

La falsificación de obras arte, su régimen de verdad y su tratamiento en Colombia.

Art forgery, the regime of truth and its legal treatment in Colombia

Fecha de recepción: 27/11/2017 - Fecha de aceptación: 28/02/2018

ALEJANDRO PENILLA RODRÍGUEZ¹

Resumen

La falsificación de obras de arte es un tema extraño a la doctrina nacional. En la práctica jurídica usual se estudian a fondo los temas que orbitan alrededor de la falsificación de una obra de arte, principalmente la falsedad en documentos públicos o privados (arts. 286 y ss. Código Penal) y el delito de estafa (art. 246 C.P.). Sin embargo, y tal como se demuestra a lo largo de esta investigación, el problema va más allá de la falsedad y la estafa, por el contrario y abordando el régimen de verdad propio de las obras, se aproxima a una definición conceptual de lo que se entiende por falsedad en una obra de arte, al igual que se describe la naturaleza de las obras de arte y el tratamiento que el operador jurídico les debe dar en relación con la figura de la falsedad al momento de enfrentar el reto jurídico que supone dicha situación.

Palabras clave

Arte, falsificación, falsedad, tipos de falsificación, obra de arte, objeto de arte, estafa, documentos, falsificación de obras de arte, régimen de verdad.

1 Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la misma casa de estudios. Candidato a Magíster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada (España). Docente del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana de Santiago de Cali. Actualmente se desempeña como abogado litigante. Santiago de Cali (Colombia), correo-e: alejandropenilla@gmail.com.

Abstract

Art forgery is an uncommon subject in national doctrine and a subject which is less commonly written about in international doctrine. Most doctrinal and jurisprudential sources commonly refer to forgery as falsifying public or private documents and the issues that surround it. Therefore, art forgery presents a great legal challenge as it is not only premised on a physical change but also on a modification of the truth contained in the object of forgery. This article investigates themes such as: the truth within works of art, the definition of a work of art, and many other concepts that are related to these topics.

Keywords

Art, forgery, art forgery, type of forgery, work of art, documents, objects of art, deception, document falsification, truth structure.

Sumario

1. Aclaración preliminar. 2. Las obras de arte: el concepto y la obra de arte falsa. 2.1. La obra de arte. 2.2. La obra de arte falsa. 3. El régimen de verdad de las obras de arte. 4. Los conceptos de falsedad, falsificación, verosimilitud, reproducción, réplica, auténtico, autoría y original. 4.1. Falsedad. 4.2. Falsificación. 4.3. Verosimilitud. 4.4. Originalidad. 4.5. Autenticidad. 4.6. Diferencia entre originalidad y autenticidad. 4.7. Réplica y reproducción. 4.8. Autoría. 4.9. Autenticación de una obra de arte. 5. La obra de arte: ¿documento? 5.1. La obra de arte como documento. 6. La conducta punible relacionada con la falsificación de obras de arte. 6.1. Inexistencia de conducta típica específica. 6.2. Los bienes jurídicos lesionados en la falsificación de obras de arte. 6.2.1. La injerencia de la obra de arte falsa en el bien jurídico del patrimonio económico. 6.2.2. La creación artística como bien jurídico, y la lesión o puesta en peligro por falsificación. 6.3. La falsificación de obras de arte y el delito de estafa. 6.4. La falsificación de las obras de arte y los delitos contra los derechos morales de autor. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Aclaración preliminar

Cuando decidimos abordar el tema se planteó como título *La falsificación de obras de arte en Colombia*. Sin embargo, al ahondar en la investigación pudimos concluir que, a pesar de haber avanzado considerablemente en el tema de la violación a los derechos patrimoniales e intelectuales de autor, son escasas tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional relacionada con la falsificación de obras de arte.

Por un lado, los desarrollos jurisprudenciales se han encaminado a definir aspectos propios de las conductas contempladas en los artículos 270 y siguientes del Título VIII (de los delitos contra los derechos de autor) del Código Penal (Ley 599 de 2000), así como los verbos rectores, y a explicar la diferencia entre derechos principales y derechos conexos; y por otro, los planteamientos doctrinales se han limitado a señalar el contenido de cada uno de los componentes normativos de las conductas contenidas por este título. También a las conductas resultado de la falsificación de las obras de arte, comúnmente la falsedad en documento público o privado y la estafa.

A pesar de todo, anticipadamente podemos concluir que el punto de convergencia de la falsificación de las obras de arte se centra en el encuentro entre el patrimonio económico y los derechos morales de autor. Así las cosas, el término arte no se refiere solamente a las artes plásticas, hacia donde se dirige comúnmente en gran parte el estudio correspondiente a la violación de derechos de autor, sino que el concepto engloba una universalidad que comprende, además de las artes plásticas, la literatura, la música, el cine y las ciencias exactas, entre otras.

De modo que con este trabajo buscamos resaltar los aspectos relevantes, de encuentro y de discusión, para un tema que no ha sido explorado por la jurisprudencia o la doctrina nacionales.

Con base en las anteriores consideraciones hemos decidido darle un nombre global a esta investigación, dirigiendo su análisis al enfoque o tratamiento dado en Colombia al tema de la falsificación de obras de arte, seleccionando al efecto el término específico "tratamiento" como el vocablo base para una metodología de trabajo que aborda la cuestión desde diferentes perspectivas, entre ellas, la legislativa, la doctrinaria y la jurisprudencial, sin dejar de un lado el aspecto del régimen de verdad que se crea alrededor de las obras de arte; de igual manera no se deja de hacer referencia a situaciones hipotéticas pensadas en la práctica usual del derecho colombiano frente a la falsificación de una obra de arte.

2. Las obras de arte: el concepto y la obra de arte falsa

2.1 La obra de arte

¿Qué entendemos por obra de arte? Al igual que cualquiera de los conceptos anteriormente definidos, la obra de arte presenta particularidades y complejidades propias cuyo análisis (para esta investigación) se debe basar en la práctica judicial, pues al tratarse de una problemática propia del derecho, resulta ilógico definirla desde su particularidad artística. Al efecto, el concepto “obra de arte” se debe aterrizar en su utilidad jurídica, aunque históricamente su definición se haya concebido a partir de los complejísticos componentes propios de las artes en general.

La legislación nacional, e incluso la internacional, aún no se han dado a la tarea de definir específicamente qué se entiende por obra de arte pues, en primer lugar, consideran que se trata de un concepto que puede ser definido desde distintas ópticas según la problemática que se busca resolver, y, en segundo lugar, porque es de poca usanza para el derecho tradicional. Sin embargo, la globalización, junto con el desarrollo económico, han generado nuevas necesidades para el derecho, de forma que es preciso definir sin lugar a dudas qué es una obra de arte a fin de utilizar adecuadamente el término dentro de la práctica jurídica; es decir que la definición de obra de arte se debe abordar desde un punto de vista jurídico y global.

Al respecto aceptamos la definición propuesta por la legislación española. Sin embargo, diferimos del concepto vinculado exclusivamente a un artista, pues la subjetividad propia del arte en general permite que cualquier persona que tenga la intención de crear un objeto artístico pueda denominarse autor, aunque no siempre ostente la calidad de artista; en ese sentido, y basándonos en la legislación española, consideramos más acertado definir la obra de arte como “Cualquier objeto material original creado por una persona cuya intención es que se tenga como arte, aunque en ciertos casos su autor sea un artista”. La anterior definición (inexistente en el ordenamiento colombiano) se anticipa a resolver el problema que se podría suscitar al momento de analizar los elementos objetivos de un determinado tipo, pues suponer que una obra de arte solo puede ser creada por un artista es calificar al sujeto activo de la conducta, llevándonos así a transitar el difícil camino de responder a la pregunta *¿cómo se define un artista?*, cuya respuesta puede ser más complicada que el ya planteado interrogante, *¿qué es una obra de arte?*

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, más que la calidad de artista que debe ostentar el creador de la obra, el producto final debe ajustarse a los supuestos de la definición de arte en sentido amplio. Así, cualquier persona puede crear arte, como es el caso de un músico que interpreta “Claro de Luna”, aunque no por eso el dibujo que elabore deba ser considerado arte.

2.2 La obra de arte falsa

Las falsificaciones pueden darse a través de distintas modalidades, y la literatura especializada se ha encargado de agruparlas, aunque aclaramos que las que transcribimos a continuación no son las únicas pero sí las más frecuentes.

Copia exacta. Producir y vender una reproducción como si se tratara del original [...]

Finalizar. Tomar la obra inacabada de un artista y analizarla sin dejar claro que no es el resultado del trabajo exclusivo del artista original.

Falsificación de la firma o la procedencia. Asignar la firma de un artista famoso a una obra creada en realidad por otra persona, y presentar documentos falsos de creación y propiedad para apoyar la falsa declaración.

Pastiche. Utilizar varios elementos de obras distintas o inacabadas de un artista combinándolos para crear una obra de arte, armando su integridad y atribuyéndola a dicho artista.

Tergiversación de la "escuela". Atribuir la obra de un miembro de la escuela de un artista (un estudiante de Rubens, por ejemplo) a la mano del maestro².

Así, considerando las modalidades más comunes utilizadas al momento de hacer una falsificación, es importante establecer cuándo realmente una obra ha sido objeto de falsedad, para lo cual planteamos un método que va en consonancia con la diferencia entre autenticidad y originalidad; sin embargo, antes de abordar dicho método, nos referiremos a una definición adoptada por la doctrina: "[es] aquella cuya historia de creación ha sido distorsionada para aparentar lo que no es, con la intención de engañar a un tercero"³.

La anterior definición constituye una sólida base para elaborar la enunciación a la que pretendemos llegar. En primer lugar, encontramos acertado que se plantee que la falsedad comienza en la "distorsión de la historia de la obra", en cuanto, efectivamente, modificar o *distorsionar* la trayectoria, historia o tradición de una obra es materializar una falsedad que busca mostrar lo que no es. Sin embargo, la falsificación puede darse de otras varias formas: por ejemplo, calcar un dibujo y atribuirle su originalidad a una persona distinta a su autor efectivamente es una falsedad; no obstante, en esencia la historia de la obra se mantiene intacta pues se inició a partir de su concepción por el autor, lo cual significa que la definición del

2 CLARK, Michael "The perfect fake: Creativity, forgery, art and the law", *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, vol. 15, N.º 1, Chicago, DePaul University, 2004, pp. 16-17.

