del

concepto de “propiedad intelectual”¹, que amparan el conjunto de derechos que la ley otorga al creador de una obra literaria, artística, científica, cinematográfica, audiovisual, fonograma, programa de ordenador o soporte lógico (software), para utilizar con exclusividad su creación o autorizar a terceros la utilización de la misma; reproducirla bajo distintas formas; ejecutarla o interpretarla públicamente; grabarla o fijarla por diversos medios; radiodifundirla; traducirla a otros idiomas o adaptarla².

El ámbito de protección que los derechos de autor confieren al creador de la obra, atiende tanto los intereses del reconocimiento de su creación intelectual, como los de índole económica que de allí se derivan, de donde surge la categorización de dos importantes vertientes de protección a la autoría, a saber, los derechos morales y los derechos patrimoniales.

Los primeros protegen la personalidad del autor en relación con su obra, otorgando prerrogativas amplias y exclusivas, con características de perpetuidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad e inembargabilidad. Incluyen el derecho a reivindicar en todo momento la paternidad de la obra, en especial para que siempre se mencione o indique el nombre de su creador en cualquier utilización que de ella se haga, y aún para ocultarlo totalmente (anónimo) o para velarlo bajo un seudónimo; la facultad para decidir sobre la divulgación de la obra o que ella permanezca inédita; a oponerse a cualquier alteración, mutilación o difamación que desvirtúe la naturaleza de la obra o atente contra su propia honra; a retirarla del acceso

¹ Según la doctrina constitucional, las creaciones del intelecto y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales, han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de **propiedad intelectual**, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo (Sentencia de la Corte Constitucional C-1118 de 2005).

² Vicente E. Gaviria Londoño, Delitos contra los derechos de autor, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, 2003.

público aún después de haberlo autorizado, previa compensación económica por los daños que pueda ocasionar a quienes inicialmente les había concedido derechos de utilización ³.

Tales prerrogativas aparecen expresamente consagradas en los artículos 30 de la Ley 23 de 1982 y 11 de la Decisión Andina 351 de 1993. La primera de tales normatividades preceptúa:

“Artículo 30.- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable, para:

a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;

b) Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos;

c) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;

d) A modificarla, antes o después de su publicación;

e) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada”

De allí se deriva que los derechos morales de autor abarcan los siguientes aspectos:

1) Derecho de paternidad, como el derecho de exigir el reconocimiento de la autoría de la obra en cualquier utilización que de ella se haga. Este derecho, como se verá más adelante, surge sin necesidad de ninguna formalidad, por el sólo acto de la creación, se haya o no publicado la obra.

³ Consultado en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, Unidad Administrativa Especial Ministerio del Interior y de Justicia. En www.derautor.gov.co/htm/legal/servicios/conceptos2006/2-2006-4924.doc

2) Derecho de integridad, que es la facultad de impedir cualquier deformación, mutilación, alteración u otra transformación de la obra sin la expresa autorización del titular, incluidas aquellas acciones que ocasionen demérito de la obra o que afecten el honor o la reputación del autor.

3) Derecho de divulgación o de inédito, que es la facultad del autor de decidir si divulga o no su obra, y en qué forma lo hará.

4) Derecho de revelación y ocultación, según el cual el autor puede decidir divulgar la obra con su nombre, con un seudónimo o signo, o de forma anónima, sin que ello signifique una renuncia a la autoría de la misma.

5) Derecho de arrepentimiento y modificación. El primero es el derecho del autor de retirar la obra del medio aún después de haber autorizado su uso; el segundo, el derecho de modificarla a su antojo aún cuando haya cedido sus derechos económicos.

Algunos de tales elementos de protección de los derechos morales de autor están reconocidos en el ámbito de la regulación positiva internacional, específicamente en el Convenio de Berna de 1886, al cual se adhirió Colombia mediante la Ley 33 de 1987, cuyo artículo 6º bis regula el tema en los siguientes términos:

“Derechos morales: 1. Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma; 2. Después de la muerte del autor; 3. Medios procesales.

“1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su

muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección”.

De allí que las prerrogativas que se derivan de los derechos morales de autor sobre su obra son perpetuas, pues subsisten incluso después de la muerte del titular, caso en el cual serán ejercidos por sus herederos o causahabientes, y a falta de estos por el Estado, en los términos del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 23, en cuanto establece que la defensa de los derechos de paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hubieren pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura (Colcultura), hoy Ministerio de la Cultura.

Además, son inembargables e imprescriptibles porque no tienen componentes patrimoniales ni materiales.

Igualmente, de conformidad con la naturaleza inalienable de los derechos morales de autor, éstos permanecen en la esfera del autor y no podrán ser cedidos ni transmitidos, al punto que cualquier disposición contractual o convencional sobre ellos se tendrá como no escrita.

Sólo pueden ser objeto de cesión o disposición los derechos patrimoniales, a los cuales se refirió la Sala en la sentencia de casación del 30 de abril de 2008⁴, señalando que son todos aquellos que se relacionan con la explotación

de la obra, con las retribuciones por su uso y difusión. En ese sentido, otorgan exclusividad al autor para reproducir, comunicar públicamente y transformar su obra. Abarca el derecho de distribución que comprende la venta, el arrendamiento o el alquiler; y el de importación, todos los cuales pueden ser transferidos por el autor a otras personas naturales o jurídicas.

Sobre las dos dimensiones de los derechos de autor ha señalado la jurisprudencia constitucional que:

“El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: la primera, la que se traduce en **el derecho personal o moral**, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.

“La segunda dimensión es la de los denominados **derechos patrimoniales**, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra).

“ Los derechos patrimoniales de autor, en la concepción jurídica latina, son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, ellos no tienen más excepciones que las

⁴ Radicado No. 29.188

establecidas por la ley, pues las limitaciones han de ser específicas y taxativas”⁵.

Ahora bien, el derecho de autor fue reconocido como uno de los derechos básicos de la persona en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo artículo 27 preceptúa:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

“2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Además, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Nueva York, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, se estableció que los Estados deben reconocer el derecho de toda persona a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Acogiendo estos presupuestos básicos, la Constitución Política que rigió en el país hasta 1991, preceptuaba en su artículo 35 que:

“Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley”.

En desarrollo de ese mandato constitucional, la legislación colombiana expidió la Ley 23 de 1982, en cuyos artículos 1º y 2º se establece que los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, cualquiera sea su destinación, y que sus creadores gozan de protección para sus obras en la forma prescrita en esa normatividad.

Se destaca también que el artículo 9º del mismo estatuto establece que la protección brindada a los autores, se basa, como título originario, en la creación intelectual, sin que se requiera República de Colombia registro alguno, pues tal formalidad sólo tiene por objeto prestar una mayor seguridad jurídica a los interesados.

Dichas normas, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-276 de 1996, desarrollan los conceptos básicos que la comunidad internacional acoge como esenciales a la materia, razón por la cual el Constituyente de 1991 optó por utilizar en el artículo 61 de la Carta, el concepto genérico de “propiedad intelectual”, que, como ya se reseñó, abarca los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial, así como otras formas de creación del intelecto, brindándole expresa protección.

El citado artículo 61 preceptúa que:

“El Estado protegerá la propiedad intelectual, por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”

En vigencia de este precepto fue modificada y adicionada la Ley 23 de 1982, a través de la Ley 44 de 1993, que introdujo una reglamentación más detallada, especialmente en cuanto a las infracciones y sanciones por violaciones a los derechos de autor.

Igualmente, cabe destacar que en diciembre de 1993 se aprobó la reglamentación internacional andina en materia de derechos de autor y conexos, creándose un régimen común para los cinco países del Pacto Andino⁶, adoptado en la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a través de la cual se regula lo concerniente a los derechos morales de autor, catalogados como fundamentales, normatividad que por lo tanto se integró al bloque de constitucionalidad, como se anunció por el Tribunal constitucional:

“La Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-276 de 1996.

⁶ En ese entonces, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela.

contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad.”⁷

Ya en la sentencia C-155 de 1998 la misma Corporación había reconocido el carácter de fundamental de los derechos morales de autor:

“Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado”.

Por esas razones superiores, para proteger el derecho de autor a escala internacional, se han creado diferentes organizaciones, convenios, acuerdos y convenciones, entre ellos:

1) La Convención Universal sobre Derechos de Autor⁸, creada por la UNESCO en 1952 y revisada en París el 24 de julio de 1971.

2) El Convenio de Berna⁹, para la protección de las obras literarias y artísticas (creado el 9 de noviembre de 1886) y que ha experimentado sucesivas revisiones

posteriores: París, 4 de mayo de 1896; Berlín, 13 de noviembre de 1908; Berna, 20 de marzo de 1914; Roma, 2 de junio de 1928; Bruselas, 26 de junio de 1948; Estocolmo 14 de julio de 1967; París 24 de julio de 1971; enmendado finalmente el 28 de septiembre de 1979. Su nombre oficial es Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

3) El Convenio de Roma para la protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión, suscrito en Roma el 26 de octubre de 1961¹⁰.

4) Acuerdo entre la Organización Mundial de Comercio (OMC)¹¹ y la OMPI¹² del 22 de diciembre de 1995, que entró en vigor el 1º de enero de 1996. Abarca varios sectores de cooperación entre ambas organizaciones con respecto a la aplicación del acuerdo sobre Derechos de la Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio (ADPIC).

Ahora bien, antes de asumir el análisis de la estructura del tipo penal que protege los derechos morales de autor, es necesario tener claro algunos principios, limitaciones y excepciones que regulan el derecho de autor, los que necesariamente inciden en el ámbito de protección penal.

1. Principio de no protección de las ideas

El derecho de autor protege la forma de expresión y no las ideas por más novedosas y brillantes que estas sean. En ese sentido, el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 23 de 1982, dispone que:

“Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas”.

⁷ Sentencia C-1490 de 2000.

⁸ Fue suscrita por Colombia mediante la Ley 48 de 1975.

⁹ Colombia se adhirió al Convenio mediante la Ley 33 de 1987.

¹⁰ Colombia se hizo miembro del convenio mediante la Ley 48 de 1975.

¹¹ Colombia se hizo miembro de la OMC (Organización Mundial de Comercio) mediante la Ley 170 de 1994.

¹² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

A su vez, el artículo 7º de la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (Acuerdo de Cartagena), establece que:

“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras.

“No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”.

Es posible, como lo advierte el profesor Ricardo Antequera Parilli¹³, que la “idea” sea muy valiosa en sí misma, e incluso que supere en valor a la forma de expresión basada en ella, pero eso no la hace susceptible de protección por el derecho de autor. Así se ha considerado en pronunciamientos jurisprudenciales de diversos países, algunos de los cuales cita el mismo tratadista en la obra reseñada¹⁴, y que dada su pertinencia para la comprensión del tema, se permite transcribir parcialmente la Sala:

“En el orden de la tutela de los derechos de autor, la simple idea, como tal no constituye aún la obra objeto de resguardo legal, toda vez que le falta la realización, la forma concreta, la estructura.¹⁵ “Lo que está protegido por la ley es, pues, la «obra», no la «idea»; en otras palabras, lo que no debe imitarse es «la obra» que materializa la o las «ideas», pero no éstas [...] Las ideas constituyen el contenido de las «obras» y sólo están protegidas éstas, a diferencia de aquéllas, que cuando se difunden son susceptibles de ser aplicadas por cualquiera, sin que con ello se viole ningún derecho del autor de la obra”¹⁶.

¹³ En su obra “Estudios de derecho Industrial y Derecho de Autor”, publicada por la Universidad Javeriana y la Editorial Temis, pag. 158.

¹⁴ Íbidem. Pags. 158 y 159.

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E (Argentina). Fallo del 1-10-1981, citado por Miguel Ángel Emery, Propiedad Intelectual, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 14/La Ley, 1981-D-378.

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D (Argentina). Fallo 18-5-1987, en El Derecho (t. 126),

“(…)

“[...] aunque sean creaciones del espíritu, las ideas no implican derechos de propiedad o de exclusividad. En consecuencia, el hecho de que alguien utilice una idea desarrollada por otro, no constituye por sí mismo una violación a las reglas del derecho de autor, ni configura un acto ilícito, ni da origen al derecho a ser indemnizado [...].”¹⁷

“[...] cuando la Ley de Propiedad Intelectual alude a obras literarias, artísticas y científicas como objeto del derecho de propiedad intelectual [...] está haciendo referencia a formas de expresión, no a contenidos, por la elemental razón de que no son las ideas científicas, literarias o artísticas las que constituyen dicho objeto, sino su «expresión» en las «obras» correspondientes”.¹⁸

“(…)

“La idea, como mera elucubración del pensamiento, no es un objeto apropiable por ser indefinida en sus perfiles y, por tanto, no cognoscible, lo que impide su apropiación y reproducción; toda obra literaria y artística, como toda idea, es en realidad una abstracción, pudiendo afirmarse que más que las ideas en sí, lo que protege la ley de Propiedad Intelectual, es la expresión de las ideas del autor [...] la originalidad se ha de predicar no sobre la idea plasmada, sino sobre la forma de expresión [...]”.¹⁹

“Claramente el alcance de la protección por derecho de autor no llega tan lejos. Se necesita un principio limitante. Esto lo proporciona la

págs. 320-323.

¹⁷ Superior Tribunal de Justicia, 3ª Cámara (Brasil). Sentencia del 22-9-2006, a través del portal del Tribunal de Justicia, en <http://www.stj.gov.br>.

¹⁸ Tribunal Supremo Español. Fallo del 9-6-2001. Extracto de la sentencia en la Base de Datos de Jurisprudencia del Cerlalc (selección, disposición y comentarios por Ricardo Antequera Parilli), en <http://www.cerlalc.org/derechoen linea/dar/index.php>.

¹⁹ Audiencia Provincial de Madrid (20-4-1998). Texto del fallo en Actas de Derecho Industrial y derechos de Autor, t.XIX, Instituto de Derecho Industrial/Universidad de Santiago (España), Madrid, Marcial Pons, 1998, págs. 628-633.

distinción clásica entre una «idea» y la «expresión» de esa idea. Es un axioma de la ley del derecho de autor que la protección otorgada a una obra protegida por derecho de autor se extiende solamente hasta la expresión particular de la idea y nunca a la idea misma. Este principio trata de reconciliar dos intereses socialmente competitivos: recompensar la creatividad y el esfuerzo de un individuo mientras se permite al mismo tiempo que la nación disfrute de los beneficios y progresos del uso del mismo tema objeto [...] La dicotomía idea-expresión ha sido criticada por algunos comentaristas como fuera de moda porque se desarrolló bajo una legislación anterior, más estrecha, la cual desde entonces ha sido ampliada considerablemente [...]. Sin embargo, la diferencia conceptualiza con exactitud los elementos fundamentales de una creación artística y balancea los intereses competitivos inherentes a la ley de derecho de autor.”²⁰

De esa manera, el derecho comparado ilustra con claridad que la protección que otorga el derecho de autor no abarca, por sentido lógico, las ideas, porque éstas son fuente de creación, que propician el desarrollo del conocimiento y como tales, circulan libremente en la sociedad, sirviendo de motor para el desarrollo de las naciones. El autor de una obra no puede, entonces, monopolizar un tema literario, o una idea artística, política o publicitaria, o un conocimiento científico o histórico.

Y esa es la razón que explica que frente a una misma idea, existan cientos o miles de obras que tratan sobre esta, sin que ello signifique violación de los derechos de autor frente al genuino pensador de la idea, pues, se reitera, lo que protege el derecho es el estilo, el lenguaje, las formas utilizadas para expresar el pensamiento humano.

La doctrina también reconoce este principio, al señalar:

“Una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son retomados infinidad de veces.

²⁰ Corte de Apelaciones del Noveno Circuito (Estados Unidos). Sentencia del 12-10-1997 (562 F.2d 1157; 1977 U.S. App). Texto del fallo en www.csba.uncwill.edu/classes.

En su desarrollo, cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad. En ocasiones el resultado es altamente enriquecedor, en otras trivial, pero lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo.”²¹

Además, el principio de no protección de las ideas, ha sido reiterado en múltiples conceptos emitidos por la Dirección Nacional del Derecho de Autor de Colombia, entre ellos, el rendido el 13 de octubre de 2007²², en el cual se expresó:

“La protección del derecho de autor recae sobre la obra como expresión del espíritu del autor y no se protegen las ideas que son fuente de creación. Las ideas circulan en la sociedad, de donde el autor las toma y agregándoles elementos de su individualidad las convierte en obras.

“El Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi), sobre derecho de autor y derechos conexos, voz 262, pág. 268, al definir obra, establece: “[...] No son obras las reproducciones mentales que no hayan sido elaboradas en una forma específica de expresión, por ejemplo, las meras ideas o métodos”.

“En efecto, el derecho de autor no puede conceder derechos exclusivos que tengan como objeto las ideas, por el contrario, debe propender a establecer un equilibrio entre ese interés particular de los autores frente al interés público de la sociedad al libre acceso al conocimiento y a la cultura, que en últimas constituye el motor de desarrollo de los pueblos y lo que genera la producción de las obras del intelecto. Lo que protege el derecho de autor no es más que la forma en que se expresan las ideas, informaciones y opiniones, en su sentido

²¹ Delia Lipszyc, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, UNESCO/Cerlalc-Zavalía, 1993, pag. 62. Citado por Ricardo Antequera Parilli en obra referenciada, pag. 163. De todas maneras, el libro puede ser consultado en la Sede del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlac).

²² Radicado No. 2-2005-9839.

preciso, quedando en libertad los particulares de tomar esos mismos contenidos y desarrollarlos y expresarlos en diferente forma...”.²³

De esa manera, es fundamental en el análisis de una conducta que involucra la violación de los derechos morales de autor, distinguir la libre utilización de las ideas, con la apropiación de las formas concretas de expresión de esas ideas, pues sólo en éste último evento tendrá cabida el derecho penal.

Además, derivado del principio de que se trata, la doctrina ha considerado que no son objeto de protección del derecho de autor, por no ser consideradas obras en sí mismas, las fórmulas matemáticas, físicas o químicas, los descubrimientos científicos, las reglas de un juego de mesa o de azar y los planes financieros o de negocios, por más novedosos que ellos sean.²⁴

2. Principio de originalidad

El artículo 3º de la Decisión Andina 351 de 1993, define “obra” como “toda creación intelectual **original** de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”, definición de la cual surge otra característica afín al derecho de autor, a saber, el concepto de “originalidad”, que hace referencia a la “individualidad” que el autor imprime en la obra y que permite distinguirla de cualquier otra del mismo género, tal como lo ha entendido el Tribunal Andino de Justicia al expresar que la originalidad “no es sinónimo de «novedad», sino de «individualidad»; vale decir, «que exprese lo propio de su autor; que lleve la impronta de su personalidad”.²⁵

De allí que la “originalidad” no puede ser entendida como “novedad”, sino como la singularidad o individualidad que tiene la obra

para reflejar la impronta de su creador, característica que permite a su vez que en cualquier momento pueda retomarse una idea o determinado asunto para plasmarle otra individualidad. De la misma manera, no puede confundirse el requisito de originalidad con el mérito artístico, científico o literario de una obra. En este sentido, es válido el ejemplo que trae el profesor Wilson R. Ríos Ruiz²⁶, de acuerdo con el cual, si un grupo de artistas se reúne en una plaza pública para plasmar en sus lienzos determinada situación, como la caída del sol, el atardecer o el amanecer, utilizando la misma técnica, cada obra será original y protegida por el derecho de autor, en la medida en que involucra el esfuerzo intelectual, talento e impronta personal del artista, pese a que todas describan la misma situación particular.

Esta característica se evidencia aún más en el campo literario, pues muchas obras pueden tratar sobre el mismo tema, pero todas pueden ser originales siempre que tengan diferentes formas de expresión, aunque pueden presentarse casos de plagio por simulación, en las que se aparenta una personalidad propia del sujeto que la copia, aunque está tomando la del autor original.

Por lo mismo, no será titular del derecho de autor la persona que transcribe lo dicho por otra, puesto que lo que escribe no refleja su personalidad. Es lo que sucede, por ejemplo, con la labor del dibujante que sigue las instrucciones y el diseño del arquitecto, o la del transcriptor de música que traslada al pentagrama la melodía que le señala el compositor.²⁷

Se concluye de allí que la tutela del derecho de autor abarca toda obra²⁸ literaria, artística y científica realizada por un autor -persona física-, en la cual se concreta materialmente una idea, cualquiera sea su modo de expresión,

²³ Consultar en <http://www.derautor.gov.co>

²⁴ Wilson R. Ríos Ruiz, “La propiedad intelectual en la era de las tecnologías”. Universidad de los Andes, Facultad de derecho. Ediciones Uniandes. Editorial Temis, Pág. 26.

²⁵ Proceso 10-IP-1999, citado por Natalia Tobón Franco y Eduardo Varela Pezzano, en su obra “Derecho de Autor para Creativos”. Editorial Ibáñez.

²⁶ En su obra “La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías”. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Editorial Temis .Pag.27

²⁷ Ejemplos traídos por el profesor Ricardo Antequera Parilli, en la obra “Derechos de autor. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Dirección Nacional del Derecho de Autor, Venezuela, 1998, pág. 127.

²⁸ Dentro del concepto especificado.

entre ellos, los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas, las composiciones musicales con o sin letra.

También abarca las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.²⁹

3. Otros principios secundarios

3.1. Principio de no relevancia del mérito y destinación de la obra.

La protección de la obra emana del sólo hecho de la creación, sin que importe en absoluto su calidad, temática, destinación, originalidad o finalidad (Ley 23 de 1982, artículos 2º y 6º, inciso 2º; Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, artículos 4º y 7º), siempre que enseñe un esfuerzo intelectual palpable en su realización, en el que el autor haya impreso y plasmado su sello personal³⁰.

De allí que toda obra por más burda o carente de arte que parezca a los ojos de otra persona, está protegida por el derecho de autor.

3.2. Principio de protección inmediata o de ausencia de formalidades

De acuerdo con este principio, la obra está protegida desde el mismo momento en que se crea, sin que se requiera registro, depósito o formalidad alguna (Convenio de Berna, artículo 5º, numeral 2³¹; Ley 23 de 1982, artículo 9³²;

Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, artículo 52³³). De allí que, en materia de derechos de autor, el registro ante la entidad respectiva³⁴ es un acto meramente declarativo y no constitutivo, pues lo único que se busca a través de él es brindar mayor seguridad jurídica al titular del derecho, en la medida en que el artículo 4º del decreto 460 de 1995 establece una presunción de autoría y titularidad para quien aparezca inscrito en el registro como autor, presunción legal que admite prueba en contrario.

A su vez, para determinar quién es el autor de la obra en los eventos en que no media el registro, los artículos 10º de la Ley 23 de 1982 y el 8º de la Decisión 351 de 1993, señalan que será considerada como tal la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualquier otro signo que lo identifique, aparezca impreso o indique autoría en el texto de la obra, salvo prueba en contrario.

4. Limitaciones y excepciones al derecho de autor

Es importante advertir que como todo derecho, el de autor también tiene limitaciones que buscan mantener el equilibrio entre el interés individual del titular de los respectivos derechos y el derecho de la sociedad a la difusión de la cultura y el acceso al conocimiento.

“El derecho de autor entiende a la obra como un bien patrimonial de naturaleza especial, acreedora de prerrogativas similares a las de la propiedad común. Por ende, es objeto de restricciones que imponen las obligaciones que el Estado hace soportar sobre los bienes de los

²⁹ Convenio de Berna, Artículo 2º, numeral 1º.

³⁰ Wilson R. Ríos Ruiz, obra citada, pag.28.

³¹ “El Goce y ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”

³² “La protección que esta ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen”.

³³ “La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el derecho de autor y los derechos conexos, en los términos de la presente decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente decisión”

³⁴ Registro Nacional de Derecho de Autor.

particulares. De este modo, ante la presencia de una serie de prerrogativas generales (educación, cultura e información), la prevalencia del interés común debe instrumentalizarse respecto de las obras literarias y artísticas. Esta necesidad otorga legitimidad a las limitaciones y excepciones, en tanto dichas herramientas confieren elementos suficientes para salvaguardar las garantías constitucionales interferidas por el acceso a los bienes culturales”³⁵.

En ese sentido, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas³⁶, la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, contienen un régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor, que permiten, en ciertas circunstancias, utilizar textos de terceros sin obtener autorización del autor o titular y sin el pago de remuneración o contraprestación alguna, siempre y cuando se respeten y cumplan los requisitos establecidos en la misma normatividad.

Si bien es cierto que tales limitaciones abarcan el aspecto patrimonial del derecho de autor, sin que puedan ser predicables de los derechos morales, pues como ya se dijo estos son irrenunciables, inalienables y perpetuos, de todas maneras se hace necesario hacer referencia a algunas de ellas, en la medida en que se trata de usos permitidos que en ciertas circunstancias podrían afectar los derechos morales de autor.

a) **El derecho de cita.**

Es la potestad que tienen las personas de reproducir o utilizar breves fragmentos de obras de otros autores sin pagarles contraprestación alguna, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Aparece regulado en el artículo 10º del Convenio de Berna, en el artículo 31 de la Ley 23 de 1982 y en el artículo 22, literal a) de la decisión andina 351, en los siguientes términos:

³⁵ Hernán Correa Cardozo. “Retos del entorno digital al régimen de limitaciones y excepciones”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. Pags. 104 y 105.

³⁶ Al cual se adhirió Colombia el 4 de diciembre de 1987.

CONVENIO DE BERNA

ART. 10 – Derecho de cita: PÁRRAFO 1) “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”.

LEY 23 DE 1982

ART. 31 – Derecho de cita: “Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra. Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas”.

DECISIÓN 351 DE 1993

ART. 22 – Derecho de cita: LITERAL a) “Será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga”.

En relación con el derecho de cita, es importante reseñar que de acuerdo con el concepto emitido el 25 de mayo de 2006³⁷ por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, la cita es viable sobre cualquier tipo de obra y no sólo sobre obras literarias. Así se pronunció ese órgano de vigilancia y control:

“Con el establecimiento del derecho de cita, el artículo 22 literal a) de la decisión andina 351 de 1993 no hace distinción en cuanto al tipo de

³⁷ Referencia 2-2006-4924.

derecho que pretende limitar, así como tampoco define las características de la creación susceptible de ser citada, o el tipo de obra que puede incluir en su contenido algún aparte de una obra preexistente.

“Al respecto resulta pertinente citar el siguiente aparte de la Guía del Convenio de Berna, al tenor del cual el derecho de cita se predica de todo tipo de obras.

“(…)

“El empleo de la cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse, indistintamente, en un libro, en un diario, en una revista, en una película cinematográfica, en una grabación sonora o visual, e una misión radiofónica o televisiva, etc.”

De otro lado, el concepto de “usos honrados” que trae el artículo 22 de la decisión andina 351, se encuentra definido en el artículo 3º de la misma normatividad, como aquellos que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

Alrededor de este punto, en el derecho continental se ha consolidado la llamada “doctrina de los tres pasos” (three steps rule), que se usa para determinar cuándo hay un uso honrado de una obra protegida por el derecho de autor, la cual señala que en tales eventos se deben verificar la concurrencia de los siguientes aspectos:

- 1) Que la limitación o excepción esté prevista expresamente;
- 2) Que no se atente contra la explotación normal de la obra;
- 3) Que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor.