3 LLUIS PEÑELAS REIXACH, *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona, Polígrafa, 2013, p. 385.

fragmento estudiado es insuficiente por cuanto no abarca la infinidad de ejemplos de falsedad que se pueden traer a colación.

Al continuar examinando la definición señalada aparece un elemento que cae en la categoría de la subjetividad: *con la intención de engañar a un tercero*. En ese sentido, al momento de querer introducir en el tráfico jurídico la falsedad se requiere que haya intención de engaño a un tercero, lo cual en el ordenamiento jurídico colombiano no se tipifica como una falsedad, sino indiscutiblemente como una estafa, situación que será objeto de estudio más adelante. Así las cosas, consideramos que no necesariamente la falsedad de una obra u objeto de arte esté dirigida a engañar a un tercero, pues se puede producir como un reto que se impone el falsificador, no para sacar provecho económico o embaucar, sino únicamente para su satisfacción. Lo mismo ocurre con el pintor que vende imitaciones afirmando que se trata de réplicas, lo cual no se puede calificar como engaño.

En el mismo sentido, se puede dar el caso del falsificador que vende sus obras a un tercero quien, a su vez, se encarga de venderlas como auténticas y originales beneficiándose económicamente del engaño. Si se observa, la cadena comercial entre el falsificador y el comprador-distribuidor corresponde a un negocio bilateral de venta y compra de un objeto determinado, en el cual el comprador es consciente de que está adquiriendo una falsificación, por lo que, de no existir esta, la venta no se concreta.

Así, por ejemplo, a pesar de que diferimos del planteamiento relacionado con la intención del autor, encontramos más cerca de nuestra posición la siguiente definición:

El concepto de falsificación implica necesariamente la intención de engañar por parte del falsificador o el vendedor de la obra: esto permite distinguir las falsificaciones de las copias inocentes o simplemente las malas atribuciones. El lenguaje corriente también admite que una copia honesta se puede utilizar más tarde como una falsificación, aunque originalmente la intención no fuera esa, y pueda terminar llamándose falsificación. En dichos casos, un vendedor intenta estafar a un comprador, sin que éste lo sepa, tergiversando la procedencia de una obra, quizás incluso añadiendo una firma o un certificado de autenticidad falsos. La línea entre una copia inocente y una falsificación manifiesta puede ser difícil de establecer, como ya veremos⁴.

A nuestro modo de ver, no es acertado incluir el elemento subjetivo del engaño a un tercero en la definición de obra de arte falsa, pues, como se ya expuso, la falsificación no necesariamente se hace para engañar. Por lo anterior ponemos a

4 DENIS DUTTON, "Authenticity in art", en *The Oxford Handbook of Aesthetics*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

consideración la siguiente definición: “*Obra u objeto de arte falso*. Es aquella pieza de arte modificada con el fin de mutar su realidad, certeza o verdad, atinando a crear un objeto u obra diferente a la original o auténtica, sin que la intención de su interviniente sea engañar a terceros”.

En consonancia con lo propuesto, y más cercana a la posición defendida a lo largo de este punto, traemos a colación la siguiente definición del doctrinante neozelandés Dutton.

Una falsificación se define como una obra de arte cuya historia de producción ha sido tergiversada por alguien (no necesariamente el artista) de cara a un público (posiblemente un comprador potencial de la obra), normalmente para obtener un beneficio económico⁵.

Es evidente que la posición que defendemos es disonante de las ya expuestas; a decir verdad, no hemos encontrado ninguna postura —a lo menos en las fuentes consultadas— similar a la teoría planteada, razón por la cual consideramos que es el espacio adecuado para generar discusión.

Como habíamos anunciado, la fórmula dogmática planteada se desprende de los elementos que componen la originalidad: por un lado, el elemento objetivo consiste en la efectiva modificación o alteración de la obra u objeto de arte, lo cual eminentemente toca con la antijuridicidad formal y material al momento de determinar si una conducta es o no punible; y por otro, el elemento subjetivo radica en la intención del sujeto agente de crear una falsificación, circunstancia que efectivamente se traduce en la existencia del dolo, conducta que se halla tipificada.

En consecuencia, en aras de determinar la existencia de una falsedad en una obra u objeto de arte se deben dar tanto el elemento objetivo como el subjetivo, de manera que, por ejemplo, la elaboración de un cuadro que imite un original de Obregón no constituye una conducta punible. Similar circunstancia ocurre con la falsedad ideológica en documento privado: su sola elaboración, sin que ingrese al tráfico social, se puede considerar una falsificación, pero no por el hecho de su existencia la conducta puede ser punible. En el siguiente punto se aborda el tema de la conducta punible referida a la falsificación de obras de arte en Colombia.

3. El régimen de “verdad” en las obras de arte

La definición del concepto “verdad” depende del área del conocimiento que se use como puerto para su estudio; de esa manera, la verdad que se estudia en teología no es la misma que la de la filosofía; y en lo que toca a la verdad que se estudia en el derecho penal, está, específicamente ligada a la esencia propia del derecho.

5 Ibid.

Los procesos de enjuiciamiento criminal se basan en una pugna de verdades, pues cada una de los extremos procesales intenta probar su teoría a partir de su propia visión de los hechos. Con todo, esa verdad, que eventualmente será confirmada por el juez, no es la verdad absoluta, sino que se trata de la verdad procesal; es decir que mediante las reglas y los elementos probatorios el juez llega a una convicción respecto de la teoría del caso específico.

La anterior afirmación nos lleva a preguntarnos: ¿los hechos que se prueban en el juicio corresponden a la verdad absoluta? La respuesta es no, pues se trata de la verdad procesal que depende de los medios de prueba, de su práctica y su calidad; es decir, no se trata de una verdad absoluta, atendiendo a que el objeto de juicio no es la verdad representada en su estado auténtico, sino la verdad representada a través de medios de prueba, los cuales, dependiendo de factores intrínsecos, podrán en cierta medida representar determinado hecho. No en vano,

(...) como se ha comentado, en el proceso distintos sujetos construyen narraciones y, de vez en cuando, puede suceder que un individuo cambie del todo o en parte su narración de los hechos si descubre que una descripción hipotética de éstos no es confirmada, y la sustituye con una diferente. Desde este punto de vista, el proceso puede ser interpretado como un juego complejo de narraciones que culmina solamente con la decisión final formulada por el juez⁶.

Como mencionamos al inicio de este acápite, la definición de verdad depende puramente del área del conocimiento desde la cual se aborda el estudio. Para el caso que nos ocupa, en el que buscamos construir el régimen de verdad de las obras de arte, podemos decir, en un primer estadio, que dicha verdad está ligada a los conceptos de autenticidad y falsedad. Veamos: el régimen de verdad es una estructura independiente del objeto de estudio; de hecho, el régimen de verdad, entendido como un método científico que permite aproximarse a la verdad de un determinado objeto de estudio, nos brinda las pautas de lo que esa obra de arte representa en el tráfico social.

En primer lugar, la verdad absoluta de la obra de arte se basa en a relación directa entre la creación primigenia y su autor, el cual, de manera problemática, se puede llamar artista. De forma que el concepto de verdad es mucho más complejo que la verdad en sí; sin embargo, con base en la construcción propuesta por Foucault, debemos entender que la verdad es el final de una cadena, es la *historia* que existe

6 TARUFFO, MICHELE, *Verdad, prueba y motivación en la decisión de los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 21.

entre un objeto y un sujeto, en nuestro caso diríamos entre la obra de arte y su creador. Foucault expuso así la creación de la verdad:

Me propongo mostrar a ustedes cómo es que las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos de conocimiento. El mismo sujeto de conocimiento posee una historia, la relación del sujeto con el objeto; o, más claramente, la verdad misma tiene una historia⁷.

En similar sentido, la verdad de la obra de arte está ligada a lo que es relevante para el derecho como ciencia social; es decir, la verdad absoluta es una categoría que difícilmente se puede comprobar a través del derecho; en ese orden de ideas, desde el campo de lo empírico, abordado a partir de la óptica de Foucault, se trata del estudio de la historia de la relación entre el sujeto y el objeto. Así, en su construcción teórica para definir el régimen de verdad el autor señala:

Lo importante, creo, es que la verdad no está fuera del poder, ni sin poder [...]. La verdad es de este mundo; está producida aquí gracias a múltiples imposiciones. Tiene aquí efectos reglamentados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su "política general de la verdad": es decir, los tipos de discursos que ella acoge y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera de sancionar unos y otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de aquellos encargados de decir qué es lo que funciona como verdadero⁸.

En segundo lugar, es necesario aproximarse a una conclusión que centre el objeto de discusión, pues el problema aquí no radica en el método de falsificación de una determinada obra de arte, o en las técnicas empleadas para determinar si es falsa o no; para este estudio ese tipo de discusión es secundario ya que su importancia consiste en demostrar que la diferencia entre lo auténtico y lo falso no se basa solo en un concepto técnico, sino que comprende la historia de la relación entre el sujeto y el objeto de la obra de arte, que al final es la historia de verdad.

En tercer lugar, debemos referirnos a la verdad relativa. Por una parte, tenemos lo que la obra de arte busca representar, y lo que se observa al respecto es que se trata de una función primigeniamente probatoria y propia del estudio de la obra, es decir, un documento; respecto de esa función particular se ha dicho que:

7 FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Rio de Janeiro, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1978, p. 3.

8 MICHEL FOUCAULT, *Microfísica del poder*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1979, p. 187.

(...) es por ello necesario admitir que la verdad en la vida del tráfico social, o en el más estricto campo de las ciencias jurídicas referidas al mismo tráfico de documentos, es la realidad documentada, es ese mismo tráfico integrado por los objetos que el hombre decide crear para comunicarse con los demás, a fin no sólo de transmitir un mensaje a los otros sino de encontrar una respuesta adecuada a los destinatarios del documento, visto como acto de comunicación social, y producir un determinado efecto de orden jurídico del cual responde quien es creador de la situación⁹.

Sin embargo, la verdad a la que deseamos aproximarnos no es la verdad procesal, es decir, aquella que intenta usar como prueba el documento, sino que buscamos llegar a lo que el tráfico social entiende como cierto en su representación.

La discusión parece resumirse en que si el objeto corresponde al creado por el artista entonces es verdadero. Sin embargo, el régimen de verdad propio de la obra de arte, y la realidad que fluye de ella al tráfico social, necesitan de una idea opuesta, es decir, de aquello que no es verdad. La verdad sola es el estado ideal de nuestro objeto de estudio, es decir, la realidad inmediata que se presenta a quien lo conoce.

El resultado del anterior planteamiento es que la falsedad es la idea opuesta a la verdad. Es el desconocimiento, entendido como la acción de no reconocer la historia de la relación entre objeto y sujeto, ya que la misma no es coherente, por ejemplo, en la atribución de autoría a determinado sujeto como creador de una obra de arte cuando este no ha participado de su creación.

Cuando la obra de arte no ha sido modificada en su historia, es verdadera. A pesar de que la verdad inmersa en el objeto puede corresponder a la historia impoluta de su creación, entendiendo que no ha sido tergiversada, la modificación de la relación comprende un componente intuitivo. No obstante, ¿qué sucede cuando la obra de arte ha sido editada?¹⁰. De antemano partimos de una concesión general, la edición de una obra de arte, sin importar si su naturaleza es lícita.

Cuando un curador restaura un cuadro modifica la historia de la relación entre el sujeto y el objeto, por lo que resulta relevante preguntarse: ¿se altera con ello el régimen de verdad de la obra de arte? Pues bien, consideramos que cualquier mutación de la historia de la relación necesariamente afecta la veracidad del objeto; no obstante, cuando la modificación es propia de un proceso en el que se intenta mejorar la obra, esta no deja de ser auténtica o verdadera. A pesar de ello, debemos hacer claridad respecto de algunos puntos:

9 CORREDOR PARDO, MANUEL. *Falsedad documental: ficción social de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 41.

10 Entender edición como la modificación lícita y consentida de una obra de arte.

- Ya mencionamos que, sin importar su resultado, las acciones dirigidas al mejoramiento o mantenimiento de la obra no le restan veracidad. Por ejemplo, el intento de restauración por Cecilia Giménez Zueco de la obra de Elías García Martínez, el *Ecce Homo*, en la localidad de Borja (Zaragoza-España)¹¹, tuvo un resultado absolutamente nefasto, lo cual no afectó su veracidad pues, a pesar de que se aumentaron elementos a la historia de la relación, se trata de la misma pintura concebida por su creador y, en consecuencia, esta sigue siendo verdadera.
- Distinto es el caso de la reproducción de una obra sin consentimiento de su autor, cuyo resultado carece de veracidad pues, a pesar de que su historia tiene una relación idéntica sujeto-objeto, no está acompañada de una correspondencia directa, de un relato sin modificaciones, de manera que se pueda considerar auténtica, por cuanto, para ser verdadera debe ser exactamente la creación original.

Lo mismo ocurre con la copia cuando obra consentimiento: en ese caso la copia representa efectivamente el objeto auténtico, pero no porque obre el consentimiento o la copia sea de gran calidad se la puede llamar auténtica o verdadera.

- Frente a las anteriores hipótesis consideramos que un caso en el que se observa con absoluta claridad la modificación del régimen de verdad de una obra de arte es cuando se busca de forma consiente atribuir su autoría a una persona diferente de su creador. Desde el punto de vista epistemológico la modificación del régimen de verdad de la obra de arte ocurre en el momento en que el sujeto que busca cambiar la historia de la relación sujeto-objeto mediante distintas acciones agrega, resta o modifica los elementos de esa historia con el fin de que la relación sujeto-objeto sea de otra persona y no la del autor auténtico.

No desconocemos que en el mundo material la alteración de la obra de arte provoca en ella cambios sustanciales, pues la consecuencia inexorable de esas modificaciones externas es que transforman su universo inmaterial, su régimen de verdad. Las modificaciones externas, por mínimas que sean, afectan la historia de la relación entre el objeto y el sujeto, especialmente cuando el sujeto es el punto partida de creación del objeto.

11 Cfr. [https://elpais.com/cultura/2012/08/23/actualidad/1345709139__149007.html].

Entonces, podemos decir que el régimen de verdad de la obra de arte es su genoma, y al efectuar un nuevo recorrido por los razonamientos expuestos es posible destacar algunas circunstancias que nos permiten cerrar este punto.

De una parte, inicialmente tenemos el régimen de verdad de las obras de arte, la médula del objeto en la que se almacena toda esa información (hechos, datos, motivaciones e intenciones del artista), lo inmaterial. En contrapartida aparece el mundo material, la realización de toda la información contenida en los genes de la obra, lo tangible para el hombre. Las modificaciones de la historia de la obra (intención de remplazo, cambio de pensamiento del autor, etc.) no tienen necesariamente una representación en lo material; sin embargo, toda modificación influye en el régimen de verdad pues una simple rasgadura cambia la historia de la obra: antes y después de la modificación.

Así, tenemos que la historia de la relación de la obra desde el momento de su concepción hasta el de su materialización, y su consiguiente existencia, está enmarcada en un régimen de verdad que define su autenticidad (la verdad de la obra) o su opuesto, es decir, su falsedad.

4. Los conceptos de falsedad, falsificación, verosimilitud, reproducción, réplica, auténtico, autoría y original

4.1 Falsedad

El concepto de falsedad cabe en lo que se considera una definición problemática en derecho; al respecto se han creado distintas teorías que responden principalmente al momento histórico en que fueron estructuradas e, igualmente, al sistema jurídico en que operan. Pues bien, podemos evidenciar que el concepto de falsedad surgió a partir del derecho romano (*falsum*), regulado por la *lex cornelia de falsis*¹², del cual ha derivado hasta la actual concepción de la lesión a la fe pública como consecuencia de los delitos de falsedad en documentos de carácter tanto público como privado.

El hombre tiene la capacidad sensorial de percibir los objetos y los fenómenos que suceden a su alrededor, y los concibe inicialmente como verdades; sin embargo, la falsedad ocurre cuando una circunstancia extrínseca modifica los elementos que componen esa realidad y la alteran, generando una nueva realidad que difiere de la verdad inicial del objeto. La mentada modificación se puede realizar alterando sus elementos, reproduciendo el objeto o creando uno nuevo a partir del objeto original.

12 SABOGAL QUINTERO, MOISES. *Falsedad documental (Documentos Privados y Públicos) y fraude procesal*, Bogotá, Ibáñez, 2015, p. 23

Consideramos relevante traer a colación algunas de las definiciones dadas por la doctrina; así, respecto del concepto de falsedad el tratadista colombiano Moisés Sabogal Quintero señala:

[...] una mutación de dicha verdad resulta ser la acción o fenómeno mediante el cual, en el marco de los objetos percibidos, se produce una alteración u ocultación o mediante creación nueva se realizan modificaciones ya fuere por creación imaginaria o mengua de sus sentidos aptas para provocar representaciones que no se corresponden con las relaciones efectivas¹³.

Por su parte, Jorge Arenas Salazar no se refiere específicamente al concepto de falsedad, aunque aborda su elemento fundante:

[...] se piensa que la falsedad tiene como esencia una mutación o alteración y por tanto es ingrediente de la acción falsaria. [...] la denominación de la acción o el verbo que se utiliza debe comprenderse en su sentido natural y obvio, y este no es otro que el de adulteración como cambio que genera contraste entre dos palabras, ideas o cosas. El contraste se produce entre algo que se toma como punto de referencia y un producto resultante de la acción de alterar. Lo que existe antes de la acción falsaria es lo genuino, y lo que resulta como consecuencia de la acción de mutar es lo falso. Entre lo genuino y lo falso tiene que mediar una acción. Es preciso que una conducta —en materia penal— produzca la transformación de lo genuino a lo falso¹⁴.

4.2 Falsificación

Desde el punto de vista gramatical, el concepto de falsificación está directamente relacionado con el concepto de falsedad expuesto en el punto anterior. En efecto, la segunda acepción planteada por el *Diccionario* de la Real Academia confronta los términos falsificación y falsedad¹⁵.

Ahora bien, consideramos que el sustantivo falsificación está directamente relacionado con el verbo falsificar y, en consecuencia, difiere del término falsedad, por lo menos desde la perspectiva jurídica. Cuando en derecho nos referimos a la *falsificación*, estamos hablando del objeto que resulta de la acción de falsificar. “La palabra ‘falsificación’ implica que la obra en cuestión no es auténtica y que se ha realizado con la intención de engañar”¹⁶. A pesar de esta aclaración, respecto del

13 Ibid. p. 39.

14 ARENAS SALAZAR, JORGE, *Delito de falsedad*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002, p. 138.

15 *Diccionario* de la Real Academia: [...] 2. f. Der. falsedad.

16 CHAPPELL, DUNCAN y POLK, KENNETH. “Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud”, en *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 20, No. 3, Sydney, The University of Sydney, 2008, pp. 1-20.

término falsificación se debe resaltar que el vocablo es empleado como verbo y efecto de falsificar. Definición a la cual no nos oponemos, pero afirmamos que, desde el arte, la diferencia entre los términos es sustancial: entendemos la falsificación como el resultado de falsificar, en el sentido de modificar –ilícitamente- mediante un proceso, una obra de arte, ligado inexorablemente a la acción de falsificar (como verbo, como acción), y no a su producto que, como venimos reiterando, es la falsificación.

Como ya se expuso, el término falsedad hace referencia a un conjunto de elementos que, amalgamados, construyen un concepto de tipicidad de la acción, mas no la tipicidad *per se*. No en vano la doctrina se refiere específicamente a la diferencia entre los dos términos: “Acostumbra a distinguirse entre ‘falsedad y falsificación’, atribuyendo a la palabra ‘falsedad’ un valor más neutro, aplicable a las personas, y refiriendo la ‘falsificación’ a las acciones”¹⁷.

Así, el término falsificar describe la realización de una conducta típica de la cual resulta un objeto denominado falsificación, aunque por lo pronto no haremos referencia a cuál conducta típica se ajusta; no obstante, al respecto la doctrina señala: “... la falsificación requiere la previa existencia de un documento o de un objeto verdadero, que mediante ciertos procedimientos se altera o se falsifica”¹⁸.