La fuente de esta doctrina se encuentra, entre otras normas de carácter internacional, en los artículos 9.2 del Convenio de Berna y 21 de la Decisión 351 de 1993.

El primero señala:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción

de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

El segundo precepto determina que:

“Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la norma explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”.

En los países de tradición jurídica anglosajona, cumpliendo la misma función de la “doctrina de los tres pasos”, se ha consolidado el concepto de un “uso justo” o “fair use”, según los siguientes factores ³⁸:

- 1) El propósito del uso de la obra: Se trata de verificar si la obra se pretende utilizar con fines comerciales o con propósitos no lucrativos;
- 2) La naturaleza del trabajo protegido;
- 3) La cantidad y sustancialidad de la porción usada del trabajo;
- 4) El efecto del uso en el mercado potencial de la obra.

Lo esencial en el ejercicio del derecho de cita, es que se preserve el derecho moral que le corresponde al autor, dando estricta aplicación a lo preceptuado en el artículo 10º, numeral 3º, del Convenio de Berna, en cuanto dispone que:

“Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente”.

Esta regla es consecuencia lógica del uso que se autoriza de apartes de una obra ajena y tiene como objeto preservar y mantener a salvo

³⁸ Se toma el resumen y traducción traída por Natalia Tobón Franco y Eduardo Varela Pezzano en obra citada, pag. 72.

los derechos morales que le corresponden al titular de la obra u obras que se utilizan como ilustración o fuente de consulta. La mención de la fuente abarca tanto al editor de la obra, como a la fuente mediata y secundaria; o si se trata de una fuente de consulta que se toma de la red Internet, es necesario citar el sitio web. Además, en el uso de la cita, “el nombre del autor o los autores es indiscutible e infaltable”.

39

En relación con lo que debe entenderse por “medida justificada por el fin que se persiga”, cabe traer a colación el concepto emitido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor el 25 de mayo de 2006⁴⁰, del siguiente tenor:

“Esta condición hace referencia a la proporcionalidad que debe existir entre el fin que se persigue con la cita de una obra y la extensión de tal uso.

“Así, ordinariamente es aceptado que la cita de una obra debe tener como principales finalidades la ilustración de una idea, concepto o tesis o incluso el análisis crítico de la obra citada.

“Nuestra anterior legislación (Ley 86 de 1946, artículo 15), permitía el derecho de cita, limitándolo a mil palabras de obras literarias o científicas o cuatro compases de obras musicales, parámetros que en la actualidad no son aplicables y en consecuencia queda al arbitrio del juez establecer hasta qué punto se realizó el uso de una obra amparado en el derecho de cita o que existió una reproducción no autorizada. A tal efecto, el juez además de tener en cuenta que la reproducción amparada en el derecho de cita debe efectuarse sin atentar contra la normal explotación de la obra y sin causar un perjuicio injustificado a los intereses del autor (uso honrado), deberá analizar el contexto de la cita y el fin que el autor perseguía con la misma.

“De tal manera, la medida justificada apunta básicamente a determinar la extensión y el contexto en el cual la obra será citada. Tal

como se ha mencionado nuestro ordenamiento jurídico no consagra una limitación cuantitativa (extensión de la cita), sin embargo de las circunstancias cualitativas deviene que una utilización libre de la obra pueda adelantarse o no al amparo de un derecho de cita. Por tal razón se analiza la proporcionalidad entre el uso de la obra citada y el fin perseguido por el autor que incluye un aparte de aquella creación.

“No es tarea sencilla establecer criterios absolutos para determinar dicha proporcionalidad, cada caso en concreto deberá analizarse con sus específicas variables y, en última ratio, corresponderá a los jueces de la República determinar si se ha dado cumplimiento a dicho requisito.

“Al respecto la Guía del Convenio de Berna manifiesta lo siguiente: “En tercer lugar, la cita deberá hacerse <<en la medida justificada por el fin que se persiga>>. Nos encontramos aquí con la noción reciente que, a partir de la revisión de Estocolmo (1967), figura también en varias disposiciones del Convenio, aunque es cierto que ya se encontraba en el párrafo 2) del artículo 10 del texto de 1948. El cumplimiento de esta condición, lo mismo que el de la condición precedente (hace relación al apego que debe existir entre la cita y los usos honrados) es algo que ha de averiguarse en cada caso concreto y que, si es objeto de litigio, se confiará a la apreciación de los tribunales. Por ejemplo: no puede ser culpado ni demandado el redactor de una obra de literatura o de historia que ilustra sus explicaciones con unas cuantas citas, de conformidad con los usos generalmente admitidos en la materia y dentro de los límites de la necesidad de demostrar sus tesis acerca de las influencias de una época cualquiera. En cambio, si utiliza abusivamente extractos de otras obras en forma desproporcionada a la finalidad que su exposición persigue, corresponderá a los tribunales decidir si sus citas pueden ser consideradas lícitas o no”.

³⁹ Wilson R. Ríos Ruiz, obra citada, pag. 114.

⁴⁰ Oficio No. 2-2006-4924. Consultar en www.derechodeautor.gov.co

⁴¹ MASOUYE, Claude. Guía del Convenio de Berna. Obra editada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1978, p. 67.

“En suma, entendemos el derecho de cita como la potestad con la cual cuenta el usuario para reproducir o utilizar breves fragmentos de obras, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, se realice de acuerdo con los usos honrados (es decir, que en desarrollo de dicha cita no se tente contra la normal explotación de la obra, ni se cause un perjuicio injustificado al autor) y en la medida que exista una proporcionalidad entre el fin perseguido y el uso de la obra citada”.

b) Las reproducciones con fines de enseñanza

De la misma manera, esta limitación al derecho de autor se encuentra consagrada en el artículo 10º, numeral 2º, del Convenio de Berna, en el artículo 32 de la Ley 23 de 1982 y en el literal b) del artículo 22 de la Decisión Andina 351, en los siguientes términos:

CONVENIO DE BERNA

ART. 10 – Derecho de cita: PÁRRAFO 1) “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”.

LEY 23 DE 1982

ART. 31 – Derecho de cita: “Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra. Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas”.

DECISIÓN 351 DE 1993

ART. 22 – Derecho de cita: LITERAL a) “Será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin

el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga”.

Lo importante en este uso es que la reproducción tenga relación directa o se encuentre vinculada con la enseñanza y que estén presentes los requisitos de: i) ausencia de ánimo de lucro; ii) utilización sólo en la medida justificada por el fin que se persigue; y iii) mención del nombre del autor y el título de las obras utilizadas, a fin de que no se atente contra los derechos morales de autor.

c) La reproducción para uso personal

Esta limitación se encuentra consagrada en el artículo 9º, párrafo 2º, del Convenio de Berna, en los artículos 37 y 44 de la Ley 23 de 1982 y en el artículo 3º de la Decisión Andina 351, en los siguientes términos:

CONVENIO DE BERNA

ART: 9 – Derecho de reproducción: PÁRRAFO 2) “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

LEY 23 DE 1982

ART. 37 – Derecho de reproducción: “Es lícita reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro”.

“Artículo 44. Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro”.

DECISIÓN 351 DE 1993

ART. 3 - USO PERSONAL

“Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal”.

Existe una diferencia entre “copia privada” y copia para “uso personal”. La primera expresión, utilizada en la Ley 23 de 1982, es un concepto más amplio, pues implica que la reproducción se puede realizar en una órbita privada, pero en la que puede concurrir un número plural de personas, por ejemplo, un grupo o equipo de trabajo⁴².

En cambio, la expresión “uso personal”, utilizada en el artículo 3º de la Decisión Andina, implica una restricción expresa para el uso de un individuo, pues así se deduce de la palabra “personal”.

d) Reproducción de artículos de actualidad

CONVENIO DE BERNA

ART. 10 bis – De algunos artículos:

PÁRRAFO 1) “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección”.

LEY 23 DE 1982

ART. 33 – De algunos artículos:

“Pueden ser reproducidos cualquier artículo, fotografía, ilustración y comentario relativo a acontecimiento de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, si ello, no hubiere sido expresamente prohibido”.

DECISIÓN 351 DE 1993

ART. 22 – De algunos artículos

LITERAL e) “Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente”.

Se trata de una excepción en favor de los medios de comunicación en aras de salvaguardar el derecho de información, que autoriza el uso de materiales protegidos por el derecho de autor que estén inmersos en eventos o acontecimientos de actualidad, siempre y cuando la utilización sea hecha en la medida justificada por la finalidad informativa que se busca y la reproducción, radiodifusión o transmisión públicas no hubiesen sido expresamente prohibidas.

Sobre el alcance de esta limitación, se pronunció la Dirección Nacional de Derecho de Autor en el concepto emitido el 13 de octubre de 2005⁴³, en los siguientes términos:

“De lo anteriormente transcrito se concluye que un tercero está facultado para hacer uso de un artículo de actualidad, de discusión económica, política o religiosa sin necesidad de autorización previa y expresa de su creador cuando:

- Se trate de una reproducción o de una distribución,

- Dichos usos se realicen a través de prensa, radiodifusión o transmisión pública por cable,

- Siempre que el artículo reproducido o distribuido hubiere sido publicado en periódicos o colecciones periódicas o que sean obras radiodifundidas,

- Su reproducción, radiodifusión o transmisión pública no hubiese sido prohibida.

⁴² Wilson R. Ríos Ruiz, obra citada, pag. 123.

⁴³ Radicado No. 2-2005-9839.

“Corolario de lo expuesto se concluye adicionalmente que la prerrogativa de reproducir o distribuir una obra de las anteriores características y en las condiciones previstas sólo puede ser ejercida por un medio de comunicación.

“Las noticias del día, o los sucesos que tengan simples informaciones de prensa, no están protegidas por el derecho de autor; sin embargo, cuando dichos sucesos o noticias se expresen o describan a través de obras literarias o artísticas, el autor de las mismas goza de las prerrogativas tanto morales como patrimoniales reconocidas por la legislación autoral.

“No obstante, eventualmente se puede hacer uso de las obras sin contar con la previa y expresa autorización del autor, siempre y cuando tales usos se adecuen a una de las limitaciones y excepciones descritas por el legislador...”⁴⁴

e) Reproducción de obras en favor de bibliotecas y archivos

LEY 23 DE 1982

ART. 38 – Bibliotecas: “Las bibliotecas públicas pueden reproducir, para el uso exclusivo de sus lectores y cuando ello sea necesario para su conservación, o para el servicio de préstamos a otras bibliotecas, también públicas, una copia de obras protegidas depositadas en sus colecciones o archivos que se encuentren agotadas en el mercado local. Estas copias pueden ser también reproducidas, en una sola copia, por la biblioteca que las reciba, en caso de que ello sea necesario para su conservación, y con el único fin de que ellas sean utilizadas por sus lectores”.

DECISIÓN 351 DE 1993

ART. 22 – Bibliotecas: LITERAL c) “Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o

archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines: 1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o, 2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado”.

A esta excepción, no contemplada en el Convenio de Berna, se refirió la Dirección Nacional de Derecho de Autor en el concepto emitido el 29 de septiembre de 2006⁴⁵, en el que se concluye, en términos generales que: i) el contenido de la limitación queda restringido a la “reproducción” de la obra, por lo que se excluyen usos diferentes como su comunicación pública o distribución; ii) los únicos legitimados para hacer uso de esta limitación son las bibliotecas⁴⁶ o archivos cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro; iii) la reproducción de la obra tiene que tener como fin exclusivo la preservación o sustitución de un ejemplar en caso de extravío, destrucción o inutilización.

Además, se advirtió en el mismo concepto que la reproducción autorizada en el artículo 22, literal c), de la Decisión Andina, “puede realizarse antes o después de la destrucción, extravío o inutilización del respectivo ejemplar”.

Igualmente, que la biblioteca o archivo “debe tener fundadas, ciertas y concretas razones, a partir de las cuales se haga necesario la reproducción con fines de conservación”. Lo anterior, agregó “por cuanto el ejercicio de la mencionada limitación no puede convertirse en un mecanismo que afecte la normal explotación de la obra o los legítimos intereses del autor”.⁴⁷

⁴⁵ Radicado No. 2-2006-9790

⁴⁶ Según la UNESCO, la biblioteca es una “organización establecida, apoyada y financiada por la comunidad, tanto a través de una autoridad u órgano local, regional o nacional o mediante cualquier otra forma de organización colectiva. Proporciona acceso al conocimiento, la información y las obras de creación gracias a una serie de recursos y servicios y está a disposición de todos los miembros de la comunidad por igual, sean cuales fueran su raza, nacionalidad, edad, sexo, religión, idioma, discapacidad, condición económica, laboral y nivel de instrucción” (consultar en www.unesco.org).

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁴ Consultar en <http://www.derautor.gov.co>

f) Reproducción de obras para fines judiciales

El artículo 42 de la Ley 23 de 1982 y el literal d) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece una excepción a favor de las actuaciones judiciales o administrativas, en las que se imponga reproducir materiales protegidos dentro de procesos adelantados en esas instancias, en los siguientes términos:

LEY 23 DE 1982

ART. 42. “Es permitida la reproducción de obras protegidas o de fragmentos de ellas, en la medida que se estime necesaria por la autoridad competente, para su uso dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado”.

DECISIÓN 351 DE 1993

ART. 22 LITERAL d) Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga”.

De allí que no se puede restringir el libre acceso a toda clase de obra, o a su reproducción, cuando ello sea necesario para los intereses de la administración de justicia o para probar o determinar una situación en un procedimiento administrativo, con la única limitación de que el uso lo sea en la medida justificada por el fin que se persiga.

g) Reproducción de normas y decisiones judiciales

El artículo 41 de la Ley 23 de 1982, autoriza a cualquier persona “reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido”.

h) Reproducción y utilización de obras situadas en lugares públicos o abiertos al público.