4.3 Verosimilitud

Inicialmente el concepto de verosimilitud se asocia inevitablemente al de verdad; sin embargo, como enseña Taruffo, dicha afirmación es equivocada, pues,

[...] al respecto, la primera y principal constatación que debe realizarse es que en la doctrina italiana el análisis del concepto de verosimilitud se funda sobre un equívoco [...] El equívoco es terminológico y, por tanto, conceptual. El aspecto terminológico consiste en partir del vocablo alemán Wahrscheinlichkeit y traducirlo por “verosimilitud”, sin tener en cuenta el hecho de que así se toma en consideración únicamente un área, y ni siquiera la más importante, del significado del término, olvidando otra –claramente la más importante- en la que aquél significa, en cambio, “probabilidad”¹⁹.

En castellano el concepto verosimilitud presenta el inconveniente de que se asemeja a la representación de la verdad de algo; sin embargo, el término no se debe relacionar con la verdad del objeto, sino que “... la verosimilitud indica el grado de

17 Ibíd.

18 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 723

19 TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*, cit., pp. 183-184.

capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad”²⁰. De modo que la verosimilitud es el grado de certeza que existe entre el objeto representado, o la “cercanía” de la aserción a la realidad de la que se ocupa²¹.

Lo anterior nos lleva a concluir que la verosimilitud de una obra de arte no está dada por su autenticidad, sino por el grado de certeza que trasmite a quien la aprecia que logra representarse lo que el autor decidió plasmar en ella. Nótese que, en este caso, puede tratarse de una obra no auténtica, dotada, sin embargo, de cierto grado de verosimilitud; aclaremos lo anterior con el siguiente ejemplo:

*[...] de forma análoga se puede decir que un cuadro es “verosímil” si se sostiene que representa bastante fielmente un determinado objeto; se puede decir que la descripción de un hecho es verosímil si es correcto suponer que existe un hecho similar al descrito*²².

Aquí es importante destacar que el ejemplo planteado proviene de una explicación de derecho probatorio; sin embargo, y de manera análoga, podemos utilizar el mismo ejemplo para corroborar la autenticidad o no de un cuadro, queriendo decir con ello que una obra verosímil también es aquella que, a pesar de no ser auténtica, puede ser relacionada, con cierto grado de certeza, con la verdadera, llegando a esa conclusión mediante un razonamiento cuasi intuitivo y no a partir del conocimiento cierto de su veracidad.

Con base en lo dicho podemos afirmar que:

*(...) “verosimilitud” sirve para designar aquel aspecto de la aserción sobre un hecho en función del cual se puede decir que ésta se corresponde con una hipótesis plausible según el orden “normal” de las cosas, en una situación en la que esa aserción no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa*²³.

El citado ejemplo está en consonancia con el razonamiento expuesto: se trata de un planteamiento hipotético del intérprete (quien ve la obra), en el que no media aún un grado de conocimiento dirigido a la certeza, sino sumariamente una construcción del pensamiento basada en elementos, intuitivos e hipotéticos, relacionados con el objeto que representa; de ahí que:

20 Ibíd. p. 185.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, cit., p. 188.

(...) la verosimilitud, pues, no expresa conocimientos o grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba de la aserción sobre el hecho, mientras que la verosimilitud prescinde de los elementos de prueba y –en el proceso– es relevante en momentos anteriores a la adquisición de pruebas²⁴.

4.4 Originalidad

Originalidad no es sinónimo de autenticidad. Como ya planteamos, la autenticidad obedece a las características que conforman un objeto, mientras que la originalidad se refiere a la materialización de la idea concebida por el autor. En otras palabras, para que una obra de arte sea original debe existir un nexo entre ella y quien la realizó; se podría agregar que en caso de que la obra se identifique mediante alguna grafía, la misma debe corresponder a quien proclama ser el autor, aclarando que la grafía impuesta es un signo de autenticidad que nos lleva a presumir su originalidad.

La originalidad es la relación directa y manifiesta entre el autor de la obra y el resultado de su creación. Es decir, en el plano subjetivo es la ideación de la obra de arte que habita en el imaginario del creador o artista y se manifiesta de manera objetiva en el mundo real mediante la elaboración del objeto de arte. Se observan, entonces, dos elementos: uno objetivo, que corresponde estrictamente al objeto de arte, y uno subjetivo, que es la idea con la que se imagina ese objeto; de donde resulta que la originalidad es esa cadena inquebrantable que une los elementos subjetivo y objetivo, siendo el segundo una consecuencia del primero.

El caso ideal de originalidad ocurre cuando el autor efectivamente pinta un paisaje y lo firma con su grafía en la obra identificándola como suya. Sin embargo, podría darse el caso de que se desconozca si efectivamente existe la relación autor-obra, pero en el que los elementos que la conforman son auténticos. Más allá de lo planteado, para configurar la originalidad de una obra la doctrina especializada requiere la existencia de dos elementos, a saber, y como lo señala la doctrina,

[...] necesariamente habrá reflejado su personalidad de forma novedosa en la misma, nota que a su vez comporta que se cumplan los dos requisitos que exigimos para que se dé la originalidad: la obra refleja la personalidad del artista y es una novedad objetiva²⁵.

4.5 Autenticidad

En sentido amplio, se predica la autenticidad de un objeto cuando está compuesto por elementos ciertos y veraces, de donde es posible afirmar que la cualidad de autenticidad de un elemento, del cual se pueden verificar las unidades

24 Ídem.

25 PEÑUELAS I REIXACH, LLUIS. *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, cit., p. 60.

requeridas para conformarlo, proviene de una fuente conocida e irrefutable en cuanto a su origen, y en consecuencia, cuando cada una de las piezas emanadas de esa fuente obedecen a una conformidad del concepto que de ellas se forma –verdad-.

Sin embargo, antes de continuar es preciso aclarar el concepto “fuente conocida e irrefutable”. La fuente conocida, como concepto independiente, corresponde al origen de la obra de arte, referida no a su tradición (propietarios, galerías, subastas, etc.) sino a la fuente de la que proceden los elementos que la componen. Si a ese concepto sumamos el de irrefutabilidad, el cual comprende el hecho de que determinada hipótesis es irrefutable mediante argumentos o razones, el producto resultante es una obra de arte que, atendiendo a los significados, características y, en general, a la universalidad de los elementos que sumados hacen una obra de arte, son tan propios y únicos a la verdad que concibe su creador, que no cabe duda alguna frente a la hipótesis de verdad o autenticidad de la obra.

A manera de ejemplo: se puede predicar la autenticidad de una obra pictórica como perteneciente a la Baja Edad Media si está compuesta en su totalidad por espacios de temática religiosa, si carece de perspectiva geométrica, si está cargada de simbolismos, si proviene de un museo medieval, y si las pinturas utilizadas para su creación son producto de mezclas vegetales del siglo x.

4.6 Diferencia entre originalidad y autenticidad

La doctrina tradicional no diferencia claramente entre los conceptos de originalidad y autenticidad; es más, la perspectiva mayoritaria incluye en la originalidad el concepto de autenticidad, posición de la cual discrepamos.

En concordancia con las explicaciones de los dos términos contrastados, planteamos los siguientes razonamientos a manera de conclusión respecto de dicha diferencia:

- La originalidad está dada por dos conceptos: un elemento objetivo, que es la representación material de una idea, que a su vez es el elemento subjetivo de la originalidad.
- La autenticidad hace referencia a los elementos que conforman el objeto u obra de arte. Circunstancia que difiere diametralmente de la originalidad.
- No se puede afirmar, entonces, que los elementos que conforman un objeto se equiparan a la relación de causalidad en la creación de un objeto.
- En consecuencia, la distinción entre los dos elementos contrastados es evidente: se refiere a una cadena de causalidad que debe ser ininterrumpida, de modo que se pueda hablar de originalidad sin necesidad de examinar los

elementos que se han utilizado para configurar tanto el elemento objetivo como el subjetivo.

- La diferencia entre los dos conceptos es tan notoria que se puede hablar de una obra original, pues efectivamente se trata de un objeto de arte que ha resultado de la intención de un individuo de elaborarlo; sin embargo, los materiales, la idea o lo que efectivamente se está intentando representar, no proviene de una fuente cierta y veraz.
- Podemos también enfrentarnos a una situación donde se predica la autenticidad de la obra, pero no necesariamente su originalidad. Sirva de ejemplo un cuadro de elaboración colectiva, en el que se utiliza una determinada técnica que exige ciertos materiales, y que proviene de una idea genuina del colectivo autor; sin embargo, la autoría se le imputa a un sujeto que no tuvo participación alguna en la creación de la obra, o se le adjudica únicamente a un grupo determinado de la totalidad de los autores, circunstancia que indefectiblemente nos enfrenta a una obra auténtica, mas no original.
- También puede suceder que se pregone la originalidad pero no la autenticidad de la obra, por ejemplo, cuando se utiliza el pastiche, técnica de falsificación que según el *Diccionario de la Real Academia* es una "... imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente". En gracia de discusión está el caso de un sujeto "A" que manifiesta ser el autor de un montaje fotográfico para el cual utilizó una técnica específica, y del que se puede afirmar su originalidad; sin embargo, la técnica es creación de un artista "B".

En definitiva, se puede concluir que la diferencia no solo radica en el plano dogmático, sino que la práctica crea la necesidad de separar los dos conceptos, por lo que dicha diferencia es visible en el mundo filosófico de las ideas del derecho y tangible en el mundo de la práctica jurídica.

4.7 Réplica y/o reproducción

La réplica y/o reproducción consiste en la imitación exacta de una obra cuya acepción se puede tomar desde la duplicidad: existe un elemento original "A", del cual se hace una réplica "B" que imita las características idénticas del objeto "A". Según el diccionario de la Real Academia, una réplica es una "Copia exacta de algo, especialmente de una obra artística". En el campo de estudio que nos ocupa, una

réplica podría significar, por ejemplo, una reproducción exacta de una escultura del maestro Fernando Botero, en la que se imita su forma, tamaño, material y otros elementos que la hacen idéntica al objeto replicado.

En la práctica usual, las réplicas son utilizadas con fines didácticos o de seguridad. En el primer caso, cuando la pieza de arte es demasiado frágil se almacena bajo ciertas características que impiden el acceso del público a ella, y en consecuencia se utiliza una réplica. En el mismo sentido, cuando existe una obra o pieza que por su elevado valor y alto riesgo de hurto no se expone al público sino que se resguarda bajo estrictas condiciones de seguridad, se utiliza una réplica para que supla su lugar²⁶.

Ahora bien, un ejemplo más usual lo constituyen sin duda las réplicas y las reproducciones de libros. Actualmente se debate si se debe penalizar la reproducción de textos fotocopiados, tanto académicos como literarios, en vista de que un concepto amplio de arte incluye los productos de investigación, en este caso los libros científicos que son reproducidos y replicados, pues a pesar de que esa circunstancia está tipificada penalmente, en la práctica rara vez se inician investigaciones contra las personas que en establecimientos de fotocopiado replican en su totalidad las publicaciones, incluso buscando que las portadas reproduzcan en su totalidad el original estableciendo una casi perfecta similitud con la réplica. No en vano, algunas editoriales hacen notas aclarativas, como la siguiente que en nuestro concepto aporta en síntesis el objeto de la discusión:

Antes que el libro científico muera

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

26 GARCÍA CALERO, JESÚS. "Museos, copias y falsificadores en la era de la posverdad. ¿Cuántos falsificadores lograron vender 'obras maestras alternativas' y no han sido detectados? El arte pone en entredicho el poder del museo", *Diario ABC*, disponible en [http://www.abc.es/cultura/arte/abci-museos-copias-y-falsificadores-posverdad-201704300050_noticia.html], consultada el 30 de enero de 2018.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitirla ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie²⁷.

4.8 Autoría

La definición de autor está sujeta al ámbito que se quiera aplicar. En la materia que nos ocupa, el autor es la causa de la idea. Es la persona, o grupo de personas, que a partir de su imaginación materializa esas ideas y las trae al mundo de los sentidos a través de una expresión artística: pintura, escultura, dibujo, etc. Para determinar quién o quiénes son autores de determinada obra debe existir una relación directa entre el proceso imaginativo y la expresión artística convertida en realidad tangible. "Recordemos que autor de una obra de arte es, para nosotros, 'el que la ha creado y ejecutado' o 'el que la ha creado intelectualmente y materialmente'"²⁸.

4.9 Autenticación de una obra de arte

La autenticación de una obra de arte es un proceso mediante el cual una persona con un conocimiento específico y especial sobre arte, evalúa la procedencia (desde la originalidad), verdad y certeza de los elementos que componen una obra de arte. Así, mediante ese proceso se busca definir si una obra es o no auténtica. En ese orden de ideas, la autenticación de una obra de arte requiere una serie de múltiples estudios que arrojan como resultado, cada uno individualmente, si se trata o no de un original, si sus elementos son verdaderos y ciertos, debiendo ser legítimos todos los elementos mencionados de forma que la obra se pueda considerar auténtica.

De estos tres elementos²⁹, íntimamente relacionados, propiamente el que nos interesa a nosotros es el de la autoría, dado que es éste el que juzgarán principalmente los comités de autenticación y expertos en arte cuando realicen su labor de autenticar las obras de arte. Estos tienen la misión de constatar si es correcta, si es verdadera, si coincide con la realidad, la atribución de autoría y originalidad de una obra de arte a un artista específico³⁰.

27 Editorial Temis S. A., Bogotá, Colombia.

28 PEÑUELAS I REIXACH, LLUIS, *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, cit., p. 59.

29 Origen, autoría y procedencia.

30 PEÑUELAS I REIXACH, LLUIS, *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, cit., p. 134

Generalmente los procesos de autenticación culminan con la elaboración de un certificado de autenticidad cuyo valor depende directamente de la calidad del estudio realizado y de las cualidades del examinador (p. ej., un certificado expedido por un especialista en tendidos eléctricos correspondiente a una experticia sobre pinturas al fresco del Renacimiento italiano no tiene ningún valor), motivo por el cual consideramos que el valor de la certificación depende de dos aspectos principales: uno objetivo, ligado a los estudios y pruebas que se puedan realizar a la obra de arte en estudio, y uno subjetivo, relacionado con la identidad del examinador; en todo caso, el certificado de autenticidad es un documento privado (en la mayoría de los casos), o público cuando es realizado por un perito que cumple una función pública.

El fin de dichos certificados es la protección del régimen de verdad que acompaña a las obras de arte; así, la función del perito no consiste solamente en identificar y validar que la historia de la relación sujeto-objeto no haya sido modificada, o sea prístina en cuanto es la idea que originalmente fue concebida por el autor y posteriormente plasmada en un objeto de arte, sea cual sea el sustrato, sino que evidentemente está íntimamente ligada a la verdad del objeto.

Por ejemplo, cuando se efectúa un examen pericial a una obra de arte, mediante el cual se pretende determinar su autenticidad, es decir, la verdad que le corresponde en cuanto a que su historia se puede representar válidamente sin defectos en la actualidad, lo que realmente está valorando el resultado de dicho examen, que se presume dictaminará la autenticidad o no de la obra, son las cualidades que la llevan a ser verdadera, su grado de verdad frente al tráfico social. A pesar de todo, se puede dar el caso de que un dictamen pericial no sea del todo definitivo y no resuelva el interrogante para el cual fue planteado: ¿es la obra de arte verdadera?

Puede ocurrir que al momento de efectuar la prueba pericial los elementos empleados no lleven a la convicción absoluta del perito acerca de la verdad de la obra y, en ese orden de ideas, volvemos a un punto ya mencionado: la verosimilitud de la obra; sin embargo, a pesar de que los elementos de convicción no sean suficientes para dictaminar que la obra observada es la verdadera, es decir, aquella que se representa ante el tráfico social, habrá algunos elementos suficientes para construir un grado de certeza y mostrar la obra como verosímil.

Lo anterior nos permite concluir que a pesar de que los delitos de falsedad en documentos no son compatibles con las falsificaciones de obras de arte, tal como se demostrará más adelante, la conducta sí es compatible con la falsedad que se pueda dar en un certificado de autenticidad. La función social del certificado de autenticidad de una obra de arte es visar, certificar o legitimar que el resultado del estudio efectuado permite comprobar su originalidad y autenticidad. Así, dicho

documento tiene un valor probatorio de verdad frente al tráfico social, es decir, permite dar fe de una verdad y, basada en ese documento, una persona puede representar una determinada obra de arte como cierta.

La desfiguración de la verdad en un certificado de autenticidad se adecúa a las conductas señaladas en los artículos 286^[31] y 289^[32] del Código Penal. En el caso del artículo 286, se trata de un perito que esté cumpliendo con una función pública y que efectivamente distorsione la verdad de dicho documento ya sea para certificar que una obra no es auténtica cuando sí lo es, o afirmar que una obra es auténtica cuando no lo es. El artículo 289 trata el caso de un particular que incurre en la misma conducta, atendiendo a que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³³ afirma que la falsedad ideológica en documento privado es posible, siempre y cuando el documento tenga capacidad de certificar una determinada situación.

5. La obra de arte: ¿documento?

Para desarrollar el tema enunciado es indispensable definir cuál es el objeto material sobre el que recae la conducta típica, aclarando que hasta el momento no hemos encontrado una conducta específica del ordenamiento penal que corresponda a la falsificación de una obra u objeto de arte. En ese sentido, en el mundo jurídico una obra de arte puede tener dos acepciones: por un lado, y desde una óptica *ius privatista*, puede ser un bien que pertenece a un individuo, y de otro, un documento; es frente a su calidad de documento que analizaremos la situación. Obsérvese la importancia de dicha clasificación con base en la aseveración hecha por la doctrina.

Dado el carácter de unicidad y especificidad que tiene la obra de arte, consideramos que es interesante proponer un concepto de obra falsa. Para ello, vamos a utilizar una terminología análoga a la utilizada por la falsedad documental, la única regulada en nuestro

31 Artículo 286. *"Falsedad ideológica en documento público.* 'Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente': El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses".

32 Artículo 289. *"Falsedad en documento privado.* 'Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente': El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses".

33 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de marzo de 2005, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Rad. 22.407.

Código Penal, pues no podemos olvidar que la obra de arte es un documento histórico. La obra de arte, junto a otras fuentes de conocimiento histórico, constituye, en sí misma, un valioso documento y un testimonio indispensable y singular para conocer el devenir de las sociedades, al tiempo que se virtualiza como elemento transformador de éstas³⁴.

5.1 La obra de arte como documento

A continuación examinaremos si la obra de arte se puede considerar un documento. Al respecto estudiaremos en primer lugar las definiciones legales de documento y lo que afirma la doctrina. En ese orden de ideas, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) define los documentos como:

[...] Artículo 243. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública³⁵.

Por su parte el artículo 294 del Código Penal (Ley 599 de 2000), considera que, para efectos de la legislación penal, son documentos:

Artículo 294. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria.

A su vez, el artículo 424 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), establece que se pueden considerar como prueba documental:

Artículo 424. Prueba documental. Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes:

34 CASABÓ ORTÍ, MARÍA ÁNGELES. *La estafa en la obra de arte*, Murcia, Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas, 2014, p. 43.

35 Conc.: Código de Procedimiento Civil (Dcto. 1400 de 1970). "Artículo 251. Distintas clases de documentos".

1. *Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.*
2. *Las grabaciones magnetofónicas.*
3. *Discos de todas las especies que contengan grabaciones.*
4. *Grabaciones fonópticas o vídeos.*
5. *Películas cinematográficas.*
6. *Grabaciones computacionales.*
7. *Mensajes de datos.*
8. *El télex, telefax y similares.*
9. *Fotografías.*
10. *Radiografías.*
11. *Ecografías.*
12. *Tomografías.*
13. *Electroencefalogramas.*
14. *Electrocardiogramas.*
15. *Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.*

Al respecto, el maestro Jairo Parra Quijano considera:

“En nuestro entender, documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento”.

De lo anterior se deduce:

A. Que nos ubicamos dentro de los criterios expuestos por Francesco Carnelutti³⁶, en el sentido de que el documento es una cosa que tiene carácter representativo.

B. Dentro de la definición incluimos las dos especies de documentos que pueden existir: los que forman cuando se capta previamente el hecho, esto es que se han representado anticipadamente en la psiquis del hombre, y los que no³⁷.