Partiendo del reconocimiento de que las obras situadas en lugares públicos o abiertos al público, reportan una potencialidad de uso no restringido, la ley establece una excepción al

derecho de autor sobre tales obras, de acuerdo con la cual cualquier persona podrá:

LEY 23 DE 1982

ART.39. “...reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, y distribuir o comunicar públicamente dichas reproducciones o obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura, esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior”.

DECISIÓN 351 DE 1993

ART. 22 LITERAL h) “Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público”.

Lo importante de esta excepción es la exigencia de que la obra se encuentre situada de forma **permanente** en lugar público, de tal suerte que las obras que se exhiben de manera ocasional en un sitio público o abierto al público, no estarían cubiertas, en principio, por esta excepción.

5. Sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones

El artículo 91 de la Ley 23 de 1982 preceptúa que los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo son de propiedad de la entidad pública correspondiente. No obstante, la misma disposición excepciona “las lecciones o conferencias de los profesores” y deja a salvo los derechos morales del autor de la obra creada en cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales, siempre que su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas. La norma es del siguiente tenor:

“Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.

“Se exceptúan de esta disposición las lecciones o conferencias de los profesores.

“Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas”.

Sobre esta norma, se pronunció la Dirección Nacional de Derecho de autor en los siguientes términos:

“El texto transcrito señala que las obras creadas por el servidor público en las condiciones establecidas en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, tendrá por autor a la persona natural que las creó, quien conservará las prerrogativas de índole moral, pero la entidad estatal será quien detente los derechos patrimoniales, es decir, la facultad de explotar libremente las obras y autorizar su utilización por parte de terceras personas. En tales circunstancias se encuentra por ejemplo el programa de computador creado por el servidor de la entidad pública, siguiendo los requerimientos o lineamientos señalados para que satisfaga las necesidades de la institución, y las obras literarias o artísticas (verbi gratia los mapas, los planos, las obras audiovisuales, los croquis, las fotografías, entre otras) elaboradas por los servidores públicos de las entidades estatales, que tiene a su cargo la creación de dichas obras.

“Es procedente resaltar, que las obras artísticas o literarias, cuyo titular es el Estado no son de dominio público⁴⁸, por el contrario son bienes inmateriales, que se encuentran dentro del patrimonio del Estado, bajo la categoría de bienes fiscales,⁴⁹ por tal razón

⁴⁸ Son aquellos bienes que son de la Nación y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la misma.

⁴⁹ Son aquellos que pertenecen al dominio de la nación, pero cuyo uso **no** le pertenece generalmente a los habitantes. Se encuentran dentro del patrimonio privado del Estado, por consiguiente son bienes comerciales, enajenables, embargables e imprescriptibles.

para cualquier uso de las obras que se pretenda realizar debe contarse con la previa y expresa autorización de la entidad estatal.

“2. Titularidad de los derechos patrimoniales de la obra que se realiza fuera de las funciones legales y constitucionales.

“Las creaciones del servidor público catalogadas como obras, pero que no se realizan en función de la actividad propia de su cargo se consideran como un bien más de su acervo patrimonial, en consecuencia, tienen toda la protección legal que el régimen jurídico le aporta en esta materia; así el servidor público en general podrá ejercer los dos tipos de prerrogativas que establece la ley, según se ha enunciado en precedencia, el derecho moral y el derecho patrimonial.

“Frente a la facultad de negociación del servidor público, como autor de una obra realizada fuera de sus funciones legales y constitucionales, con las entidades públicas, se hace necesario aclarar la vigencia del artículo primero de la Ley 44 de 1993, en relación a lo dispuesto en el artículo octavo de la Ley 80 de 1993, pues esta última norma inhabilita a los servidores públicos para contratar con las entidades estatales, y no hizo mención expresa de esta situación en su artículo décimo. Al respecto varios comentarios se ofrecen necesarios.

“Si bien la Ley 80 de 1993, “Estatuto de la Contratación Administrativa”, en su artículo 8º establece la inhabilidad del servidor público para celebrar contratos de cualquier tipo con la administración, esta disposición no cubre el ámbito de las obras literarias y artísticas, por cuanto la Ley 44 de 1993, en su artículo primero introdujo la posibilidad específica que tienen los servidores públicos autores de obras para celebrar sobre ellas contratos con entidades públicas. Al respecto el Consejo de Estado se pronunció señalando que el artículo primero de la Ley 44 de 1993, se considera de carácter especial respecto del Estatuto de Contratación Administrativa y en consecuencia, en materia de derecho de autor, se aplica el mencionado artículo.⁵⁰

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,

“De tal manera, el artículo 1 de la Ley 44 de 1993, dispone:

“Los empleados y funcionarios públicos que sean autores de obras protegidas por el Derecho de Autor, **podrán disponer contractualmente de ellas** con cualquiera entidad de derecho público”.

“Teniendo en cuenta lo anterior, y en el sentido natural y obvio de la norma, queda claro que el servidor público creador de obras literarias o artísticas, que no esté dentro del marco de las obligaciones constitucionales o legales de su cargo, conserva todas las prerrogativas patrimoniales sobre dichas creaciones intelectuales”⁵¹.

5. El derecho de autor en instituciones de enseñanza.

Por tener directa relación con el caso que debe resolver la Sala en este proceso, es necesario hacer algunas precisiones en relación con las obras creadas dentro de las instituciones de enseñanza.

En primer lugar, se parte de señalar que el tema de los derechos de autor sobre obras realizadas por profesores y estudiantes en ejercicio de sus labores académicas, se rige por las reglas generales aquí analizadas. Por lo tanto, los derechos surgen en favor del autor sin considerar el fin para el cual fue creada la obra, siendo además irrelevante la calidad del creador, es decir, la ley no distingue si es un estudiante, un profesor o un investigador, así como tampoco es preciso establecer dónde tuvo lugar la creación o el tiempo que se haya utilizado, a efectos de esa misma protección⁵².

Así, por ejemplo, los derechos de autor sobre una obra literaria, como lo sería un trabajo de

grado, tesis o monografía⁵³, serán, en principio, de la persona que la realizó, de quien la elaboró imprimiendo todo su ingenio e inteligencia. “Es su expresión la que queda plasmada en lo producido, siendo por lo tanto el titular de los derechos morales y patrimoniales de la creación. En consecuencia, si la obra es realizada por un estudiante, será él, a la luz de la legislación vigente en materia de derecho de autor, el titular de todas las prerrogativas y facultades que la misma concede”.⁵⁴

No obstante, existen situaciones y circunstancias que eventualmente hacen surgir derechos a favor de la institución de educación y/o de los directores, coordinadores o asesores de trabajo o tesis de grado, respecto de los cuales la Dirección Nacional de Derecho de Autor conceptuó en la circular reseñada que:

“El director de un trabajo de grado es por lo general un profesor de la institución de educación superior, a quien ésta le encomienda la tarea de brindar orientaciones o recomendaciones a uno o más estudiantes, quienes pretendiendo optar por su título profesional deben preparar un escrito o una expresión artística como un plano, una maqueta, una pintura, una composición musical, un audiovisual, etc. Su labor se concreta a señalar parámetros o líneas de investigación que inspiren al estudiante a fin de preparar finalmente su trabajo de grado. De tal forma, se considera como autor de la obra a la persona que expresó y plasmó sus ideas mediante dicho trabajo.

“En consideración a ello, el autor único y exclusivo será el estudiante que organizó, recaudó y plasmó toda la información recopilada, incluidas las directrices e ideas planteadas por el director; así, cuando éste proporciona y presenta diferentes opciones al estudiante o corrige dicho trabajo, no hace otra cosa que cumplir con una obligación que le ha encomendado la institución de educación superior a la cual pertenece, sin realizar ninguna expresión literaria o artística.

Radicación No 664 del 27 enero de 1.995, Consejera Ponente: Nubia González Cerón.

⁵¹ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Circular No. 7 del 4 de octubre de 2002. Ver en www.derechodeautor.gov.co

⁵² Dirección Nacional de Derecho de Autor. Circular No. 06 del 15 de abril de 2002. Ver en www.derechodeautor.gov.co

⁵³ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Circular No. 06 del 15 de abril de 2002. Ver en www.derechodeautor.gov.co

⁵⁴ Íbidem

“Es menester señalar que el artículo 6º de la Ley 23 de 1982 y 7º de la Decisión Andina 351 de 1993, consagran el principio universal de “la no protección de las ideas”. Por lo tanto, aún cuando el director realiza una valiosa labor de apoyo al aportar ideas, dicha contribución no está protegida por el derecho de autor”.⁵⁵

Se concluye, entonces, que en todos aquellos casos en los que un profesor, docente, investigador o empleado de planta de una institución educativa, en cumplimiento de sus obligaciones laborales o contractuales con la misma, se limite a orientar al estudiante en su tesis o proyecto de grado, aportando o planteando ideas o sugerencias sobre el tema que se desarrolla, los derechos de autoría pertenecerán en toda su extensión al estudiante.

Pero cuando el profesor, docente, investigador o empleado de planta de la universidad, en cumplimiento de sus obligaciones laborales o contractuales, entra a participar directamente en la concreción, materialización, ejecución y elaboración del trabajo, excediendo su labor ordinaria de simple director, surgen las condiciones para que se reconozca “coparticipación” entre el estudiante y el director de tesis sobre los derechos morales y patrimoniales que la obra origine, tal como se ha considerado por la doctrina.⁵⁶

Además, agrega el tratadista citado, la universidad tendrá una participación en punto de los derechos patrimoniales que proporcionalmente le correspondan al director de tesis o proyecto de grado si su labor se ejecutó en desarrollo del objeto contractual que lo vincula con la institución y no existe pacto en contrario.⁵⁷

Precisamente, respecto de las llamadas obras colectivas o en colaboración en el ámbito universitario, se pronunció la Dirección

Nacional de Autor en la citada circular 06 de 2002, en los siguientes términos:

*“Se entiende por **obra colectiva**, aquella realizada por un grupo de autores, por iniciativa y orientación de una persona natural o jurídica que la coordina, divulga o publica bajo su nombre. Por este hecho, la ley concede la titularidad de los derechos patrimoniales, que no son otros que la capacidad para disponer la explotación económica de la obra, a quien encargó o coordinó su realización, conservando los autores los derechos morales, vale decir aquellos que apuntan entre otros a asegurar la paternidad e integridad de la creación.*

“Es pertinente resaltar, que las obras colectivas creadas dentro de un contrato laboral o de prestación de servicios, en donde sea imposible identificar el aporte individual de cada uno de los autores, tendrán por titular al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo se realizaron (Artículos 19, 83 y 92 de la Ley 23 de 1982).

*“Las **obras en colaboración**, son aquellas creadas por dos o más personas naturales teniendo en cuenta una contribución común, donde sus aportes no pueden ser separados sin que la obra pierda su naturaleza (Artículos 18 y 82 de la Ley 23 de 1982).*

“Así las cosas, cuando la obra es creada por una pluralidad de estudiantes o de profesores, se mantiene el principio general, y todos y cada uno de ellos se consideraran autores de la misma, debiéndose precisar en cada caso si la obra es colectiva o en colaboración en los términos antes esbozados.

“Ahora, cuando el director del trabajo de grado y el alumno concretan conjuntamente las ideas, escribiendo cada uno diferentes capítulos de la misma, la calidad de autor se predicará tanto del estudiante como del director, estando frente a la hipótesis de una obra en colaboración”.⁵⁸

De otro lado, las obras o investigaciones que realicen profesores y docentes, investigadores y demás personal de planta, por su propia

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ En este sentido ver a Wilson R. Ríos Ruiz, “La propiedad intelectual en la era de las tecnologías”, Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes. Editorial Temis, pag.158.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Ver en www.derechodeautor.gov.co

iniciativa y por fuera del objeto de sus obligaciones laborales o contractuales para con la institución de enseñanza, pertenecerán de manera exclusiva a éstos, así como las creaciones intelectuales fruto de su propia experiencia o de los estudios por ellos realizados, a menos que estas estén comprometidas dentro de las obligaciones específicas adquiridas con la institución.⁵⁹

Ahora bien, es importante reseñar que en punto del derecho moral de inédito, según el cual el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de “conservar la obra inédita o divulgarla”⁶⁰, al profesor o estudiante titular del derecho, le asiste siempre la prerrogativa de solicitar que la misma se mantenga inédita y que sólo pueda ser conocida por las personas a quien expresamente autorice, evento en el cual debe existir manifestación expresa del autor o autores en este sentido. La salvaguarda de este derecho implica que en las bibliotecas de las instituciones educativas exista un lugar especial, sin acceso al público, donde reposen estos trabajos cuyo derecho moral de no edición se mantenga a salvo.⁶¹

Sin embargo, si un trabajo o tesis de grado se encuentra en una biblioteca a disposición del público en general, la obra ya no será inédita sino divulgada, pues según la legislación colombiana, “divulgar” y “publicar” son dos conceptos diferentes, tal como se define en el artículo 3º de la Decisión Andina 351 de 1993, así:

“Divulgación: Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

“Publicación: Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”.

A estos dos conceptos se refirió ampliamente la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en los siguientes términos:

“...el concepto de divulgación es mucho más amplio que el de publicación, toda vez que aquel implica cualquier medio o procedimiento para hacer accesible la obra a un número indeterminado de personas⁶², mientras que éste se restringe a la elaboración y distribución de ejemplares para ser introducidos en un determinado mercado.

“Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico estableció en favor del autor un derecho de ineditud (sic) en los siguientes términos:

“El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla (...).”⁶³

“Lo anterior significa que, como término opuesto a la ineditud (sic) tenemos la divulgación de una obra, aun cuando tal acto no implique su publicación.