En cuanto al profesor Manuel Corredor, define el documento como el “[m]edio de comunicación probatoria en el tráfico genera[.]”³⁸.

Del cual se deben considerar las siguientes características como esenciales para su existencia:

a. Que se fije un soporte material para que pueda circular en el tráfico; b. El empleo de un lenguaje comprensible y a terceros del tráfico en general, como comunicación

36 Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*, Buenos Aires, Editorial Arayú, 1955, p. 156. Un documento es: “Una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho”.

37 JAIRO PARRA QUIJANO, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2014, p. 497.

38 CORREDOR PARDO, MANUEL *Falsedad documental: ficción social de autor*, cit., pp. 319-320.

*probatoria; c. Que tenga una relativa perdurabilidad para que sirva como medio de prueba frente a terceros; d. Que ostente un autor perceptible en el documento mismo directa o indirectamente, que asuma la responsabilidad social por los efectos de la representación documentada, y e. Que la representación tenga un completo y autónomo sentido jurídico para el tráfico*³⁹.

Otro tratadista especializado en el tema, Jorge Arenas Salazar, da también su definición: "Desde un punto de vista general y amplio, documento es todo objeto que nos permite tener un conocimiento diferente o adicional al objeto mismo"⁴⁰.

Agregando que lo relevante a la hora de definir qué se debe entender por documento es:

*Lo que resulta trascendente en todos estos casos y que nos permite usar el concepto de documento en los ejemplos propuestos, es la relación entre un significante y un significado. El significante es el documento. Lo significado es la información o el conocimiento nuevo que se puede adquirir por medio del documento. De esta manera se puede afirmar que los documentos, signos o señales, en sentido general, son infinitas*⁴¹.

Puntualizando la definición desde el punto de vista jurídico así:

*En este orden de ideas, se considera que documento es todo objeto representativo de hechos, fenómenos, relaciones, manifestaciones y, en general, de circunstancias que trasciendan en las relaciones jurídicas*⁴².

Habiendo recogido suficientes definiciones del concepto de documento, y confrontándolas con nuestro objeto de estudio, que para este apartado específico es la obra de arte como género, podemos aproximar las siguientes conclusiones:

- Las definiciones provenientes de cuerpos legislativos, como la definición del Código General del Proceso o del Código Penal tienden a estructurar la definición a manera de listado taxativo de los elementos que se pueden o no considerar como un documento. Las definiciones legislativas hacen especial énfasis en la diferencia entre documento público y privado, puntualizando el origen del cual el documento emana.
- Para el caso específico del Código General del Proceso, y desde su predecesor el Código de Procedimiento Civil, los cuadros son considerados como

39 Ídem.

40 ARENAS SALAZAR, JORGE. *Delito de falsedad*, cit., pp. 321-322.

41 Ídem.

42 Ídem.

documentos, así, de manera exegética, la norma resuelve esa problemática; sin embargo, los cuadros no son las únicas obras de arte, por lo que el problema de si una escultura o un montaje fotográfico pueden ser documentos se resuelve mediante la expresión "... todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo". Si la escultura representa un hecho, por ejemplo, un nacimiento, podrá ser considerado documento. Hay que recalcar que la calidad de documento no está dada por el objeto en sí, sino por la capacidad de comunicación que pueda tener en el tráfico social.

- Por su parte, el Código Penal se aproxima a la definición de documento de diferente manera que el Código de Procedimiento: la descripción de la legislación penal utiliza el vocablo *expresión*, lo que nos lleva a inferir que, independiente de la definición propia de documento, este debe tener indudablemente capacidad comunicativa. Dicha norma no hace un listado de objetos considerados documentos, sino que erige su definición con base en los requisitos de *dónde* y *qué* debe contener el objeto para ser considerado documento. Es de destacar en esta definición que sea cual sea el objeto o documento no se pueden omitir las siguientes características: i) Tener capacidad probatoria; ii) Representar hechos o datos, y iii) Partir de un soporte material.
- De todas las definiciones consignadas se puede extraer un elemento común: el documento debe representar necesariamente un hecho o una idea, de donde se extrae puntualmente que, aunque se trate solamente de una piedra o una hoja, deben representar una situación o hecho determinado, situación que se materializa al formar una idea en el imaginario de la persona que observa el documento.
- En consecuencia, de lo planteado en la conclusión anterior, en la que el objeto debe representar algo en el imaginario de quien lo percibe, se extrae que en el mundo jurídico esa situación se traduce en la capacidad de representación probatoria que puede tener el documento, siendo esa la razón por la cual en lo jurídico se exige la capacidad probatoria, pues una piedra en sí no tiene la cualidad de la representación; sin embargo, en palabras de Zadig, "Su freno ha de ser de oro de veinte y tres quilates, porque habiendo estregado la cabeza del bocado contra una piedra que he visto que era de toque, hice la prueba"⁴³. El cuento de Voltaire muestra la capacidad probatoria o sentido jurídico que el documento debe tener en el tráfico jurídico.

43 VOLTAIRE, "Zadig o el destino", en *Cuentos Escogidos*, Madrid, Edicomunicaciones, 2001, pp. 13-68.

- Diferimos de las definiciones que exigen que la representación del documento debe ser material, y esta crítica se aborda desde la exégesis de la interpretación de la definición y del término material, dado que los desarrollos tecnológicos han ido introduciendo documentos en forma electrónica, por lo que consideramos que no se debe usar la voz *material*, sino *perceptible por los sentidos*, al referirse al soporte del documento. Igualmente, extendemos la crítica a la identificación de *autor perceptible*, toda vez que exigir por lo menos la inferencia razonable de la existencia de un autor estaría uniendo la existencia del documento al posible vínculo que se puede estructurar entre un documento y su autor.
- Finalmente, y dando respuesta al problema jurídico señalado en este capítulo, concluimos que las obras de arte efectivamente pueden ser consideradas documentos. En primer lugar, la definición del Código General del Proceso se refiere directamente al “cuadro” –en el sentido de obra u objeto de arte– como un documento, de manera que la discusión podría quedar zanjada allí; sin embargo, queda latente la duda respecto de las demás expresiones artísticas, de modo que, en segundo lugar, si la obra efectivamente representa un hecho, una idea, una relación o, en general, hace una manifestación, adquiriría la calidad de documento.

Compartimos entonces la idea de que la obra de arte es ambivalente en cuanto a sus características: por un lado, puede ser un bien, una cosa, conforme lo dispone la legislación civil, y al mismo tiempo un documento, por lo que es claro que esas dos condiciones no son excluyentes entre sí sino totalmente compatibles. Posición esta que se acepta parcialmente con el profesor Jorge Arenas, en estos términos:

Por ello se estima absolutamente superfluo entrar en la polémica de si los documentos sólo pueden ser muebles, o si pueden ser también inmuebles todos, o unas especies de éstos. Si se mira desde su función, es claro que, en general, los inmuebles no son objetos aptos en la actividad probatoria, dada las características de ésta⁴⁴.

En la anterior posición doctrinaria es evidente que las obras de arte pueden compartir ambas características de documento y cosa, contribuyendo con ello a definir las conductas que se deben imputar al momento de enfrentar una falsificación de obra de arte, lo cual se desarrollará en el siguiente capítulo; así, al definir si es lo uno o lo otro se puede determinar claramente cuál es el bien jurídico tutelado por el derecho penal que se lesiona o pone en peligro a la hora de falsificar una obra de arte.

6. La conducta punible relacionada con la falsificación de obras de arte

6.1 Inexistencia de conducta típica específica

El interrogante que surge respecto de la conducta es ¿por qué se habla de falsificación cuando realmente no se trata de una falsificación? Lo primero que debemos decir, como ya se expuso en extenso, es que la falsificación de una obra de arte consiste en su variación, deformación, cambio o imitación; sin embargo, desde el punto de vista de la antijuridicidad, las obras de arte no tienen representación alguna para la fe pública; pero, ¿qué se entiende por fe pública?

Falsedad es lo contrario a la verdad o, como decían las Partidas, "mudamiento de la verdad". En este sentido no existe un derecho a la verdad. La verdad que aquí interesa no es la verdad en sentido filosófico, sino la apariencia de conformidad con la realidad que engendran determinados signos, nombres, documentos, trajes, etc. Esta apariencia de verdad que generan tales signos engendra una confianza, una fe, en la sociedad, en el público en general, la fe pública que se protege por el Estado en cuanto es necesaria para el tráfico jurídico y puede servir como medio de prueba o autenticación⁴⁵.

De acuerdo con esa definición, resulta admisible afirmar que las obras de arte no hacen parte de esa representación de verdad y confianza que emana hacia la sociedad, sino que, por el contrario, son una creación del hombre que busca un fin estético y comunicativo; sin embargo, no se trata de objetos que "gozan de crédito en las relaciones sociales y su uso es indispensable para el normal desarrollo de una convivencia con un mínimo de organización. Sin la fe pública no podría desarrollarse el tráfico jurídico"⁴⁶.

Por consiguiente, consideramos que la inexistencia de un tipo penal que describa la conducta específica de falsificar una obra de arte obedece, por un lado, a la extrañeza de ocurrencia de ese tipo de conductas, aunado a la falta de lineamientos de política criminal, y por otro, a que los bienes jurídicos que se lesionan o ponen en peligro al momento de falsificar una obra de arte, sus objetos de derecho, no están representados en un bien jurídico específico del Código Penal.

45 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal parte especial*, cit., pp. 721-722.

46 Ídem.

6.2 Los bienes jurídicos lesionados en la falsificación de obras de arte

6.2.1 La injerencia de la obra de arte falsa en el bien jurídico del patrimonio económico

Desde otra perspectiva, la clasificación de las obras de arte como bienes ofrece un punto de inicio importante para identificar el bien jurídico que se debe proteger desde el derecho penal. Al formar parte del patrimonio de las personas, los bienes pueden representarse en la sociedad mediante el valor que se les asigne conforme a sus características, y son susceptibles de ejercer derechos patrimoniales; de forma que esos derechos patrimoniales “como su nombre lo indica son aquellos que se relacionan con el patrimonio económico de la persona. Tienen por fin la satisfacción de las necesidades materiales de la persona, mediante la explotación de las cosas del comercio”⁴⁷. Así, por tener un valor real y ser susceptible de negociación en el comercio, y claramente hacer parte del patrimonio de una persona, la obra de arte se materializa como parte del patrimonio económico.

Antes de continuar, es importante aclarar a qué se refiere el concepto jurídico “patrimonio económico”, es decir, cuál es la concepción de patrimonio económico como objeto de protección del derecho penal. El profesor Suárez Sánchez lo define así:

El bien jurídico que nos ocupa es la particular relación del hombre con los bienes, al ejercer aquél sobre estos un derecho dominical, o al reconocer a otro como titular de tal derecho. De ahí que las cosas desprovistas de dicha relación no pueden ser materia de tutela penal, como ocurre con la res nullius y la res derelicta, porque respecto de la primera no existe relación posesoria alguna, y en cuanto a la segunda, porque a pesar de que dicha relación existió, su titular renunció a ella al dejarla abandonada, por lo cual es susceptible de ocupación. Si el patrimonio es el conjunto de bienes con valor económico, resulta este concepto bastante limitado para medir el verdadero alcance del bien jurídico, dado que la tutela no recae solo sobre bienes sino sobre las relaciones posesorias y, en concreto, sobre los derechos subjetivos que tengan sobre aquéllos. Los bienes solo son el objeto de dicha relación y en lo penal son el objeto material de esta especial delincuencia⁴⁸.

47 VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho civil. Parte general y personas*, t. 1, Bogotá, Editorial Temis, 2008.

48 SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 64-65.

6.2.2 La creación artística como bien jurídico, y la lesión o puesta en peligro por falsificación

La creación artística, representada mediante la autoría de una obra, está directamente ligada a la creación de los derechos patrimoniales, y, en consecuencia, al valor económico y a la facultad de negociación. En el mismo sentido, la producción de una obra de arte no solo crea derechos patrimoniales frente al autor, sino derechos morales sobre ella. Desde la óptica de lo penal, y atendiendo a su función de protección de bienes jurídicos, las conductas con las que efectivamente se pueden lesionar o poner en peligro los dos bienes jurídicos mencionados (derechos patrimoniales y morales), están tipificados en el Título VIII del Código Penal, *De los delitos contra los derechos de autor* (arts. 270-272).

El bien jurídico-penalmente tutelado es el derecho que tiene el autor de una obra artística, científica o cinematográfica, entre otras, a que se respete su titularidad y, en términos generales, su derecho al poder dispositivo. Así, a grandes rasgos, puede decirse que "... el concepto de derechos de autor se refiere al plexo o conjunto de derechos, tanto morales como patrimoniales, que la ley otorga al creador de una obra literaria o artística"⁴⁹. La protección de esos derechos forma el reconocimiento que el mundo jurídico da al autor de la obra de arte, siendo lo anterior, en suma, una máxima del derecho, tal como lo manifiesta Rengifo García: "... de uno de los derechos del hombre de origen natural, preexistente a toda ley, sagrado e inviolable"⁵⁰. En el mismo sentido, el Tribunal español se ha pronunciado afirmando que se trata de "... un bien jurídico digno de la mayor estima, porque [...] es premio al esfuerzo humano más noble, el ejercicio original de las facultades personales, la propiedad más íntima del autor, como emanada de él, a diferencia de las otras que le rodean"⁵¹.

La protección de los derechos patrimoniales fue expuesta con mayor claridad en el punto anterior, por lo que haremos estricta referencia a los derechos de autor como objeto de protección jurídica del Derecho Penal. En efecto,

(...) el derecho de autor y, por ende, el bien jurídico que se tutela, se refiere al conjunto de facultades, atribuciones o derechos morales y patrimoniales que le permiten al individuo explotar de forma exclusiva aquello que es producto de su intelecto y que, además,

49 GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO. Delitos contra los derechos de autor, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 569-620.

50 ERNESTO RENGIFO GARCÍA, *Propiedad intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 33.

51 Tribunal Supremo (España). Sala Segunda. Decisión del 24 de marzo de 1968.

“persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su creador”⁵², y que respete la paternidad que éste tiene sobre aquella⁵³.

De manera tal que, en esencia, el ámbito de protección de la obra de arte es la verdad y certeza acerca de ella. Una vez creada, solo puede ser modificada por su autor o por quien su autor disponga y autorice –caso diferente ocurre al curar una obra de arte, pues se trata de obras de especial interés que deben mantenerse para evitar su deterioro y posterior desaparición-.

6.3 La falsificación de obras de arte y el delito de estafa

Afirmar que se lesiona el patrimonio de una persona, natural o jurídica cuando adquiere una obra de arte falsa nos aterriza en el primer bien jurídico que se podría poner en peligro o lesionar al momento de falsificarla: el patrimonio económico.

La experiencia nos indica que al adquirir una obra de arte -suponiendo que se obtiene como una forma de inversión- el comprador atiende a sus características particulares; por ejemplo, el coleccionista o inversionista que adquiere un cuadro de Dalí, lo hace por que originalmente fue pintado por el artista, y porque conserva sus cualidades auténticas, de modo que si al cabo del tiempo el comprador se percata de que se trata de una falsificación, pierde el valor original por el cual lo consiguió; por su parte, la falsificación no tiene valor alguno pues su naturaleza consiste en hacerse pasar por un cuadro original y auténtico, mientras que la realidad es otra.

Evidentemente, la situación anterior representa una merma patrimonial para el comprador; sin embargo, antes de abordar las conductas típicas que se podrían enrostrar, es menester agregar otro hecho: en la relación comercial hipotética planteada existieron un vendedor y un intermediario, los cuales pudieron o no tener conocimiento de que el cuadro era innegablemente una falsificación. En gracia de discusión, y para abordar el tema que nos ocupa, supongamos que tanto el intermediario como el vendedor tenían conocimiento de que se trataba de una obra falsa.

Desmenuemos entonces el caso propuesto: por un lado, tenemos a una persona que adquiere de un vendedor, con la ayuda de un intermediario, un bien mueble con la expectativa de que no contiene vicios, y que efectivamente posee las características que le están ofreciendo y por las cuales lo está comprando; por su parte, tanto el vendedor como el intermediario tienen pleno conocimiento de que lo que están vendiendo –el cuadro por Dalí- no es ni auténtico ni original y, sin

52 RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Propiedad intelectual*, cit., p. 50.

53 GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO. *Delitos contra los derechos de autor*, cit., p. 575.

embargo, a cambio obtienen una suma de dinero utilizando la inducción a error de hacer creer al comprador que adquiere un original y no una falsificación.

De una parte, existe un comprador que se ha visto afectado en su buena fe y ha sufrido un menoscabo patrimonial a consecuencia de la inducción a error, es decir, tenemos a una persona a quien se le lesiona su patrimonio económico, el cual está jurídicamente tutelado por el derecho penal, de forma que el sujeto pasivo de la conducta prohibida es el comprador de la obra falsificada. Recordemos que el sujeto pasivo de la conducta "... es el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo"⁵⁴. En el otro extremo están el vendedor y el intermediario que indujeron a error al comprador para que adquiriera una obra espuria obteniendo con ello un beneficio económico como producto de una maniobra engañosa; dicha circunstancia los ubica en el extremo activo del tipo, es decir, los sujetos activos, y por sujeto activo se entiende "quien realiza el tipo"⁵⁵.

La conducta patente es

(...) la obtención de provecho patrimonial ilícito por parte del sujeto activo o de un tercero, con perjuicio para el sujeto pasivo, mediante la utilización de maquinación fraudulenta que conduce a error a la víctima o a quien tiene poder jurídico o de hecho para hacer la nociva disposición patrimonial⁵⁶.

Dicha conducta la describe el tipo penal de estafa en el artículo 246 del Código Penal de esta forma:

Artículo 246. Estafa. "Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011". "Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente": El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

54 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal parte general*, Barcelona, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p. 228.

55 *Ibíd.*

56 SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., p. 251.

Es indiscutible que tanto el vendedor como el intermediario obtuvieron un provecho económico ilícito basándose en la inducción a error del comprador del cuadro por Dalí, situación que nos pone frente a la conducta de estafa. Para simplificar, los sujetos activos usaron un artificio y un engaño para inducir en error al comprador. El artificio es la habilidosa, astuta y calculada transformación de la verdad,

(...) es el intencional despliegue de artimaña por parte del sujeto agente, con la finalidad de mostrar ante otro como verdadera una situación falsa. El engaño consiste en darle a la mentira la apariencia de verdad. Éste no exige tanto despliegue como el artificio⁵⁷.

Pues bien, los vendedores, a manera de coautores⁵⁸, y valiéndose del artificio y el engaño, indujeron al comprador a adquirir un cuadro que se presumía auténtico y original, pero que en realidad estaba distorsionado en su autoría, certeza y verdad siendo esta una obra de arte falsa, habiendo mediado el error mediante *artifícios o engaños*, escenario que configura la conducta punible descrita como estafa a las voces del artículo 246 del Código Penal.

6.4 La falsificación de las obras de arte y los delitos contra los derechos morales de autor

Las conductas descritas en los artículos 270 al 272 del Código Penal protegen los derechos de autor y los derechos conexos, como el derecho patrimonial de autor. Antes de abordarlos con mayor detenimiento señalaremos unos aspectos comunes a los tres artículos, partiendo del supuesto de que nos estamos refiriendo estrictamente a las obras de arte. El sujeto pasivo, es decir, quien ve lesionado o en peligro su bien jurídico, es el creador de la obra de arte o quien ostenta sus derechos, pues estos son susceptibles de ser vendidos o entregados a una persona diferente al autor. El sujeto activo, es decir, quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico, es una persona, cualquier persona sin necesidad de cualificación adicional para incurrir en las conductas descritas en los artículos en estudio, motivo por el cual los tipos penales están redactados con la fórmula genérica *el que* o *quien*. Dichas conductas están descritas de forma diferente a otras del Código Penal. Los artículos de este título están escritos con la siguiente fórmula: título de la conducta + pena + determinación del sujeto activo de la conducta + conductas a incurrir para estructurar el delito.

57 SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., p. 253.

58 Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 352 y ss.; y artículo 29 Código Penal (Ley 599 de 2000). "Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte".

La anterior fórmula supone que el primer escalón que se debe ascender para determinar la tipicidad objetiva de la conducta es determinar cuál es el derecho que se lesiona, uno patrimonial o uno de autor, y, en consecuencia, ubicarse en el artículo que contiene la conducta. El segundo escalón es determinar si existe un sujeto activo, y que el daño o modificación no haya sido un acto de la naturaleza –por ejemplo, el cuadro que cambia en su forma o colores por el paso del tiempo y no por intervención humana-. El tercer escalón consiste en seleccionar entre los supuestos de hecho, expresados en forma de conductas, cuál se puede adecuar al comportamiento desplegado por el agente.

El artículo 270 del Código Penal trae las violaciones a los derechos morales de autor. A la letra, observemos lo que dice ese tipo penal:

Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor. 'Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente': Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) 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, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

2. Inscriba en el registro de autor con 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 o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual 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, audiovisual 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, fonograma, videograma, 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.

Este tipo penal protege ciertos aspectos propios de la obra de arte, específicamente, su autenticidad y originalidad. El numeral primero del artículo 270 señala que la vulneración ocurre cuando una persona toma sin autorización de su

autor una obra de arte que aún no ha sido dada a conocer al público, es decir, únicamente ha sido creada y mantenida en la órbita de protección del autor y la muestra públicamente; por ejemplo, cuando un colaborador de un pintor decide *motu proprio* publicar la foto de un cuadro de su colección privada, cuando este iba a ser parte de una exposición futura y sería develado por primera vez en dicha exposición.

El numeral segundo supone que, aunque la obra de arte ya es de conocimiento público, se registra a nombre de quien no es su verdadero autor, mutando su título con un texto distinto (en el caso de pinturas que contienen texto), o sin mencionar a quien pudo haberla editado o curado. Un ejemplo de dicha situación podría ser el registro de una pintura hecha por un tercero e inscrita en el Registro de Pintores Chilenos usando el nombre de quien no es el pintor; el elemento que se viola mediante la incursión en esta conducta es la originalidad de la obra.

A su vez, el tercer numeral de la norma bosqueja la conducta más representativa de la falsificación: la modificación o mutilación dirigida a transformar la obra sin autorización del titular del derecho. Tal como se mencionó, la mutación de los elementos que estructuran una obra de arte modifica su certeza y veracidad, por lo que esta deja de ser auténtica; recordemos que tanto la veracidad como la certeza de los elementos que estructuran una obra están inmersos en su autenticidad. Sea, por ejemplo, el caso en que se modifican los elementos constitutivos de un cuadro de un tercero y se reclama su autoría solo por la intervención no permitida, o, sencillamente, cuando se elabora un pastiche y se pregona su autoría.

Por su parte, el artículo 271 del Código Penal, describe la siguiente conducta:

Artículo 271. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. 'Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: 'Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

- 1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.*
- 2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.*
- 3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.*

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.

6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.

Las conductas descritas en este artículo protegen los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos. En primer lugar, el tipo penal señala que la prohibición únicamente será antijurídica si la conducta se efectúa sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes, por lo que la reproducción de un cuadro mediante fotografías no se considera delito siempre y cuando el titular de los derechos de titularidad del cuadro autorice al fotógrafo para realizarla. Los numerales 3, 6 y 7 no tienen relación causal con la conducta objeto de análisis por lo que no serán estudiados.

De manera que el numeral primero del artículo 271 del Código Penal protege la originalidad y autenticidad de la obra. Obras auténticas y originales puede haber tantas como quiera el autor de la obra; sin embargo, cualquier réplica o reproducción deja de ser auténtica y original. Traemos nuevamente el ejemplo del fotógrafo: de no mediar consentimiento del titular del derecho, dichas reproducciones serán ilícitas; lo mismo sucede con una escultura: quien la replica o reproduce sin autorización del titular de los derechos incurre en la conducta descrita en este numeral. La misma suerte corre quien se ocupe de transportar, almacenar, vender u ofrecer dicha obra. El reproche no solo está dirigido a quien reprodujo la obra sino también a quien, mediante acciones accesorias, colabora en la distribución de la reproducción ilegal.

Los numerales segundo y cuarto de esta norma comprenden circunstancias similares que analizaremos en conjunto. El objeto de derecho de dichas conductas son las obras musicales y teatrales, así como las obras de cualquier carácter artístico y literario. La prohibición está encaminada a proteger los derechos de divulgación de una determinada obra de arte. Entendamos lo anterior mediante un ejemplo: un artista realiza un sketch de arte pintando un mural en vivo, acto durante el cual se pueden apreciar sus emociones y expresiones; el autor graba dicho sketch pero no lo divulga, sin embargo, una persona que observa lo graba y vende la grabación al

público sin el consentimiento del autor. Consideramos que el legislador reprodujo el contenido de los numerales anteriores al quinto, y los reprodujo con una sintaxis distinta en el numeral cinco, por lo que le atiende una explicación idéntica a los numerales que ya se explicaron.

El artículo 272 no será objeto de análisis, toda vez que no tiene relación con las conductas que giran en torno a la falsificación de obras de arte sino a los mecanismos de protección de los derechos morales y patrimoniales de los autores de las obras que describe el artículo 270 *ejusdem*.

7. Conclusiones

Los anteriores argumentos y exploración de distintas fuentes, nos permiten llegar a las siguientes conclusiones:

- A pesar de que puede estar ligada a factores técnicos como los elementos que de manera física la componen, la autenticidad de la obra de arte es un problema ligado estrictamente con la verdad de la obra. Así las cosas, la autenticidad no es más que un resultado del estudio del régimen de verdad propio de la obra estudiada. En contrasentido, la falsedad es la falta de verdad de la obra, es decir, la modificación de la historia que relata la relación entre el sujeto (autor) y la obra de arte (objeto).
- El más importante factor a la hora de determinar la veracidad o no de una obra de arte es su autoría; factor que no es absoluto dado que se puede dar el caso de que la obra sea verdadera, pues efectivamente pertenece a un autor, aunque sea la imitación de otra, motivo por el cual la verdad del objeto puede estar basada no solo en la autoría sino también en un elemento cualitativo y de índole probatorio que se resume en la pregunta: ¿qué está representando la obra de arte?
- A pesar de que por un motivo meramente semántico, y no porque haya un sector doctrinario que sostenga esa tesis, usualmente se confunde la falsificación con la falsedad en obras de arte, esta no puede tipificarse como una falsedad en documento, sino que, por el contrario, el bien jurídico inmerso en las obras de arte no es su capacidad probatoria en el tráfico jurídico, sino la protección de los derechos patrimoniales e intelectuales del titular del derecho de la obra, razón por la cual, al enfrentarse a una conducta de falsificación de obra de arte, es altamente probable que la adecuación típica deba hacerse desde el delito de estafa y/o las conductas del Título VIII del Código Penal que corresponden a la protección de los derechos de autor.

- El delito de estafa y las conductas del título VIII pueden concursar efectivamente, pues el bien jurídico lesionado o puesto en peligro es distinto. Sin embargo, el concurso no es regla cuando la conducta principal es la violación de un derecho de autor, pues, efectivamente, podría reproducirse una obra y no vender las reproducciones sino conservarlas. Situación en la que solo estaríamos ante una lesión a los derechos de autor. Podría ocurrir lo mismo desde otra perspectiva: cuando la obra es auténtica y se usa como medio para defraudar a un tercero, por ejemplo, adjudicar una obra original y auténtica a un periodo artístico determinado que incrementa su precio sustancialmente, cuando en realidad pertenece a un periodo en el cual su valor es muy inferior.
- Se acepta la falsedad en documento público cuando se trata de los certificados de autenticidad de una obra de arte. En el modo en que se expuso, es falsedad ideológica en documento público o privado, dependiendo de la naturaleza del experto certificador, si se trata de un particular, de un funcionario público o un particular ejerciendo una función pública transitoria; también se puede presentar el caso en que se certifique una obra de arte como auténtica cuando no lo es, o el caso opuesto, certificar que una obra no es auténtica cuando sí lo es.
- La ausencia de una conducta específica respecto de la falsificación de obras de arte no exige una problemática al momento de enfrentar dicha conducta; por el contrario, consideramos que los bienes jurídicos que deben ser tutelados en una obra de arte encuentran de forma acertada protección por las normas de los Títulos VII y VIII. Exigir la tipificación de una conducta específica sería incurrir en una sobre-tipificación de conductas, actuación que podría causar mucho daño al derecho penal.

8. Bibliografía

ARENAS SALAZAR, JORGE, *Delito de falsedad*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *La prueba civil*, Buenos Aires, Editorial Arayú, 1955.

CASABÓ ORTÍ, MARÍA ÁNGELES, *La estafa en la obra de arte*, Murcia, Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas, 2014.

CHAPELL, DUNCAN Y KENNETH POLK, "Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 20, No. 3, Sydney, The University of Sydney, 2008.

- CHARNEY, NOAH, *The art of forgery*, Nueva York, Phaidon Press Inc., 2015.
- CLARK, MICHAEL J, "The perfect fake: Creativity, forgery, art and the law", *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, vol. 15, No. 1, Chicago, DePaul University, 2004.
- CORREDOR PARDO, MANUEL, *Falsedad documental: ficción social de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- DUTTON, DENIS, "Authenticity in art", en *The Oxford Handbook of Aesthetics*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Río de Janeiro, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1978.
- FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1979.
- GARCÍA CALERO, JESÚS, "Museos, copias y falsificadores en la era de la posverdad, ¿cuántos falsificadores lograron vender 'obras maestras alternativas' y no han sido detectados? El arte pone en entredicho el poder del museo", *Diario ABC*, disponible en [http://www.abc.es/cultura/arte/abci-museos-copias-y-falsificadores-posverdad-201704300050_noticia.html] consultada el 30 de abril de 2017.
- GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO, Delitos contra los derechos de autor, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Falsedad documental*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- NICOL, EDUARDO, "El régimen de la verdad y la razón pragmática", *Revista Dianoia*, vol. XVI, No. 16, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.
- PARRA QUIJANO, JAIRO, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2014.
- PEÑUELAS I REIXACH, LLUIS, *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona, Polígrafa, 2013.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO, *Propiedad intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

SABOGAL QUINTERO, MOISÉS, *Falsedad documental (Documentos Privados y Públicos) y fraude procesal*, Bogotá, Ibáñez, 2015.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, MICHELE, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

Tribunal Supremo (España), Sala Segunda. Decisión del 24 de marzo de 1968.