“En ese orden de ideas, cuando una obra hace parte de los archivos de una biblioteca accesibles al público en general, es claro que se ha presentado un acto de divulgación, dando como resultado que tal creación ya no puede catalogarse como inédita.

“De otra parte, y tal como lo señala la norma comunitaria previamente citada, es claro que el autor de una obra cuenta con la prerrogativa

⁵⁹ Wilson R. Ríos Ruiz, obra citada, pag. 157.

⁶⁰ Decisión andina 351 de 1993, artículo 11, literal a).

⁶¹ Obra citada, pagina 155.

⁶² Igualmente, debe anotarse que la divulgación sólo se da en la medida que la obra se difunda más allá del círculo familiar o de amistad del autor, así la autoralista Delia Lipszyc anota lo siguiente: “Como la divulgación de la obra consiste en hacerla accesible al público, no puede considerarse como tal la comunicación a terceros de la obra inédita hecha en forma privada, entre familiares o amistades del autor o a posibles utilizadores a fin de contratar la explotación y ni siquiera lo es la lectura o el recitado de una obra durante los ensayos. Poner la obra en conocimiento de otras personas, por sí solo, no equivale a divulgación, esta requiere del consentimiento del autor y de un público, de un número indeterminado de personas que permita considerar que la obra ha salido del círculo privado del autor”. LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Obra editada por la Unesco, el Cerlalc y Zalavía Editores, Buenos Aires, 1993, p. 161.

⁶³ Decisión andina 351 de 1993, artículo 11.

*fundamental de mantener su obra en la ineditud (sic) o divulgarla. De allí que ningún tercero (incluyendo las bibliotecas o archivos, así como las instituciones educativas) puedan obligar al creador a la divulgación de su obra, so pena de violentar la nombrada prerrogativa moral”.*⁶⁴

Por ello, aunque es usual que en las instituciones de educación superior se exija a los alumnos la entrega de uno o varios ejemplares de sus trabajos de grado (tesis de grado, monografía, documento que recopile el resultado de una investigación, etc.), para efectos de ser calificados y con destino a la biblioteca general en aras de ser consultados libremente por los usuarios, esta última destinación no puede ser impuesta al estudiante, sino que debe mediar su voluntad, so pena de violentar la prerrogativa moral de que se trata, como se concluye en el concepto transcrito.

Pero además, la entrega del ejemplar de la obra no significa una cesión de los derechos de autor del estudiante a la institución. De un lado, porque como ya se dijo al inicio de estas consideraciones, en ningún caso el titular puede ceder sus derechos morales, es decir, su derecho a reivindicar la paternidad de la obra, a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el mérito de la obra o su reputación, o a mantenerla inédita o anónima, dadas las condiciones de inalienabilidad, intransferibilidad e irrenunciabilidad que caracterizan estos derechos.

De otro, porque si bien los derechos patrimoniales pueden ser objeto de cesión, en tales eventos no sólo es necesaria la voluntad del titular del derecho, sino la suscripción de un documento que debe cumplir las formalidades establecidas en los artículos 183 de la Ley 23 de 1982, 6º de la Ley 44 de 1993, 10º de la Decisión Andina 351 de 1993 y 17, parágrafo 1º, del Decreto 460 de 1995⁶⁵, esto es, constar en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario.

⁶⁴ Concepto 2-2006-9790 del 29 de septiembre de 2006.

Consultar en www.derechodeautor.gov.co

⁶⁵ Por medio del cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el depósito legal.

Finalmente, relacionado con los derechos de autor en el ámbito universitario, cabe señalar que el artículo 40 de la Ley 23 de 1982, preceptúa que:

“Las conferencias o lecciones dictadas en establecimientos de enseñanza superior, secundaria o primaria, pueden ser anotadas y recogidas libremente por los estudiantes a quienes están dirigidas, pero es prohibida su publicación o reproducción integral o parcial, sin la autorización escrita de quien las pronunció”.

6. Estructura del tipo penal de violación a los derechos morales de autor.

El artículo 270 del Código Penal de 2000, describe y sanciona la conducta en los siguientes términos:

“Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

- 1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audio-visual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*

- 2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del verdadero titular, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audio-visual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*

- 3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audio-visual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*

“Parágrafo. *Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter,*

literario, artístico, científico, audio-visual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad”.

La norma presenta algunas semejanzas con la que regía para la fecha de los hechos aquí juzgados, esto es, el artículo 51 de la Ley 44 de 1993, en cuanto preceptuaba que:

“Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales vigentes:

1. Quien publique una obra literaria o artística inédita o parte de ella, por cualquier medio, sin la autorización previa y expresa del titular del derecho.

2. Quien inscriba en el registro de autor una obra literaria, científica o artística, a nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor, productor fonográfico, cinematográfico, videográfico o de soporte lógico.

3. Quien de cualquier modo o por cualquier medio reproduzca, enajene, compendie, mutile o transforme una obra literaria, científica o artística, sin autorización previa y expresa de sus titulares.

4. Quien reproduzca fonogramas, videogramas, soporte lógico u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

“Parágrafo. *Si en el soporte material, carátula o presentación de la obra literaria, fonograma, soporte lógico u obra cinematográfica, se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, las*

penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad”.

Pues bien, el objeto material de la conducta es toda obra de carácter literario, artístico, científico, audio-visual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico u obra cinematográfica.

De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 23 de 1982, el concepto de obra artística, científica y literaria, abarca “los libros, obras musicales, pinturas al óleo, a la acuarela o al pastel, dibujos, grabados en madera, obras caligráficas y crisográficas, obras producidas por medio de corte, grabado, damasquinado, etc., de metal, piedra, madera u otros materiales, estatuas, relieves, esculturas, fotografías artísticas, pantomimas, u otras obras coreográficas”.

Igualmente, puede decirse que la obra literaria se caracteriza porque posee elementos estéticos definidos, sin que importe las consideraciones subjetivas de gusto. Desarrolla géneros como la poesía, la prosa, la novela, etc. y puede ser escrita u oral. Por su parte, la obra artística comprende cualquier forma de expresión como consecuencia del cultivo de artes como la pintura, la escultura, la música, la danza, etc. Finalmente, la expresión “obra científica” contiene todos aquellos trabajos de naturaleza intelectual que entran en el campo de la razón, la percepción y el conocimiento, que se dirigen a su descubrimiento, discernimiento, divulgación o enseñanza, en cualquier rama del saber humano. También abarca la obra escrita u oral de cualquier naturaleza y extensión sobre los principios, reglas, métodos y desarrollos realizados dentro de la ciencia.⁶⁶

De otro lado, el artículo 3º de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena de 1993, define programa de ordenador o soporte lógico (software) como la expresión que corresponde a un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un

⁶⁶ Pedro Alfonso Pabón Parra. Comentarios al Nuevo Código Penal Sustancial. Tercera edición. Ediciones Doctrina y Ley, pag. 463.

dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones- ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

Como obra cinematográfica se entiende, al tenor del artículo 8º, literal s) de la Ley 23 de 1982, la fijación, en soporte material, de sonidos sincronizados con imágenes, o de imágenes sin sonido; mientras que por productor de fonograma la fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos – artículo 8º, literal m) de la misma normatividad-.

El bien jurídico que se tutela bajo este rótulo es, como su nombre lo indica, los derechos morales de autor, derecho que como ya se analizó es de carácter fundamental, que tiende a proteger la personalidad del autor en relación con su obra y abarca el conjunto de facultades que permiten al autor de la misma, reivindicar, en cualquier momento y contra cualquier persona, la paternidad o autoría de su obra; oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el mérito de la misma o su reputación; o a conservarla inédita o anónima, facultades que son inalienables, intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles, en los términos arriba señalados.

Aquí tienen cabida las argumentaciones ya expuestas sobre el concepto de “obra” y los principios que rigen los derechos de autor, entre ellos, el de no protección de las ideas, el de originalidad, el de no relevancia del mérito y destinación de la obra y el de protección inmediata o ausencia de formalidades, todos los cuales delimitan el bien jurídico de que se trata.

Ahora bien, es evidente que los tres numerales y el párrafo que integran el tipo penal, describen distintas facetas del derecho moral fundamental del autor sobre su obra, de tal manera que cada apartado está concebido para protegerlo de manera distinta, pues el contenido de la prohibición varía dependiendo de la prerrogativa que se quiere salvaguardar.

Así, el numeral 1º del artículo 270 sanciona a quien “publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico”.

Según el literal g) del artículo 8º de la Ley 23 de 1982, obra inédita es aquella que no ha sido dada a conocer al público. A su vez, el artículo 30 literal c) de la misma ley, señala que el autor tiene la facultad de mantener su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria.

Por lo tanto, se sanciona en este numeral la violación al derecho de inédito, que además aparece consagrado en el literal a) del artículo 11 de la Decisión Andina, como un derecho moral de carácter inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable.

Ahora bien, aunque el precepto tiende a proteger el derecho de inédito o divulgación, entendido éste como la facultad del autor para determinar si su obra permanecerá en su esfera privada o saldrá de ésta para ser conocida por el público a través de la forma que decida ⁶⁷, el tipo penal limita la acción al concepto de “publicar” y no al de “divulgar”,

⁶⁷ Sobre la forma de divulgación de la obra, el tratadista Claude Colombet enseña que: “(...) divulgar una obra implica algo más que la simple decisión de someterla a los ojos de la crítica: significa también la elección de los medios para divulgarla. En efecto, es cierto que el creador debe poder escoger el público a quien dirige su obra. Puede optar, en vez de por una divulgación total por todos los medios posibles de difusión, por una divulgación total por todos los medios posibles de difusión, por una divulgación limitada, reservada a un público restringido y sólo a través de ciertos modos de expresión: así el conferenciante elegirá, por ejemplo una divulgación mediante la forma oral y solamente para su público; una comunicación por escrito y dirigida a todo el público, lastimaría su derecho moral, si ésta se hiciese sin su consentimiento” (Grandes principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el mundo, 3ra. Edición, traducido por Petite Almeida, Madrid: Unesco-Cindoc, citado por Germán Fernández, en su ensayo sobre “El derecho de divulgación”, consultado en www.sieca.org.gt).

conceptos que como ya se advirtió, en el ámbito de los derechos de autor, son diferentes. El primero supone un acto de reproducción en cantidad tal que sea suficiente para tomar conocimiento de ella. La segunda se determina por el simple hecho de que el público haya tenido acceso a la obra.

Según la Real Academia Española, publicar significa “difundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera, un escrito, estampa, etc.” A su vez, en el artículo 3º de la Decisión Andina 351 se define como la “producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”.

Por su parte, el Convenio de Berna contextualizó el concepto de “obra publicada” de tal manera que puede diferenciarse claramente del concepto de “obra divulgada”. Así, el artículo 3.3 del mismo establece que:

“Se entiende por “obras publicadas”, las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra (...)”

De allí que para que la obra se entienda publicada es requisito que sea mediante la edición de un número de ejemplares suficientes para satisfacer las necesidades del público, excluyéndose de éste concepto otras formas en que la obra puede ser divulgada, cuando el mismo precepto señala que:

“...No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica.”

En ese sentido y sólo para ilustración, resulta pertinente señalar cómo algunas legislaciones foráneas distinguen claramente los conceptos de “publicación” y “divulgación”. Así, por ejemplo, el artículo 8º de la Ley Federal de México establece que:

“Las obras objeto de protección pueden ser: (...) B. Según su comunicación: I. **Divulgadas**: las que han sido hechas del conocimiento público por primera vez en cualquier forma o medio, bien en su totalidad, bien en parte, bien en lo esencial de su contenido o, incluso, mediante una descripción de la misma; II. **Inéditas**: las no divulgadas, y III. **Publicadas**: a) Las que han sido editadas, cualquiera que sea el modo de reproducción de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos, puestos a disposición del público, satisfaga razonablemente las necesidades de su explotación, estimadas de acuerdo con la naturaleza de la obra, y b) Las que han sido puestas a disposición del público mediante su almacenamiento por medios electrónicos que permitan al público obtener ejemplares tangibles de la misma, cualquiera que sea la índole de estos ejemplares;(...).”

Se concluye, entonces, que en el numeral 1º del artículo 270, el legislador colombiano al utilizar únicamente el verbo rector “publicar” obra inédita sin que medie la autorización expresa y previa del autor, parece dejar por fuera otros medios de “divulgación”, que bien pueden generar violación al derecho de inédito.

De otro lado, encuentra la Sala que el legislador no especificó en la redacción del precepto si la publicación de la obra inédita debe hacerse respetando la paternidad del autor o atribuyéndose falsamente esa paternidad, de donde surge otro problema de interpretación, porque si se atiende sólo a la primera posibilidad, se salvaguarda el derecho de inédito pero queda expósito el derecho de paternidad, que como derecho moral principalísimo se afectaría cuando la publicación de la obra inédita se haga a nombre de persona distinta a su titular.

De la misma manera, la interpretación exegética de la norma deja por fuera la protección del derecho moral de paternidad o

reivindicación en los eventos en que la publicación abusiva (falseando el nombre del autor) recae, total o parcialmente, sobre una obra ya divulgada a través de otros medios, a pesar de que se trata de una de las conductas más recurrentes de fraude en el ámbito del trabajo intelectual, porque se identifica con lo que suele denominarse plagio, entendido como “la apropiación indebida de la creación de otro”.⁶⁸

Y aunque en el numeral 2º del mismo precepto se tutela de alguna manera el derecho de paternidad o reivindicación, al sancionar a quien “inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del verdadero titular, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audio-visual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico”, de todas maneras restringe la conducta al fraude en el registro, dejando por fuera los casos de violación al derecho moral de paternidad en los que no media esa situación.

A su vez, el numeral 3º del artículo 270 penaliza la conducta de quien “por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa y expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico”, dejando por fuera la hipótesis de publicar total o parcialmente obra ajena, atribuyéndose autoría y sin que medie alteración alguna.

Ello porque compendiar, según la Real Academia, significa “reducir a compendio”, mientras que compendio es la “breve y sumaria exposición, oral o escrita, de lo más sustancial de una materia ya expuesta latamente”⁶⁹; a su vez, mutilar significa “cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo”⁷⁰, mientras que transformar es “hacer cambiar de

forma a una persona o cosa”, “transmutar una cosa en otra”.⁷¹

Así, los verbos rectores aquí utilizados tienden a proteger la facultad que tiene el autor de oponerse a cualquier alteración, mutilación o difamación que desvirtúe la naturaleza de la obra o atente contra su propia honra, derecho reconocido en el literal b) del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y en el numeral 1º del artículo 6º Bis del Convenio de Berna.

Por lo tanto, de acuerdo con una interpretación literal del precepto, podría concluirse, como lo hacen, para cuestionarlo, algunos tratadistas⁷², que quien publica total o parcialmente una obra ya divulgada, atribuyéndose falsamente la paternidad de la misma, pese a ser evidente la lesión al principal derecho moral de autor, como lo es la paternidad, en principio no estaría desarrollando conducta atentatoria contra tales derechos, lo cual resulta contrario a la Constitución y a los instrumentos internacionales que obligan a la protección de este derecho fundamental.

7. Interpretación constitucional del tipo penal

La protección de los derechos morales de autor, dada su naturaleza fundamental, como ya se analizó, encuentra sustento en diferentes instrumentos internacionales aprobados y ratificados por el Estado colombiano, así como en la Constitución Política y en las normas legales que desarrollan la materia.⁷³

Es así como en desarrollo de estos preceptos, el autor o titular del derecho de autoría tiene sobre su obra una protección especial que abarca varias prerrogativas del ejercicio del derecho moral que de allí se deriva, las cuales incluyen, como quedó ampliamente analizado, i) el derecho a reivindicar en todo momento la

⁷¹ *Ibíd*em

⁷² Vicente E. Gaviria Londoño, “Delitos contra los derechos de autor”. Lecciones de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, pag. 557.

⁷³ Entre ellos, el Convenio de Berna de 1886 (al cual adhirió Colombia mediante la Ley 33 de 1987); la Decisión Andina 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena; el artículo 61 de la Carta Política y la Ley 23 de 1982.

⁶⁸ Alejandro González Gómez. El tipo de los delitos contra la propiedad intelectual, Madrid, Tecnos, p. 192. Citado por Vicente E. Gaviria Londoño en obra referenciada, pag. 554.

⁶⁹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia.

⁷⁰ *Ibíd*em

paternidad de la obra, en especial para que siempre se mencione o indique el nombre de su creador en cualquier utilización que de ella se haga, y aún para ocultarlo totalmente (anónimo) o para velarlo bajo un seudónimo; ii) la facultad para decidir sobre la divulgación de la obra o que ella permanezca inédita; iii) la facultad de oponerse a cualquier alteración, mutilación o difamación que desvirtúe la naturaleza de la obra o atente contra su propia honra; iv) la facultad de retirarla del acceso público aún después de haberlo autorizado, previa compensación económica por los daños que pueda ocasionar a quienes inicialmente les había concedido derechos de utilización.

La Corte considera que dentro de tales prerrogativas, la violación del derecho de paternidad o reivindicación, es el que genera mayor agravio a los derechos morales de autor, entre otras razones, porque es precisamente la posibilidad de reconocimiento a partir de la labor de la inteligencia transplantada a la obra, lo que impulsa a la ardua tarea y permite que muchas de las grandes creaciones del intelecto hoy conocidas hayan superado la simple idea.

En este sentido, si, como figuradamente se ha dicho, “el autor es su obra”, nada más precioso para él que el condigno reconocimiento de su nombre, que a la vez sublima otras tantas aspiraciones de trascendencia, de ahí que:

“Todo autor tiene el derecho a exigir que se reconozca su creación intelectual: además del beneficio pecuniario que puede obtener de su obra, puede contar también con el honor que se merece (...) Por esto es indispensable que el público pueda relacionar la obra creada con la personalidad del autor. Frecuentemente, este derecho se llama «derecho a la paternidad», al destacar la vinculación de parentesco y filiación existente entre el ser humano y el fruto de su actividad espiritual”.⁷⁴

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado que desconocer el derecho de autoría sobre el fruto de su obra, es desconocer al hombre mismo:

⁷⁴ Claude Colombet. “Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo”. Ediciones UNESCO/CINDOC. Tercera edición. Madrid 1997, pag. 49.

“Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre”.⁷⁵

No en vano, ya parece lugar común tanto en el ámbito interno como en el externo, hermanar la protección de los derechos de autor, en su vertiente moral, con la prohibición de plagio, asociado a esa grosera vulneración del principio de paternidad que consiste en tomar lo de otro y hacerlo parecer propio.

En consecuencia, si se tiene claro que el tópico de los derechos morales de autor dice relación con una inescapable remisión a derechos humanos fundamentales, cuya protección y tutela ha sido objeto de consagración internacional a través de tratados suscritos por Colombia, con reiteración expresa en la Carta Política y reafirmación inconcusa en la jurisprudencia del máximo vigía de la misma, asoma un verdadero contrasentido que esa inexcusable obligación del Estado colombiano haya sido omitida al momento de emitir las normas de derecho positivo penal encaminadas a su salvaguarda.

Ello, para remitir a la forma como el artículo 270 del Código Penal, en sus numerales 1º, 2º y 3º, pretende materializar ese compromiso del país con las normas que protegen los derechos de autor, pues, esa redacción confusa que busca aparecer técnica, termina por producir un efecto de limitación incomprensible, al punto de omitir relacionar expresamente la conducta que con mayor vigor afecta los derechos morales –un derecho humano, cabe reiterar– del autor de la obra, esto es, el plagio en su acepción prístina.

Desde luego, como ya se ha hecho suficientemente claro que el derecho moral del

⁷⁵ Sentencia C-155 de 1998.

autor de la obra no comporta apenas el derecho de inédito, ni mucho menos que el mismo opera únicamente respecto de la publicación, evidente se aprecia que el numeral primero tantas veces citado, si se analiza en su acepción meramente literal o exegética, no cubre suficiente y adecuadamente ese compromiso adoptado por el país en torno de la protección del derecho en mención.

Por tal razón, dentro del marco de la protección internacional y nacional de los derechos de autor, de carácter fundamental, y en aplicación del principio pro homine, las normas que lo protegen deben interpretarse de manera que permitan materializar de forma efectiva las prerrogativas otorgadas a los titulares del derecho, so pena de que al país se le acuse de no honrar sus compromisos de respeto, protección y garantía, inherentes a los tratados firmados.

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional definió el mencionado principio así:

“El principio pro homine es un criterio de interpretación del derecho de los derechos humanos, según el cual se debe dar a las normas la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva, cuando ellas reconocen derechos internacionalmente protegidos. A contrario sensu, debe optarse por la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones o suspensiones al ejercicio de tales los derechos”.

De otro lado, en la sentencia C-067 de 2003, de la misma Corporación, se recordó que la incorporación en la doctrina jurídica nacional de la institución del llamado “bloque de constitucionalidad”, surgió del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno, pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4º de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de

las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia.

En la misma sentencia se reitera que el “bloque de constitucionalidad” debe entenderse como “aquella unidad jurídica compuesta por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”

Sobre la finalidad del bloque, se agrega en el mismo fallo que:

“Dado el rango constitucional que les confiere la Carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”.

Bajo esa perspectiva no solo constitucional sino de ineludible aplicación, la Sala debe armonizar el contenido del artículo 270 del Código Penal con la preceptiva internacional que hace parte del Bloque de Constitucionalidad para que, a través de la integral aplicación del principio pro homine, sus efectos cubran adecuadamente el derecho fundamental menesteroso de protección y tutela.

Ello, entonces, implica, como se dice en el apartado jurisprudencial arriba transcrito “dar a las normas la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva”.

En consecuencia, la Corte, como deben hacerlo todos los jueces, atendiendo la necesidad de conciliar la norma con los estándares internacionales de protección de derechos humanos, advierte que el artículo 270 del Código Penal, ha de ser interpretado de tal forma que su numeral primero no sólo cubra la tutela de lo inédito respecto de la publicación, sino que en sentido amplio proteja el **derecho moral del autor** y, consecuentemente, incluya dentro de las conductas pasibles de sanción penal: 1) aquellas que a través de otras formas de divulgación conlleven la pública difusión de la obra inédita, sin autorización previa y expresa de su titular; y, 2) aquellas que conlleven a la violación del derecho de paternidad o reivindicación, conforme a las siguientes eventualidades:

1) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se divulga total o parcialmente, a nombre de persona distinta a su titular, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

2) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se publica total o parcialmente, a nombre de otro, una obra ya divulgada, de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

De esta forma, debe agregarse, se respeta también el rótulo de la norma típica, que, como se recuerda, ampliamente define que se trata del delito de **“violación a los derechos morales de autor”**, en evidente pretensión de enmarcar los matices más relevantes de vulneración de ese que se estima derecho fundamental.

Por lo tanto, acorde con la que ha definido la Corte como manera constitucional de examinar la norma, se protege integralmente ese derecho fundamental en sus más importantes aristas, vale decir, derecho de paternidad o reivindicación, derecho de inédito y derecho de integridad de la obra.

Resta por señalar, en punto del derecho de paternidad, que doctrinariamente se reconocen dos modalidades del llamado plagio: Uno, cuando el actor se atribuye la obra de otro, tal y como ha sido creada por el autor; y dos, cuando el actor se atribuye la obra de otro, no reproduciéndola idénticamente, sino imitándola en sus extremos esenciales.

La jurisprudencia española también ha distinguido tales formas en los siguientes pronunciamientos. Mediante decisión de fecha 27 de abril de 1978, el Tribunal Supremo Español señaló que:

"Hay plagio cuando se suprime y prescinde del creador de la obra poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más que la cosa que sufre el atentado perpetrado por el plagiarlo, al ser esa personalidad la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume".

Y en sentencia de fecha 13 de febrero de 1984, sostuvo:

"También hay plagio cuando se trata de copiar la idea original o auténtica de una manera servil o falsificada de forma que induzca a error sobre la autenticidad o imitación, haciéndolo de modo parcial o total, y efectuando una suplantación para presentar como propia una obra ajena y aprovecharse de la firma inédita e intelectual de su autor".

Por lo tanto, la usurpación de la paternidad a través de la conducta plagaria puede producirse de dos maneras: Cuando el plagiarlo pura y simplemente suprime el nombre del autor verdadero sin tocar en lo absoluto el contenido de la obra; o cuando extrae partes importantes de ella para incorporarlas a la obra plagaria. El primero de los casos se denomina imitación servil y el segundo, imitación elaborada. En ambos casos se encontrará tipificada la infracción aunque, en el último el descubrimiento del delito puede resultar una tarea ardua.⁷⁶

⁷⁶ Pedro Virgilio Valbuena. El Plagio como ilícito penal. Ventana Legal Revista, en www.ventanalegal.com

*Lo anterior, porque debe diferenciarse el plagio de la utilización libre de las ideas preexistentes, pues como ya se analizó ampliamente, éstas no son objeto de protección. Lo que se protege es la apropiación de la expresión formal de las mismas, cuando la nueva forma creada es producto de la elaboración de un autor que “de ese modo la haya investido con el ropaje que entendió más apropiado para su pública difusión...”.*⁷⁷

*Lo esencial para la caracterización del plagio es que haya apropiación de las manifestaciones originales y novedosas, entendidas como resultado de la actividad del espíritu, que evidencian individualidad y creación*⁷⁸, *sin perder de vista que las identidades en muchas ocasiones pueden ser fruto del azar, del desenvolvimiento de una misma idea dentro de un mismo marco social.*⁷⁹

Sobre el concepto de plagio a nivel interno, la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, ha anotado que:

“El plagio es una definición de carácter doctrinal, pues la legislación penal no utiliza esta expresión a fin de tipificar una conducta ilícita, por el contrario utiliza expresiones como “violación a los derechos morales de autor” o “violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos” (artículos 270 y 271 del Código Penal).

*“El plagio según la doctrina, se entiende como “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”.*⁸⁰

“Tenemos entonces que la infracción al derecho moral del autor plagiado se hace ostensible en el ámbito de su derecho de

⁷⁷ Nicolás García Rivas. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p.2379. Citado por Vicente E. Gaviria Londoño en obra referenciada, pag. 554.

⁷⁸ Miguel A. Emery. Propiedad Intelectual. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999, pag. 284. Citado por Pedro Virgilio Valbuena en obra referenciada.

⁷⁹ Vicente E. Gaviria Londoño, obra citada, pag. 555.

⁸⁰ OMPI glosario de derecho de Autor y Derechos Conexos. Autor Gyorgy Boytha .Ginebra 1980, voz 188.

*paternidad, pues el plagiarlo la sustituye asumiéndose como autor de la obra. En la mayoría de los casos también se lesiona la integridad de la creación, pues lo corriente es que el plagiarlo trate de disfrazar su acción modificando su contenido. La lesión a los derechos patrimoniales deriva de la transformación no autorizada de la obra y de su posterior utilización a través de la reproducción, o comunicación pública”.*⁸¹

En el concepto citado se concluye que al ser el derecho de autor eminentemente privado, únicamente su titular puede autorizar la utilización de la creación. No obstante, de forma excepcional es posible utilizar las obras sin contar con la previa y expresa autorización del titular o su representante, por medio de las limitaciones y excepciones, las cuales son de carácter taxativo, es decir, su uso ha de estar plenamente establecido en el capítulo III de la Ley 23 de 1982 y el capítulo VII de la Decisión Andina 351 de 1993, para que opere la figura de las limitaciones o excepciones al derecho de autor. Igualmente, que es permitido citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 22 literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993.

Sobre tales bases, entra entonces la Sala a analizar el caso de la profesora LUZ MERY GIRALDO DE JARAMILLO, no sin antes señalar la necesidad de que se llame la atención al legislador, y particularmente a la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior y de Justicia, en aras de que se promueva la aclaración de la norma estudiada, incorporando de manera amplia y específica la protección de las principales aristas del derecho moral de autor, para evitar equívocos o malos entendidos que puedan poner en entredicho esa profunda protección que en la actualidad amerita todas las matices del derecho moral de autor, en cuanto, se reitera, fundamental.

8. El caso concreto

⁸¹ Concepto del 16-11 de 2007, consultar en www.derechodeautor.gov.co.

La acusación proferida el 5 de diciembre de 2002, contra la procesada LUZ MERY GIRALDO DE JARAMILLO, giró alrededor de los siguientes aspectos:

1. El artículo “Giovanni Quessep: el encanto de la poesía”, firmado por la procesada y publicado en la revista “La Casa Grande”, número 2 –noviembre 1996 enero 1997-, editada en México y Colombia, contiene “de manera ostensible párrafos iguales, frases e ideas idénticas”, tomadas del texto de la monografía titulada „El Mundo Poético de Giovanni Quessep’, que Rosa María Londoño Escobar, bajo la dirección del profesor Jaime García Mafla, presentó para obtener el título de diplomada en literatura, en abril de 1996, al finalizar sus estudios en esa área del conocimiento, en la Pontificia Universidad Javeriana, reproducciones que no fueron destacadas entre comillas ni precedidas de signo alguno que indicara a los lectores que se tomaban textualmente de autor diverso a quien firmaba el artículo.

2. El artículo de la profesora GIRALDO DE JARAMILLO y la tesis de la alumna se corresponden entre sí, no sólo por el tema tratado, referido a la poesía de Quessep, sino por “su contenido específico y concreto enunciado en cada una de las palabras, frases y contexto en general”.

3. Si bien en un primer concepto, emitido por un ilustre miembro del Instituto Caro y Cuervo, se concluyó que el escrito de la profesora GIRALDO no puede ser sinónimo del de la alumna Londoño, “por cuanto se trata de un artículo publicado en una revista, de sólo doce páginas, y el otro una monografía de grado más extensa”, debía tenerse en cuenta que atendiendo objeción presentada por el apoderado de la parte civil, se designó un nuevo experto de la Academia de la Lengua, quien después del análisis pertinente, concluyó que en el artículo de la profesora GIRALDO hubo “plagio”, de acuerdo con la definición que al inicio de su experticio enuncia como de la Real Academia, el cual concuerda con el concepto del escritor Federico Carlos Sains de Robles, que igualmente cita, los cuales lo llevaron a concluir que aunque la autora del

artículo “no copio toda la obra, ... sí muchos conceptos, lo cual también es plagio...”.

4. En orden a corroborar la anterior afirmación, se hace la siguiente verificación:

“...solo a manera de ejemplo y como una mínima alusión ilustrativa, observemos de manera detenida y acuciosa lo insertado en el artículo publicado en la Revista La Casa Grande, así: “...A partir de este libro Giovanni Quessep se distancia del tono sentencioso y aprovecha la potencialidad de la metáfora para establecer nuevas relaciones y multiplicidad de significados. El tema de la muerte se impone en este poemario y justifica la nueva recurrencia al valor de la fábula, única capaz de darle vida a lo perdido, y de salvar la muerte (Revista pag. 36).

“En otro de los apartes del artículo (pág. 33) se aprecia: “El entrecruzamiento de parábolas muestra un yo lírico que ha evolucionado; en Epitafio del Poeta adolescente, Canción de Invierno, Parábola del Siglo XVIII y Poema para Recordar a Alicia en el Espejo se demuestra la metamorfosis de un yo en el que “cantar y contar” se asume de manera diversa. En el primer poema se establece un juego con el título; el poeta parece transcribir algo ya escrito y el lector se recrea con lo plasmado por un tercero”. Respecto a este párrafo obsérvese lo consignado en la tesis: “al cantar y contar Quessep, en su libro Duración y Leyenda, lo hace de manera diversa; es importante destacar cómo, el yo lírico se va transformando; los tres primeros poemas del libro Epitafio del Poeta Adolescente, Canción de Invierno, Parábola del Siglo VIII y el Poema para Recordar a Alicia en el Espejo son ejemplos estupendos de ese “cantar y contar de manera diversa”. (pag. 122 Revista –sic-) Y continúa en la página 123, “En el Poema Epitafio del Poeta Adolescente, genera el autor al crear el poema, un juego con el título; al leerlo se puede interpretar que el poeta transcribió lo ya escrito, y que el lector, se recrea con lo plasmado por un tercero; al engendrar Quessep, Canción de Invierno, habla por medio de la metáfora, sin intermediarios; las imágenes vehiculan el canto del poeta y es la, “palabra-poema”, lo que conversa con un tú (para ti Lu)”.

5. Sobre esa verificación directa, concluye el instructor que, independientemente de los conceptos emitidos por los dos expertos, es evidente que en el texto del artículo publicado por la profesora GIRALDO se tomaron conceptos y comentarios de la tesis de la estudiante Londoño, “expresados con las mismas e iguales palabras”, sin mencionar su nombre, por lo que encuentra tipificada la conducta señalada en el numeral 3º del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, vigente al momento de los hechos –hoy numeral 3º del artículo 270 de la Ley 599 de 2000-, destacando con base en el testimonio del catedrático de la Universidad Javeriana Luis Carlos Henao de Brigard, que las tesis de grado son de dominio público, porque se hallan en la biblioteca a disposición de cualquier persona que quiera consultarlas.

6. Finalmente, reseñó que a pesar de que la procesada es una literata destacada en su medio, dedicada a la investigación y con un amplio conocimiento de la obra del poeta Quessep, ello no fue obstáculo para hacer la publicación en los términos cuestionados.

Por su parte, la sentencia de primera instancia, emitida el 5 de febrero de 2008, por el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá, se sustenta, esencialmente, en los siguientes aspectos:

1. Se encuentra probado que la procesada LUZ MARY GIRALDO DE JARAMILLO “publicó parcialmente” apartes de la monografía que para obtener el título de diplomada en literatura, presentó Rosa María Londoño Escobar ante la Universidad Javeriana, sin su autorización.

2. La procesada tuvo el propósito y la voluntad de apropiarse de la copia del trabajo intelectual de la alumna para presentarlo como suyo, pues en el artículo escrito y publicado para tal efecto, no citó a la verdadera autora.

3. Basándose en el criterio expuesto por un conocido tratadista⁸², considera que la conducta no encaja en la preceptiva del

⁸² Vicente E. Gaviria Londoño en su obra “Delitos contra los Derechos de Autor”

numeral 3º del artículo 270 de la Ley 599 de 2000 (numeral 3º del artículo 51 de la Ley 44 de 1993), porque los verbos aquí utilizados, esto es, compendiar, mutilar y transformar, terminan siendo referencias a una misma conducta que se pretende evitar, cual es la de la integridad de la obra, en la medida en que al autor le asiste el derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, razón por la cual, lo que se castiga en este numeral no es la conducta de quien se atribuye la paternidad de una obra que ha sido compendiada, sino la de quien, sin contar con la autorización del titular del derecho intelectual, compendia la obra, pero reconoce la autoría verdadera.

4. En este evento, la procesada en ningún momento compendió, mutiló o transformó la monografía de Rosa María Londoño, sino que se limitó a “publicar parcialmente la obra de esta última, en el artículo “Giovanny Quessep: El encanto de la poesía” sin autorización previa y expresa de Londoño”, conducta que en el lenguaje de los académicos se denomina “plagio” y en la ley se encuentra tipificada como una de las formas contempladas bajo la denominación jurídica de “violación a los derechos morales de autor”.

5. Por lo tanto, como la conducta de la procesada se concretó en la “publicación parcial” de obra ajena, sin autorización previa y expresa de la titular, la conducta encaja en el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 44 de 1993, reemplazado por el numeral 1º del artículo 270 de la Ley 599 de 2000.

6. Descarta que la conducta de la procesada se haya limitado a tomar “ideas” de la monografía de Rosa María Londoño, como lo alegó la defensa, pues lo que se le reprocha es que haya publicado parcialmente apartes o párrafos de su trabajo, sin autorización previa y expresa y sin reconocer la autoría de aquella, lo cual constituye “plagio”.

7. Tampoco tienen eco las alegaciones de la defensa en el sentido de que el “plagio” no está tipificado como delito en Colombia, pues de

acuerdo con la doctrina, cuando se habla de “violación a los derechos morales de autor” se está aludiendo al “plagio”, ya que es esta una de las formas de violar ese derecho.

En la sentencia de segunda instancia, el Tribunal descartó que el cambio en la adecuación típica, del numeral 3º al numeral 1º, haya generado vulneración de las garantías procesales de la acusada, pues los hechos fácticos por los cuales se le condena son los mismos por los cuales se le acusó, además de que la pena no varía y los argumentos defensivos siempre estuvieron dirigidos a controvertir la imputación por la violación del derecho moral reclamado por la quejosa, y que gira en punto de la publicación parcial de un artículo en la revista La Casa Grande, cuyo sustento o fragmento fueron autoría de Rosa María Londoño, a quien no se le dio el crédito debido ni se le pidió autorización para ese efecto.

Por lo tanto, agrega el Tribunal, la acción de “publicar” endilgada fue ampliamente conocida y debatida dentro de la investigación, y alrededor de ella se practicaron las pruebas.

De esa manera, descarta igualmente que la acusación haya sido anfibológica, confusa o contradictoria, pues reitera, los hechos siempre versaron sobre el mismo tema y en tal sentido las partes orientaron sus argumentos para reclamar los derechos que estiman les asiste.

Razón asiste al Tribunal en todas sus argumentaciones. De un lado, porque ciertamente la jurisprudencia de la Corte tiene decantado que la congruencia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el fallo, sino señalamiento de un eje conceptual fáctico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, de manera que no se desconoce la consonancia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena en forma equivalente en cuanto a la punibilidad o de manera atenuada, por la razón de que si puede absolver, también puede atemperar, siempre y

cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.⁸³

En ese mismo sentido, se ha sostenido que sólo la congruencia personal y fáctica es absoluta, mientras que la jurídica es relativa, porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos o a la que se esgrime en la variación (artículo 404 de la Ley 600 de 2000), siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor⁸⁴, siempre que se respete el supuesto fáctico central de la imputación.

En el caso sometido a estudio, es evidente, de acuerdo con lo reseñado, que el supuesto fáctico que estructura la descripción típica del delito de violación a los derechos de autor y que fue objeto de amplio análisis en la resolución de acusación, se sostiene, en perfecta consonancia, en la sentencia, sólo que se desestimó su ubicación en el numeral 3º del artículo 51 de la Ley 44 de 1993 (numeral 3º del artículo 270 de la Ley 599 de 2000), para ubicarlo en el numeral 1º del mismo precepto, por razones interpretativas entendibles que en nada variaron el núcleo básico de la acusación.

En efecto, es evidente la dificultad que afrontaron los funcionarios judiciales al momento de definir la concreta ubicación típica del hecho, precisamente por razón de esa forma genérica y descontextualizada como el artículo 270 de la Ley 599 de 2000 (anterior artículo 51 de la Ley 44 de 1993) ha afrontado la protección del bien jurídico de los derechos morales de autor.

Incluso, se advierte en el común de las personas cierta confusión entre las ideas, como aspecto no cubierto por la protección en cita, y los conceptos o desarrollo de ellos –acto creativo individual-, objeto central de esa tutela judicial.

Es esa, cabe anotar, la confusión que también asiste a la demandante en casación, pues, cuando trae a colación en su escrito los que

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Fallo del 12 de marzo de 2008, radicado No. 28.158.

⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto junio 30 de 2004, radicado No. 20.965.

considera elementos propios de su representada legal, que estima apropiados por la afectada, lejos de transcribir verdaderos desarrollos conceptuales que hagan ver la creación literaria menesterosa de protección, dada la supuesta apropiación de la víctima, apenas relaciona ideas o conceptos básicos – por ejemplo, “contar y cantar”, “poesía y música”, “el poder mágico de la leyenda”, “el sueño como portador de poesía”, “el encantamiento y la vigilia”, “la creación y las correspondencias”-, que por sí mismos no constituyen una elaboración ilada y contextualizada de la procesada, ni pueden estimarse creaciones del espíritu vertidas en forma escrita.

Desde luego que el método comparativo intentado por la casacionista permite advertir cómo la afectada pudo haberse valido de esas ideas para construir su tesis, pero de ninguna manera hace ver que algún tipo de desarrollo conceptual de las mismas, hubiese sido objeto de apropiación.

En ese sentido, tiene parcialmente la razón la demandante cuando como conclusión de esa comparación aduce que “las ideas y la forma gramatical de Rosa María Londoño en su trabajo de grado, corresponden, no sólo a ideas de Luz Mary Giraldo, sino a un estilo muy particular de realizar el análisis del mundo poético de Giovanni Quessep.”

Ciertamente, confrontados los textos iniciales de la procesada -escritos con antelación a la tesis de grado objeto del plagio-, con el desarrollo expuesto por la víctima en la misma, es posible hallar similitudes en ideas o conceptos.

Sin embargo, ya quedó claro con el amplio examen realizado por la Corte en líneas precedentes, ello no constituye plagio, ni mucho menos torna ilícita, dentro del espectro de los derechos morales de autor, la conducta de la para ese momento estudiante, pues, como por lo general sucede, tomó como insumos esos que arriba se relacionan, para crear un trabajo original, vertido a través de su particular forma literaria o escritural, en amplio desarrollo intelectual.

Desde luego, el que esas ideas o conceptos primarios de la profesora, sirvan como insumos para la tesis de grado, no autoriza, a pesar de lo que intenta entronizar la defensora, para que, a su vez, la acusada diga suyo lo construido por la afectada, o siquiera copie su tesis y la difunda sin el respectivo reconocimiento.

Es que, se repite, la protección penal opera no sobre la idea o ideas, sino respecto la creación del intelecto plasmada objetivamente en un texto, una pintura o una escultura, sólo para citar ejemplos representativos. Y la apropiación indebida o plagio resulta no de que antes se tuviera ese tipo de pensamientos o ideas, y ni siquiera de que se esboce la posibilidad de adelantar un determinado proyecto, fundado en ciertos conceptos, sino del hecho cierto y materializado de que a ese proyecto se le dio vida, individualizada por una particular manera de exponer, construir y contextualizar esas ideas o conceptos.

Los estilos, huelga anotar, tampoco son objeto de protección en sí mismos, pues, si así fuera, la historia del arte o la creación literaria no se hubiese enriquecido con épocas, etapas o escuelas que se basan en similares presupuestos estilísticos o conceptuales pero, desde luego, conforman para cada autor una particular concepción, mirada o transfiguración de lo que en boga se halla.

La sanción penal se basa, debe reiterarse una vez más, en que se repita, copie o translitere la “forma” como cada autor o exponente de determinada corriente, si de ello se trata, asume su visión del tema, pues, en éste caso esa “forma” transforma el concepto o idea y lo apropia a la capacidad creadora individual del autor.

Es lo que sucede, si se tratase de ejemplificar, con el metal precioso y la joya que a partir de allí elabora el orfebre. Claro que el oro, en sí mismo, posee un valor material apreciable, pero lo plasmado allí como creación es la talla que sobre esa base hizo el artista y a ello es que se dirige la protección consagrada en la ley respecto de los derechos morales de autor.

Si se trata de desarrollar la idea en el campo literario, se sabe suficientemente que por virtud del “boom” generado por el llamado Realismo Mágico Garciamarquiano, en Latinoamérica, y con mayor vigor en el país, se creó una corriente fuertemente influenciada por esa particular concepción de la novela o el cuento.

Pero, cada autor ha escrito, con mayor o menor acento en la obra de García Márquez, una obra independiente que consulta su particular forma de abordar ese realismo mágico, aunque puedan advertirse similitudes estilísticas o temáticas.

Lo que no puede hacerse, y si se hace representa responsabilidad penal, es copiar fragmentos enteros de la obra literaria de Gabriel García Márquez (sin citar al verdadero artífice literario), así se trate de ocultar el hecho con simples cambios insustanciales de palabras, pues, en ese caso no existe creación libre del individuo, fruto de su propia individualidad, sino evidente apropiación de lo ajeno.

Para sostener lo dicho, a la Corte sólo le basta transcribir el comparativo (desde luego, después de hacer la verificación necesaria con los textos incorporados al expediente), efectuado por el representante de la parte civil, antes reseñado.

Revista la Casa Grande (Giraldo)

“A partir de este libro, Giovanni Quessep se distancia del tono sentencioso y aprovecha la potencialidad de la metafórica para establecer nuevas relaciones y multiplicidad de significados”. (Revista, párrafo 17).

“En medio de la preocupación por la muerte, “reino de las alas blancas”, y entre las presencias amadas, hechas maravillas por el canto, el poeta extranjero, forastero de su tiempo y de lo real, abandona este poemario con un desencanto completo: “Siento que mi hora esta cerca/Y he reinado sobre fantasmas.” (Revista, párrafo 17)

“Mientras en este libro, cuyo título y contenido profundo aluden al legendario personaje de

Nada diferente de lo acabado de relacionar, es lo que objetivamente se advierte en el asunto examinado, en tanto, basta confrontar, conforme lo hizo la parte civil en su escrito de objeción al dictamen pericial (Folio 19 y s.s., del cuaderno de incidente) lo consignado en la Revista La Casa Grande, por la procesada, con apartados extensos de la monografía de grado presentada por la afectada, para verificar sin mayor dificultad que lo realizado por la primera supera la simple apropiación de ideas o conceptos generales, para ingresar en el apartado penal del ostensible plagio, en su cariz simulado.

Es que, si se advierten párrafos enteros en los cuales apenas se cambia una palabra o se muta su orden, es lógico concluir que la procesada no sólo hizo valer como propio lo ajeno, sino que, consciente del desafuero, buscó ocultarlo, aunque, cabe decir, de forma bastante burda.

Tesis de Grado (Londoño)

Bretaña, el mago Merlín, atrapado en la roca y en estado de duermevela. Un jardín y un desierto conduce al mundo oriental”. (Párrafo 25 de la Revista)

A partir de este libro Canto del Extranjero, Quessep deja a un lado el tono sentencioso que permaneció anteriormente, aparece la sentencia ahora muy pocas veces, porque el sendero que elige el poeta es la exaltación de la metáfora; a través de ella, logra establecer nuevas relaciones que propician la multiplicidad de significados”. (Tesis, página 127)

“En medio de la preocupación por la muerte, “reino de las alas blancas”, y entre las presencias amadas, hechas maravillas por el canto, el poeta extranjero, forastero de su tiempo y de lo real, abandona este poemario con un desencanto completo: “Siento que mi

*hora esta cerca/Y he reinado sobre fantasmas.”
(Revista, párrafo 17)*

Si el título Muerte de Merlín alude al mago legendario de las tierras de Bretaña, que permanece atrapado en la roca y en estado de duermevela, el nombre de Un jardín y un desierto nos lleva a Oriente”. (Tesis, página 134)

“Si en preludeos Quessep edifica la fábula de la vida como anticipo de la muerte y en Madrigales de vida y muerte trastoca sueño y realidad: “torne a soñar, y el sueño sea la vida,/y la muerte una fábula de República de Colombia Página 98 de 103 Casación No 31.403 LUZ MARY GIRALDO DE JARAMILLO Corte Suprema de Justicia canto, en Muerte de Merlín llega al encantamiento de la realidad, al poner en duda lo “visto” en estado de ensoñación y lo plasmado en sus poemarios anteriores porque quizás no responda al estado vigilante de quien se desconcierta por su propio quehacer: “¿Aún si la poesía no es un engaño/ del telar que se mueve ante tus ojos,/dónde hallarás la salvación/ y quién podrá salvarte.” (Revista , párrafo 24)

“La imaginación del poeta sigue el camino de la lanzadera: el tejido de las palabras encantadas que construyen las fábulas de la vida y de la muerte muestra ahora mayor encantamiento de la realidad. Es así como los poemas se colman de presencias que encantan la realidad (muchas de herencia modernista) que poseen su propia música, tales como libélulas, hojas, ramas, corteza de árbol, ala, naranjal: “Apenas, en el fondo del naranjal/ se oye agua lejana, de otro tiempo;/ nada tenemos aquí que pueda alegrarnos,/pisamos la hoja caída, no miramos al cielo,” (Revista, párrafo 23)

“En el primer poema se establece un juego con el título: el poeta parece transcribir algo ya escrito y el lector se recrea con lo plasmado por un tercero”.(Revista, párrafo 13)

“En el segundo poema el juego se articula en la imagen metafórica, transportando el canto del poeta en la palabra-poema, en la que el yo poético dialoga con un tú que se desataca en: “Para ti Lu” (Revista, párrafo 13)

“En el tercer poema el narrador es Li Po, y el poema actúa como un intermediario que recuenta lo contado: Cuenta Li Po desde su exilio en la ciudad de Yehelang/ que en el palacio imperial de Uu”.

*En el poema que invita a recordar a Alicia, el personaje de Lewis Carrol, el hombre, la humanidad toda, se involucra en la historia”.
(Revista, párrafo 13)*

“Quessep edifica la fábula de la vida como anticipo de la muerte en su poema preludeos; “En Madrigales de vida y muerte trastoca sueño y realidad”... “torne a soñar, y el sueño sea la vida/ y la muerte una fábula de canto”, Quessep llega al encantamiento de la realidad, con la duda quizá de lo “visto” en estado de ensoñación y lo plasmado en los poemarios anteriores porque se acoge a la vigilia en el desconcierto de la vida, en el cuestionamiento de su propio quehacer : “¿Aún si la poesía no es un engaño/ del telar que se mueve ante sus ojos, /dónde hallarás la salvación/ y quién podrá salvarte.” (Tesis. Página 129, 130133)

“La imaginación del poeta sigue el camino de la “Lanzadera”, en su libro la Muerte de Merlín; el tejido de las palabras encantadas que constituyen la fábula de la vida y de la muerte, muestra ahora, el encantamiento de la realidad; el poemario se colma con las presencias que poseen su propia música (la hoja, la rama, la libélula, la corteza de árbol, el naranjal, el ala) “Apenas, en el fondo del naranjal/ se oye agua lejana, de otro tiempo;/ nada tenemos aquí que pueda alegrarnos,/ pisamos la hoja caída, no miramos al cielo,” (Tesis, página 131)

“En el poema epitafio del poema adolescente, genera el autor al crear el poema, un juego con el título, al leerlo se puede interpretar que el poeta transcribió lo ya escrito y que el lector se recrea con lo plasmado por un tercero”. (Tesis, página 123)

“Al engendrar Quessep, Canción de invierno, habla por medio de la metáfora sin intermediarios; las imágenes vehiculan el canto del poeta y es la palabra-poema, la que

conversa con tú (Para ti Lu)". (Tesis, página 123)

"En la parábola del siglo VIII, quien cuenta es Li Po, el poeta no es más que un intermediario que recuenta lo contado: Cuenta Li Po desde su exilio en la ciudad de Yehelang/ Que en el palacio imperial de Uu "Cuando el poeta canta en el poema para recordar a Alicia en el espejo, somos todos involucrados en la historia"... (Tesis, página 123)

"Un yo lírico que ha evolucionado; en Epitafio del poema adolescente, Canción del Invierno,

Parábola del siglo XVIII y Poema para recordar Alicia en el espejo se demuestra la metamorfosis de un yo en el que "cantar y contar" se asume de manera diversa". (Revista, párrafo 13

"el yo lírico se ve transformado. Los tres primeros poemas del libro Epitafio del poema adolescente, Canción del invierno, Parábola del siglo VIII y el poema para recordar a Alicia en el espejo son ejemplos estupendos de ese "cantar y contar de manera diversa"...ellos expresan la metamorfosis del yo lírico". (tesis, página 122)

Sirva el comparativo y su inocultable efecto demostrativo, para sostener que en este tipo de casos –habrá otros, no cabe duda, que sí lo exijan- no se hace necesario, a efectos de determinar la naturaleza del hecho y sus efectos, recurrir a expertos, cuya peritación, por lo demás, resulta dudosa, en tanto, se trata de una contrastación si se quiere objetiva, que tiene como objeto concreto verificar si un texto constituye transliteración o reiteración de otro, en magnitud suficiente como para entender que ha habido apropiación de lo ajeno.

Aquí, se citó a dos expertos, quienes presentaron conceptos distintos, atendida la disciplina en que cada uno de ellos es perito.

Incluso, con evidente impropiedad, el instructor buscó que el poeta, respecto de quien se hizo la crítica o análisis literario objeto de plagio, rindiera, en declaración juramentada, un inaceptable concepto de autenticidad, no sobre su obra, sino en torno de lo que acerca de ella se ha dicho.

Y no era necesario que así se hiciera, pues, como se anotó, el juez, dentro de su conocimiento común, referido al ciudadano medio, está en posibilidad de auscultar esa armonía o desarmonía textual, precisamente la que constituye el núcleo central del delito y consecuente responsabilidad penal.

Porque, es necesario anotar, lo que en el asunto analizado se busca, no es precisar el valor literario de lo escrito por el poeta, ni los imaginarios que dentro de su peculiar estilo plasma en su obra, sino apenas determinar si la crítica que de ello se hizo, ha sido copiada por la acusada, sin el correspondiente reconocimiento, de lo previamente expuesto por la afectada.

Basta, entonces, lo anotado ampliamente en precedencia, para concluir que no asiste la

razón a la casacionista en la crítica que por la vía de la incongruencia hace respecto de lo decidido por las instancias.

De otro lado, a pesar de las dificultades al momento de determinar cuál de los numerales contenidos en la norma, es el aplicable en el caso concreto, para la Corte asoma evidente que tanto la primera como la segunda instancias, al momento de calificar el mérito del sumario, específicamente definieron que la conducta ejecutada por la acusada consistía en haber tomado fragmentos enteros de la obra de la víctima para trasladarlos a un escrito que dijo suyo, sin otorgar a la verdadera autora el crédito que le correspondía.

Y ello ha discurrido pacífico y reiterado durante todo el trasunto penal, hasta la sede de casación, sin modificación trascendente que puede llevar a pensar en sorprendimiento o vulneración del derecho a la defensa.

Por lo demás, el análisis dogmático y probatorio efectuado por la Sala, permite advertir sin ambages que, en efecto, la conducta por la cual fue condenada la procesada, se ejecutó, y es ella responsable de la misma.

En consecuencia, la Corte no casará el fallo impugnado, razón por la cual conserva éste sus plenos efectos.

*En mérito a lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE

1. NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

2. *Copia de esta decisión remítase a la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior y de Justicia, para los fines señalados en la parte motiva.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria