



Vigilada Mineducación

**EL DERECHO DE PATERNIDAD Y SU RELACIÓN CON LA CONDUCTA DE  
PLAGIO EN COLOMBIA**

LUISA MARÍA GIRALDO MONSALVE  
LAURA SOFIA GUERRERO HERRERA

Trabajo de grado para optar el título de Abogado

Asesor

Luis Felipe González López

UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO

DERECHO  
MEDELLÍN

2023

## INTRODUCCIÓN

El derecho de autor es una de las disciplinas normativas específicas del Derecho Privado. Sin embargo, dicha disciplina está envuelta por una categoría más general, como lo es, el derecho de la propiedad intelectual, que a su vez, abarca la propiedad industrial. De lo anterior, se deriva que, la propiedad intelectual en Colombia está compuesta tanto por el derecho de autor y los derechos conexos, como por la propiedad industrial.

Así pues, dicha disciplina ostenta una doble aplicación en el ámbito del ingenio –entendido como el objeto de protección de la propiedad intelectual–, de, por una parte, a las creaciones relacionadas con el mundo industrial, y por otra, a las obras de naturaleza literaria, científica y artística.

En este último ámbito sobre los derechos de autor y conexos, se ha establecido a su vez, una distinción entre los derechos patrimoniales derivados de la propiedad y los derechos morales que proceden de ella. Ambos poseen regulaciones específicas y características especiales, sobre las cuales se profundizará en la presente investigación, en especial, las relacionadas con los derechos morales.

En dicho ámbito, se encuentran diversas prerrogativas como lo son el derecho de paternidad, integridad, de modificación, de retracto, de divulgación y entre otros. El primero de ellos se enuncia como el derecho con el cual, cuenta el autor para reivindicar la titularidad de su obra. Sin embargo, en la ley no se define así, y por esta razón, la doctrina se ha encargado de la reconstrucción de su definición.

Su vulneración común y por lo cual resulta importante la reivindicación de la paternidad, devienen de la conducta de plagio que, al igual que el derecho en sí, no goza ni de regulación legal, ni de una expresa definición, así como tampoco de un ámbito claro de protección. En esa línea de pensamiento, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 31403 del 28 de mayo de 2010, con M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, busca aumentar el radio de protección del artículo 270 de la Ley 599 del 2000, pues a su tenor literal “ha de ser interpretado de tal forma que [...] no sólo cubra la tutela de lo inédito respecto de la publicación, sino que [...] proteja el derecho moral del autor y [...] conductas que conlleven a la violación del derecho de paternidad.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010), la cual será objeto de una serie de consideraciones en la presente investigación, en virtud, no de la parte resolutive *per sé*, sino de las imprecisiones de su *ratio decidendi*.

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN .....	2
Resumen.....	5
Abstract.....	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	6
Justificación .....	6
Objetivo general.....	7
Objetivos específicos .....	7
MARCO TEÓRICO.....	8
DISEÑO METODOLÓGICO.....	11
CAPÍTULO 1 Tras el derecho de paternidad en el ordenamiento jurídico colombiano .....	12
1.1 La propiedad intelectual: un derecho sobre el ingenio .....	12
1.2 El contexto en que nacen los derechos de autor .....	14
1.3 Generalidades de los derechos de autor .....	16
1.4 El ingenio en la propiedad intelectual: el Convenio de París de 1883 y el Convenio de Berna de 1886.....	19
1.5 Normas en materia de derechos de autor .....	20
1.5.1 Estructura de los derechos de autor en el Convenio de Berna de 1883 .....	20
1.5.2. Estructura de la primera regulación de los derechos de autor en Colombia. (Ley 32 de 1886) .....	25
1.5.3 Antecedentes de la regulación en materia de derechos de autor.....	30
1.5.4 Por un nuevo Estatuto: la derogación de la Ley 86 de 1946 por la Ley 23 de 1982 ...	35
1.6 La incorporación del Convenio de Berna de 1886: la Ley 33 de 1987.....	40
CAPÍTULO 2 El derecho de paternidad.....	43
2.1 Tratamiento legal del derecho de paternidad .....	44

	4
2.2 El plagio como vulneración al derecho de paternidad .....	46
2.3 Concepto de “original” .....	51
2.4 Factores del plagio .....	52
2.5 ¿Cómo se constituye el plagio? (herramientas) .....	54
2.6 Tipos de plagio.....	55
2.7 Regulación del plagio .....	56
2.7.1 La regulación legal del plagio en Colombia .....	59
2.8 Plagio y otros fenómenos.....	67
CAPÍTULO 3 Análisis jurídico de la Sentencia del 28 de mayo de 2010 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia .....	69
3.1 Antecedentes .....	70
3.2 Sobre los principios de no protección de las ideas y el derecho de citación .....	73
3.3 Estructura del tipo penal del artículo 270 de la Ley 599 del 2000 .....	74
3.4 Sobre el principio <i>pro homine</i> .....	77
3.5 Acerca del principio de legalidad .....	83
3.6 Particularidades del Principio de Legalidad .....	84
3.7 Sobre la colisión de principios .....	89
3.8 Aplicación de Test de Proporcionalidad .....	92
CAPÍTULO 4 Conclusiones .....	100
REFERENCIAS.....	105

## Resumen

El presente trabajo de grado se clasifica como una investigación cualitativa-descriptiva que emplea el método hermenéutico con el fin de interpretar las fuentes primarias y secundarias del derecho por medio de la exegética. El estudio busca evidenciar el alcance de la protección de los derechos morales de autor en la regulación constitucional, internacional y nacional, haciendo énfasis en el derecho de paternidad de las obras, analizando y evaluando la armonía entre áreas que, sin ser su régimen natural, se encargan de regular dichas transgresiones a nivel penal. Por lo tanto, para dicha evaluación, se revisa críticamente las decisiones adoptadas por las Altas Cortes en materia de derechos morales de autor, particularmente, la interpretación del tipo penal consagrado en el artículo 270 de la Ley 599 del 2000 realizado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 31403 del 28 de mayo de 2010, con M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

**Palabras clave:** Derechos de autor, derecho de paternidad, plagio, protección del derecho de paternidad, delitos contra los derechos de autor.

### Abstract

This study is classified into qualitative-descriptive research applying the hermeneutical method in order to interpreting the legal primary and secondary sources by exegetical approach. Thus, this study seeks to evidence the achievement of the protection of the author's moral rights in the Constitutional, as well as in the international and national regulations, focusing on the right of paternity regarding the authors' works by reviewing the fields that are involved in the regulation of these violations at the criminal law level. Therefore, the decisions adopted by the High Courts on copyright moral rights are reviewed, especially, the interpretation of the criminal type established by Article 270 of Law 599 of 2000 by the Criminal Cassation Tribunal of the National Court of Justice through Judgment 31403 of May 28th of 2010, executed by M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

**Keywords:** Copyright, paternity rights, plagiarism, paternity rights protection, copyright violations.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El plagio es aquella actividad que implica tomar total o parcialmente, creaciones o producciones ajenas protegidas por los derechos de autor y presentarlas como propias sin autorización previa o, de otro modo, sin dar a conocer la fuente de las mismas (Espinoza, 2020). Esta conducta es objeto de regulación tanto en materia civil como en materia penal, ya que constituye una violación al derecho de paternidad que tiene todo autor en relación con su obra o creación.

En materia civil, la conducta de plagio se encuentra consagrada en el Convenio de Berna, en la Decisión Andina 351 de 1993 y en la Ley 23 de 1982. En su reverso penal, dicha conducta lesiva se encuentra tipificada como delito en el artículo 270 del Código Penal Colombiano, el cual ha sido objeto de interpretación por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia del 28 de mayo de 2010, con M.P. Sigilfredo Espinosa Perez.

La precitada interpretación jurisprudencial, ha sido respaldada a la luz de la Constitución Política, la que se realiza una aplicación extensiva del tipo penal a través del principio *pro homine*. No obstante, otro aspecto la pone en entredicho en tanto socava los principios rectores en materia penal, especialmente, el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Norma Normarum. De acuerdo con lo anterior, la presente investigación realiza una revisión crítica sobre la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, poniéndola en diálogo con la disciplina normativa penal general.

### **Justificación**

El plagio es un término que designa una conducta según la cual no se reconocen los derechos de autor respecto de una obra creada por el ingenio de un tercero. Este genera una violación directa de los derechos patrimoniales y morales del titular de la obra. Por ello, la conducta mediante la cual se viola tiene a su vez, relevancia jurídica.

La disciplina normativa y las pretensiones que un autor en busca de proteger sus derechos morales pueda tener, goza de claridad dentro de la doctrina del derecho civil; sin embargo, en cuanto nos detenemos en la conducta de plagio, veremos que dicha claridad se difumina a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Así mismo, y en virtud a la conducta descrita, en la disciplina jurídico penal se cierne igualmente un velo de incertidumbre debido a que parece no existir claridad y seguridad sobre las conductas que gozan tanto de protección como de reproche penal.

Dicha ambivalencia, resulta especialmente importante para el principio de dignidad humana en tanto el ámbito penal y sus sanciones, están permeados de forma preponderante, por la restricción de la libertad.

En consecuencia, a dicha consideración de orden práctico, se justifica y resulta necesaria una revisión nacional e internacional, en la que cual se integren las bases fundamentales de la disciplina normativa del derecho de paternidad en el área iusprivatista, que conlleve a una mayor claridad sobre el espectro de protección en el régimen de los derechos de autor, en especial, lo relacionado con la conducta de plagio.

### **Objetivo general**

Identificar el alcance de las normas que regulan la protección de los derechos morales de autor, haciendo énfasis en el derecho de paternidad de la obra, con la finalidad de evaluar la efectividad de la salvaguarda de los derechos morales de autor en el ordenamiento jurídico colombiano.

### **Objetivos específicos**

- Describir la regulación de carácter internacional y nacional encaminada a la protección de los derechos de autor, con énfasis en el derecho de paternidad, para definir si la misma es pertinente y suficiente para proteger las obras.
- Definir los elementos que componen la protección del derecho de paternidad de los autores en relación con sus obras, en materia civil y penal para determinar las diferencias entre ambas regulaciones y las posibles deficiencias.
- Analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el marco de la protección a los derechos morales de autor en Colombia con el fin de observar la idoneidad de la interpretación que se le ha dado al tipo penal que consagra el plagio.

## MARCO TEÓRICO

El artículo 666 del Código Civil Colombiano ha clasificado al derecho real de dominio como una de las especies que componen el género derecho real. En este entendido, el dominio como clase de ese género, es definido por el artículo 669 del mismo código, como aquel derecho para gozar y disponer de una cosa, pues la redacción de la precitada disposición normativa se refiere sólo al poder jurídico sobre cosas corporales, y no a las incorporeales, por lo cual, en el artículo subsiguiente, es decir, en el 670, se contempla que, sobre las cosas incorporeales recaerá una propiedad especial.

Por naturaleza, la relación de dominio que se genera entre un bien corporal difiere de la relación con un bien incorporeal, sin embargo, ambas pertenecen a la clase más general de propiedad, debido a la relación en la cual un sujeto es propietario de un bien sobre la que se tiene el *usus*, *fructus* y el *abusus*.

En ese orden de ideas, el Código de Bello contempla con claridad a la propiedad de cosas incorporeales como propiedad intelectual que está definida en el artículo 671 del Código como: “Las producciones del talento o del ingenio”. Por tanto, el Código suscita dos lineamientos respecto a la propiedad especial. Por una parte, se indica que sería regulada por leyes especiales, a la vez que, a los propietarios de producciones del talento o el ingenio, se les denominaría como autores, conforme lo dispuesto en el precitado artículo. Bajo ese panorama, la categoría general de propiedad reclama entonces para la propiedad intelectual, los atributos del *usus*, *fructus* y el *abusus*, a pesar de que el objeto sobre el cual recaen, su ejercicio y sus reglas específicas resulten diferentes.

La propiedad intelectual es un tipo de propiedad especial que recae sobre los bienes inmateriales o incorporeales, tales como las ideas y pensamientos producto de la actividad intelectual o creativa de las personas. El propósito de esta figura se debe según Ballesteros y Bulla (2012) a “la protección de las creaciones de la mente para obtener de este modo un reconocimiento que bien puede ser económico u honorífico”. (p. 1).

Por lo anterior, es fundamental distinguir entre ser propietario de un bien material o corporal, a ser propietario de aquello que se crea con la actividad intelectual o creativa, ya que no se puede confundir que ser dueño de un libro no es lo mismo que escribirlo. Así lo explica Canaval (2008), cuando se refiere a que



(...) la idea materializada en el libro es propiedad de quien lo creó; el libro, como cosa corporal en la que se desarrolló una idea es susceptible de ser comercializada en la propiedad común por ser una cosa corporal. La idea que dio origen a la creación solo puede ser comercializada o reproducida por el autor o la persona que él autorice. (p. 30).

Ahora, a propósito de la producción del ingenio, dentro de la propiedad intelectual, se han distinguido dos vertientes, que son a su vez, las dos especies que componen dicho género. Por una parte, está la propiedad industrial referida a marcas y patentes, y de otro lado, los derechos de autor y sus conexos. La primera se encuentra en la historia jurídica en el Convenio de París de 1883 y las segundas en el Convenio de Berna de 1886.

La propiedad industrial es aquella protección por parte del Estado en relación a las nuevas creaciones o invenciones que tienen la potestad de generar aprovechamiento en el comercio o utilidad en determinada industria. Esta comprende los signos distintivos (marcas, nombres comerciales, enseñas comerciales) y las nuevas creaciones (patentes de invención, secretos industriales, variedades vegetales etc.). Para ser objeto de protección, estas creaciones deben contar con el respectivo registro a excepción de lo relativo a los secretos empresariales. Por su parte, los derechos conexos surgen gracias a los derechos de autor, y establecen la protección de los intereses de quienes no crean obras, pero tienen acceso a ellas, por ejemplo, los artistas que interpretan una canción compuesta por otra persona, los productores de fonogramas como las disqueras, los organismos de emisión o radiodifusión como emisoras de radio, entre otros.

Descendiendo a lo específico, la disciplina propia de los derechos de autor, ha dividido los poderes jurídicos en dos grandes secciones. Por una parte, surge de la propiedad de los autores sobre sus obras una serie de prerrogativas patrimoniales y por la otra, las no patrimoniales o morales. Mientras las primeras son aquellas que “permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica por que terceros utilicen sus obras” (OMPI, 2016, p. 9), las segundas son las que:

(...) permiten que el autor o el creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras. El autor o el creador pueden ser los titulares de los derechos patrimoniales o bien tales derechos pueden ser cedidos a uno o más titulares de derecho de autor. (OMPI, 2016, p. 9).

En virtud de lo anterior, se entiende que, el autor es el único titular de la propiedad moral

o derechos morales sobre su creación, pues aún en el caso de la cesión de sus prerrogativas patrimoniales, los de índole moral permanecerán radicados en él. Con ello, ya se entrevén las características de ser derechos intransferibles, imprescriptibles y perpetuos.

De lo anterior se colige que, una cosa es la patrimonialidad de la propiedad, *el fructus* y otra cosa, son las prerrogativas o derechos subjetivos que se derivan de la propiedad moral o de sus derechos morales, de los cuales, se desprenden los derechos de paternidad, de integridad, de modificación, de retracto y de divulgación.

Bajo este contexto, la presente investigación se enfoca en todas las prerrogativas introducidas por la normatividad nacional e internacional, relacionada con los derechos de autor, el derecho de la paternidad o también conocido como el derecho de atribución, con el fin de dilucidar la regulación y el ámbito de protección civil y penal de los derechos que le asisten a los autores en relación con sus obras.

Para finalizar, se realiza un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el marco de la protección a los derechos morales de autor en Colombia, con el fin de observar la idoneidad de la interpretación que se le ha dado al tipo penal que consagra el plagio.

## DISEÑO METODOLÓGICO

En la presente investigación se empleó como regla científica el enfoque cualitativo-descriptivo con una ulterior metodología hermenéutica. Con este tipo de investigación se busca proponer una estrategia sistemática que responda el problema de investigación planteado desde un análisis de las fuentes de derecho de rango constitucional, convencional y legal, y subsidiarias conforme el artículo 230 de la Constitución Política, tales como la doctrina, la jurisprudencia e incluso, el derecho comparado.

Para ello, se describió la disciplina normativa conforme la regulación nacional incorporada tanto en el rango constitucional, como en el bloque de constitucionalidad, según la cual, las normas de carácter internacional son acogidas en el ordenamiento jurídico patrio. Para ello se analizaron las siguientes normas relacionadas con el derecho de paternidad, como lo son la Ley 23 de 1982, la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 599 del 2000 y el Convenio de Berna de las cuales se extrajo la precitada disciplina normativa de cara a los derechos de autor en general, y al derecho de paternidad en específico.

Logrando así un bosquejo general del derecho de paternidad, de la disciplina normativa de los derechos de autor, las reglas hermenéuticas, desentrañar el sentido que se le debe dar a dicha disciplina normativa de cara a los objetivos específicos propuestos.

En cuanto al método de investigación que sirve de camino para obtener el conocimiento deseado es el hermenéutico, donde se interpreta las fuentes del derecho, por medio de la exegética. Lo anterior con el fin de comprender y descubrir posibles vacíos normativos en la regulación penal del Derecho de Paternidad es la revisión bibliográfica, junto con la posterior selección para poder analizar y sistematizar la misma (Bustamante, s.f)

## CAPÍTULO 1

### Tras el derecho de paternidad en el ordenamiento jurídico colombiano

#### 1.1 La propiedad intelectual: un derecho sobre el ingenio

A pesar de que el Derecho de Propiedad y la Propiedad Intelectual pertenecen a la misma disciplina jurídica, es importante destacar que son cuestiones distintas que presentan similitudes entre sí, dado que ambas disciplinas tratan sobre derechos específicos que posee un sujeto de derecho en relación con ciertos bienes (corporales e incorporales). Sin embargo, la diferencia radica en los bienes objeto de protección y los derechos que confieren a sus titulares.

En este orden de ideas, dentro de una concepción unánime, se reitera que el dominio es el poder jurídico más amplio de todos los derechos reales que ejerce un sujeto de derecho, directa y perpetuamente sobre una cosa. De allí, la estructura esencial del derecho real se encuentra presente un sujeto de derecho quien ejerce actos, materiales o jurídicos, sobre un objeto que conforme con el artículo 669 del Código Civil, tiene la naturaleza de ser una cosa corporal y que, a su vez, goza de ser cierta y determinada. De ello se colige que los elementos estructurales son de un sujeto denominado propietario en relación con un objeto corporal, cierto y determinado.

Ahora bien, los poderes jurídicos, que no son nada más que los derechos que se conceden son los que distinguen el derecho de propiedad de otros derechos reales. Si bien es cierto que existe un sujeto de derecho ejerciendo poderes jurídicos sobre cosas, correlativamente, existe también un sujeto pasivo que se vincula externamente al derecho real, quien no cuenta con una obligación que lleva de suyo la necesidad de una determinación absoluta, pero sí de un deber general de abstención, que no es tampoco una obligación de no hacer.

En relación con el elemento del objeto, se resalta la exclusión *prima facie* que el Código parece tener acerca del derecho real de dominio sobre cosas de naturaleza incorporal. Sin embargo, la exclusión tiene ciertos matices debido a que el artículo 670 del Código Civil indica que sobre las cosas incorporales recae una especie de propiedad. Esto quiere decir que existe un derecho especial de dominio que el legislador ha decidido dejar para una regulación especial.

Con lo anterior en consideración y conforme con el artículo 671 del Código Civil, se puede establecer un paralelo entre los elementos generales de cada disciplina de la siguiente forma: en cuanto al sujeto activo del derecho de propiedad especialísima, que es la propiedad intelectual, se

le llama autor, así como también al del dominio propietario. Mientras que el objeto sobre el que recae la propiedad especial, son las cosas incorpóreas, que no son nada más que las producciones del talento o del ingenio de las que trata dicho artículo. Para el derecho de propiedad o dominio se trata de bienes corporales muebles o inmuebles. Adicionalmente, frente a poderes o atributos jurídicos, en el derecho de propiedad serán el *usus*, *fructus* y el *abusus* propios de su disciplina, ya que con la propiedad intelectual, se consolidan una serie de derechos atendiendo al tipo de obra o creación que se pretenda proteger.

En este orden de ideas, la propiedad intelectual se clasifica en dos grandes bloques, en derechos de autor y propiedad industrial. Y, por añadidura, relacionado con los derechos de autor, surgen los Derechos Conexos.

Haciendo foco en la propiedad industrial, esta se refiere a aquella protección por parte del Estado de las nuevas creaciones o invenciones que tienen la potestad de generar aprovechamiento en el comercio o utilidad en determinada industria, esta comprende los signos distintivos (marcas, nombres comerciales, enseñas comerciales) y las nuevas creaciones (patentes de invención, patentes de modelos de utilidad, diseños industriales secretos empresariales, variedades vegetales etc.). Para ser objeto de protección, estas creaciones deben contar, por regla general, con el respectivo registro, de acuerdo con la Decisión Andina 486 del 2000, o en palabras de Pedreros (2008), se debe contar de acuerdo a, “la propiedad industrial, el registro es constitutivo de derechos, ya que es requisito indispensable para su explotación económica”, (p. 8) a excepción de lo dispuesto para los secretos empresariales, nombres y enseñas comerciales.

En cuanto a los derechos conexos, según la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993, son aquellos que protegen los intereses de quienes no crean obras, pero tienen un papel muy relevante en el acceso a ellas. Por su parte, los derechos de autor encuentran su sustento normativo en la Ley 23 de 1982. Estos constituyen una forma de protección que poseen las personas naturales sobre sus propias creaciones las cuales representan individualidad y son producto de su actividad intelectual, de manera que, la importancia de esta figura radica, en gran medida, en la estimulación de la innovación y el progreso, que son tan necesarios para la prosperidad de un país. (Magalla, 2015).

En este sentido, los derechos de autor se pueden conceptualizar como aquel derecho de control y exclusión que tiene el autor de una obra de creación propia por medio de una norma

jurídica. Por lo que, mediante esta figura, se prohíbe o autoriza el uso, reproducción, distribución y difusión de la obra y, en concordancia con la OMPI (2016), permite “la protección jurídica de las obras literarias y artísticas mediante el derecho de autor únicamente prohíbe utilizar sin la debida autorización la expresión de las ideas.” (p.6)

## 1.2 El contexto en que nacen los derechos de autor<sup>1</sup>

La concepción tradicional de la propiedad como un poder jurídico sobre cosas de naturaleza corporal, la cual es acogida por el Código Civil Colombiano, es un concepto muy antiguo, pues se asume como antecedente el Derecho Romano . El autor Alejandro Guzmán Britto señala en su obra *Derecho Privado Romano v. I* que: "El derecho real de dominio recae exclusivamente sobre las cosas corporales, en la terminología de Gayo, y no sobre los derechos (*res incorporales*) (...) la idea de un dominio sobre éstos últimos tiene raíces medievales (...)" (1997, p. 222).

Por lo tanto, la conducta de la apropiación de bienes incorporeales es, incluso más que la concepción del dominio, de antigua data. No obstante, esta conducta no cobijó a la propiedad intelectual como es actualmente conocida, a pesar del nacimiento de las obras. Así lo ejemplifican los testimonios recogidos en el estudio de la docente de literatura Hélène Maurel-Indart (2014) ,en la que pone en evidencia una serie de apropiadores, incluso sobre hombres eminentes de la literatura universal tales como Demóstenes, Eurípides, Virgilio, Cicerón, Séneca, Horacio, entre muchos otros, dejando entrever como, desde hace mucho tiempo, existe la problemática de su usurpación.

Por esto, pese a la vetustez de la consagración del derecho de dominio y la longevidad de las conductas de apropiación, en que el ingenio de alguno se hace pasar como propio por otros , el reconocimiento de una propiedad que versa sobre el ingenio no ha contado con un ámbito preciso para su protección. En esa divergencia entre lo protegido y lo necesitado, lo que debe ser

---

<sup>1</sup> Este apartado, en su mayoría, debe su composición a la síntesis que se realiza del panorama histórico de los derechos de autor recogido por Jean Cavalli en: *Cavalli, J. (2006) Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Colombia: Dirección Nacional de Derechos de Autor.

protegido pero que aún no lo es, es donde el derecho de autor empieza a tener su lugar.

En este sentido y apelando a autores como Bappert, Dock, Strömholm, Dziatzko, Pouillet, Le Barrios D'Orgeval, e incluso, el *Digesto* de Justiniano, el profesor Jean Cavalli (2006) recoge, de modo sumario, los antecedentes de las actuales prerrogativas patrimoniales y morales de los derechos de autor, lo cual no significa, precisamente, una regulación, sino sólo vestigios de lo que refiere a estos derechos. Según lo denuncia el profesor Cavalli (2006), el régimen de los derechos de autor se mantuvo sin regulación estricta durante el período antiguo y esta situación se prolongó casi de la misma manera durante la Edad Media, salvo el caso excepcional de un canónigo de Mans que cedió su obra a la Registraduría de París a cambio de un valor en moneda.

Ahora bien, todos los autores citados con antelación presentan una confluencia, pues reconocen la importancia que la invención de la imprenta estuvo en manos de Johannes Gutenberg para plantear los primeros aspectos de los derechos de autor. Así pues, la imprenta junto con la reproducción de obras entregadas por sus autores a los libreros para su respectiva edición y distribución, inspiraron las primeras regulaciones que fueron más bien indirectas, pues fueron concedidas en forma de privilegios a quienes editaban, producían y distribuían las creaciones de los autores (Cavalli, 2006).

Ese mismo sistema emergente, se mantuvo en diferentes latitudes como Inglaterra, Francia, Suiza y Alemania. Donde se encuentra que uno de los primeros antecedentes claros a prerrogativas de protección sobre obras, estuvo dirigido a lo que hoy se conocería como editores, y no tanto a sus autores.

Es entonces que, bajo el auge de la imprenta y el sistema mercantil de las obras del espíritu o del ingenio, como las llamaba Bello, que empiezan a aparecer dentro de la literatura jurídica, pues se adhiere a la necesidad de diferenciar los privilegios de los editores y la propiedad de los autores sobre sus obras (Cavalli, 2006). En ese sentido, el tono de las palabras de Goethe en lo que se refiere a la reivindicación de la autoría y protección de sus obras:

(...) en una época de civilización avanzada, debemos buscar cuáles son los derechos sobre los que el autor puede pedir reconocimiento en intercambio de los bienes que él entrega a la comunidad. Hasta ahora, Alemania ha desconocido esos derechos. Pero es oportuno señalar que si el editor desea cubrir sus costos o aumentar sus ganancias gracias a un privilegio, sería, de ahora en adelante, oportuno que las más altas autoridades del estado tuvieran

a bien entregar el autor y a sus herederos un derecho regular de posesión, derecho que la actividad intelectual justifica de la misma manera que cualquier otro trabajo. (Cavalli, 2006, p. 32)

En esa fuerza de las palabras del creador del *Faustos* son las que el clamor apunta a reconocer un peso necesario a la actividad intelectual de quienes invierten su tiempo y esfuerzo en ellas, pero generan privilegios patrimoniales a quienes son sus editores. Ambos trabajos son dignos de protección por parte del Estado.

Si bien es cierto que los sistemas de protección eran exigüos y delimitados geográficamente, autores como Goethe, Pestalozzi, Schiller fueron de los primeros en reclamar para sí una protección, más que para sus editores. Estos solicitaban una protección geográfica universal, debido a que el primer ámbito sobre el que se regularon los derechos de autor estaban circunscritos al lugar donde residía el autor. Dichos reclamos suponían un avance en el sistema legal ya que la reclamación de protección en cada Estado no sólo era poco práctica, sino que no resultaba eficaz al ser normalmente denegada (Cavalli, 2006). De ello se infiere que las primeras reivindicaciones del derecho de propiedad de los autores sobre sus obras tuvieron una estricta limitación geográfica.

Bajo ese panorama, se plantearon temas como la apertura y el acceso de las artes literarias, dramáticas, musicales, figurativas, en suma, artísticas al público en general, y su vínculo con la economía y la comercialización, necesarios para promover en los autores un escenario que requería protección para su conocimiento, para su destreza, en el marco de un incipiente interés estatal.

No es un dato menor que sea en un contexto de lucro por parte de los editores y un descrédito para su autor, en el que los derechos de autor tengan su lugar, debido a que su discusión se extiende hasta la actualidad. Y es que desde la patrimonialidad de las obras, se explican el por qué de la reclamación de dichas violaciones, o su incidencia en la protección de los derechos morales, pues estas comprenden un reflejo patrimonial. La doctora en letras Héléne Maurel-Indart, señala que, precisamente, son las obras ganadoras de premios literarios con sus necesarias retribuciones patrimoniales las que siguen siendo objetivos predilectos de violación de derechos de autor (*cf.* Héléne Maurel-Indart, 2004, p. 74 y ss.)

### **1.3 Generalidades de los derechos de autor**

Es preciso enunciar que, sobre una misma obra, pueden existir diversos derechos de autor,



como es el caso de las canciones que pueden vislumbrarse de tres derechos de autor, el derecho de autor sobre la obra musical; sobre la letra, ya que se considera per ser una obra literaria; y, sobre la grabación de sonido de la música. (Magalla, 2015)

Sobre los derechos de autor, es necesario precisar que, en primer lugar, es fundamental entender que el objeto de protección es la obra misma, entendida por la Decisión Andina 351 (1993) como “toda creación intelectual de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser reproducida o divulgada en cualquier forma”, así pues, esta refleja la expresión personal de la inteligencia del autor y es asociada directamente con la originalidad. Por esto, conforme con la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993, surgen unos criterios o principios para reconocer las obras protegidas por el derecho de autor, estos son los siguientes:

1. Protección de creaciones formales, es decir, se protegen la forma como son expresadas las ideas, pensamientos o inteligencia. No la simple idea.
2. No protección de la aplicación práctica y el aprovechamiento industrial.
3. Se protegen las obras originales, esto es que se exprese lo propio de ese autor, ese sello o impronta individual de cada autor.
4. Protección con independencia del: a) Mérito de la obra o valor artístico, por lo que se protege cualquier obra, no importa que tenga valor artístico pues, de lo contrario se atentaría contra la libertad de expresión y desincentiva la creatividad. b) Destinación, ya que no interesa la finalidad para la que se creó la obra. c) De la forma en que se expresan, por consiguiente, no debe ser algo físico o material.
5. Se protegen las obras sin exigir ninguna formalidad, pues se protegen por el simple hecho de su creación.

También es importante anotar que los derechos de autor recaen únicamente sobre obras cuyo autor o autores sean personas naturales, por lo que se excluyen las creaciones de otros sujetos como animales o incluso creaciones de inteligencia artificial.

El autor de una obra puede ser tanto una persona natural individual como un conjunto de personas naturales, en el segundo caso, se habla de obras en coautoría. Por consiguiente, se interesa saber la forma como actúan en el momento de creación. De acuerdo con el glosario de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, si una persona es quien dirige la obra y coordina el trabajo en ella, se trata de una obra colectiva, pero si la obra es producida conjuntamente por varias personas

naturales donde sus aportes no pueden darse de forma separada sin alterar la naturaleza de la obra, se considera una obra en colaboración.

Por otro lado, los derechos de autor se clasifican en dos grupos de derechos: derechos patrimoniales y derechos morales. Los primeros son aquellos que “permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica por que terceros utilicen sus obras.” (OMPI, 2016, p. 9), y los segundos se describen como aquellos que “permiten que el autor o el creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras. El autor o el creador pueden ser los titulares de los derechos patrimoniales o bien tales derechos pueden ser cedidos a uno o más titulares de derecho de autor”. (OMPI, 2016, p. 9)

El autor es el único titular de los derechos morales, pues, aunque ceda sus derechos patrimoniales, los morales seguirán en cabeza de él ya que son intransferibles, imprescriptibles y perpetuos, y van ligados siempre al mismo. Estos derechos se desprenden del artículo 6 bis del Convenio de Berna, introducidos a través de la Conferencia de Roma de 1928 y del artículo 30 de la Ley 23 de 1982. En ese sentido, los derechos morales que se conceden a los autores son los siguientes:

- Derecho de paternidad: implica que el nombre del autor debe estar siempre asociado a su obra, por lo que siempre que un tercero haga uso de la obra, debe indicar el nombre del autor.
- Derecho de integridad: el autor tiene derecho a oponerse a distorsiones, mutilaciones u otras acciones que puedan ser perjudiciales para su obra, honor o reputación. (Vega, 2010, p. 33).
- Derecho de modificación: el autor conserva la facultad de introducir modificaciones a su obra incluso después de publicada.
- Derecho de retracto: el autor puede sacar la obra del uso público en cualquier momento.
- Derecho de divulgación: el autor decide si mantiene la obra en privado o si la pública y cuando lo hace.

En otras palabras, Villaba (2019), explica el vínculo que existe entre el autor y su obra, pues expresa la paternidad que ejerce el mismo para su reivindicación, además de

(...)oponerse a cualquier modificación de la obra que afecte el decoro de esta o la reputación del autor, mantener la obra en su esfera privada o darla a conocer al público, y solicitar el retiro de

la obra del mercado, incluso cuando esta ha sido publicada. Estos derechos buscan proteger la creación intelectual y la esencia de la personalidad del autor manifestada en su obra". (Villaba, 2019, como se citó Bernal y Palacio, 2020, p. 83)

#### **1.4 El ingenio en la propiedad intelectual: el Convenio de París de 1883 y el Convenio de Berna de 1886**

Conforme a reclamos que se venían gestando desde el Renacimiento por parte de asociaciones de artistas frente a la ausencia de protección en el ámbito del artista, el día 20 de marzo de 1883 confluyeron en la celebración del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y en los inicios del Convenio de Berna para los Derechos de Autor que se terminarían consolidando en el año 1886. Tanto por parte de la Asociación Literaria Internacional como la de la Unión Internacional de la Propiedad Industrial dichos Convenios resultan significativos y centrales para la historia de la propiedad intelectual.

Ahora, al margen de las investigaciones histórico-jurídicas, el interés reside en que, tanto el Convenio de París como el Convenio de Berna, pusieron en duda aquello a lo que el Código Civil de Colombia denominó como propiedad especial sobre un nuevo objeto: las creaciones industriales y artísticas.

El artículo 2 del Convenio de París señala que la obras que se protegen por la propiedad industrial son las siguientes:

(...) las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal (Convenio de París, 1883, artículo 2)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Y que el mismo artículo 2º del Convenio de París se encarga de precisar: "La propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales".

Por el contrario, en el Convenio de Berna, la propiedad de los autores sobre sus obras es conforme con lo que señala el artículo 2 del Convenio de Berna:

(...) todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. (Convenio de Berna, 1886, artículo 2°).

Una lectura somera de ambos tratados multilaterales, deja entrever que la Convención de París está dirigida a proteger objetos que se encuentran en una relación estrecha con la industria, mientras que el Convenio de Berna su prevalencia centra sobre el ingenio artístico, literario y científico. De ahí que, el tratamiento de cada uno de los Convenios resulta diferente. Sin embargo, para ambos es importante la protección sobre el ingenio y las creaciones.

## **1.5 Normas en materia de derechos de autor**

A continuación, se esbozan las normas que han sido relevantes a lo largo de la historia y evolución de los derechos de autor en la legislación colombiana. Por esta razón, se refleja, para cada norma, los elementos fundamentales en razón de la siguiente estructura: autor o sujeto activo; objeto de protección; prerrogativas del autor; y sujeto pasivo.

### **1.5.1 Estructura de los derechos de autor en el Convenio de Berna de 1883**

Como se señaló previamente, el Convenio de Berna versa particularmente sobre los derechos de autor, por lo tanto, presta mayor relevancia para este escrito en trazos generales, prescindiendo del detalle en favor de una visión general.

#### **Sobre el autor o sujeto activo**

Desde una lectura global del Convenio de Berna, se comprende que los sujetos activos de los derechos de autor son dos. El primero de ellos, naturalmente, vendrían a ser los autores, y el

segundo, son sus derechohabientes. En ningún lugar del Convenio, en ambos sujetos, se precisa la definición y contenido de los mismos, sin embargo, en el caso de los últimos, el artículo 6 bis arroja una forma de desentrañar su sentido al señalar que los derechos después de la muerte serán ejercidos por: "[...] las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos". De allí podría comprenderse que, los derechohabientes son aquellas personas o instituciones que ejercerán los poderes jurídicos concedidos en favor del autor una vez este ya no puede ejercerlos.

Ahora, para estos sujetos existe una legitimación sustancial para el ejercicio de dichos derechos. Pero como el ejercicio suele darse en escenarios procesales, sea este administrativo o judicial, esto lleva consigo la pregunta acerca de la legitimación adjetiva. Para ésta última, debe entonces acreditarse la titularidad de dichos derechos, es decir, tener por demostrado que es el sujeto activo de los derechos de autor. En virtud de ello, el artículo 15 del Convenio de Berna ha establecido una regla para acreditar la legitimación, que se caracteriza por ser tanto sustantiva como adjetiva para el ejercicio, protección o reclamos de dichos poderes jurídicos que concede el Convenio de Berna. La regla, a su tenor literal, que: "[...] para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual".

Es preciso también poner de presente que esta disposición precitada pone en consideración el supuesto de hecho según el cual un autor deba hacer valer los derechos protegidos de una obra, y por tanto, acompañar en todo momento su nombre con la obra.

Además, las adscripciones de los criterios de protección del sujeto activo se centran también en cuanto a su nacionalidad, la residencia habitual o no, el lugar de publicación de la obra en países o no de la unión y demás situaciones, no son asunto que directamente le interese a esta investigación, por lo cual se deja para una invitación a indagar a profundidad este detalle.

### **El objeto de protección**

Cuando se refiere al objeto, debe hacerse notar su incorporalidad en contraste con la corporalidad del derecho real de dominio que trae el Código Civil. En esa perspectiva, el objeto del derecho de autor ejerce un poder jurídico sobre los siguientes objetos, conforme al artículo 2 del Convenio de Berna:

(...) todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea

el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

Resulta interesante ver que el artículo tiene una consagración enunciativa de lo que puede considerarse como las obras literarias o artísticas, lo cual es recurrente en la legislación, el uso de listado no taxativo para dar cuenta de ejemplificaciones acerca de qué entra o no en el objeto de protección de la regulación de los derechos de autor. De ello se colige que, naturalmente, dichas listas no son *numerus clausus*, sino un *numerus apertus*.

La noción general que comprende a todas las enunciaciones allí contenidas es la de obras literarias y artísticas. De allí que del Convenio de Berna concluye que una cosa es la obra y otra es la forma por la cual la obra se expresa. Es decir, toda obra protegida se encuentra plasmada en alguna forma expresiva que puede ser un libro, la arquitectura, una fotografía, etc., pero esta forma de corporalidad no siempre se encuentra protegida como tal por el convenio, sino que se protege lo que está contenido en esa forma que es la obra propiamente dicha. De allí que, por ejemplo, exista un libro que contenga todos los caligramas de Vicente Huidobro o el de Raúl Zurita en los cuales sus componentes literarios y artísticos se funden en uno para conformar una obra. La forma expresiva sería el libro propiamente dicho, que es una cosa corporal, y que en todo caso, está sujeto al dominio de las cosas corporales, pero que es lo que el libro contiene, la obra de Zurita o Huidobro, lo que en realidad es protegido por los derechos de autor.

Otro punto a resaltar, conforme al numeral 2 del artículo 2º de la Convención de Berna, es que el objeto de protección no es obligatorio o de carácter imperativo, sino que los Estados contratantes podrán prescindir de alguno de ellos. Por tanto, en referencia al objeto, se opera una regla

excepcional de exclusión, respecto la norma general de inclusión establecida en el precitado artículo 2°. <sup>3</sup> Incluso, la posibilidad de exclusión del literal 2 del artículo 2° subsume por generalidad la exclusión del numeral 1 del artículo 2° bis.

Pero algo diferente sucede con la regla de condicionalidad que establece el numeral 2 del artículo 2° bis ibidem hablando de conferencias, alocuciones o similares que sean pronunciadas en público y tengan carácter de informativo. En estas últimas no se establecen reglas de exclusión, sino condiciones para su protección.

En cualquier caso, las condiciones para otorgar protección se pueden encontrar subsumidas por la facultad general de exclusión que consagra el Convenio de Berna. Ello quiere decir que, aunque una cosa es excluir y otra cosa es condicionar a la protección, el legislador de cada Estado contratante cuenta con la posibilidad de regular prescindiendo de la posibilidad de conceder conforme con lo mencionado.

Otro punto digno de mención es sobre el concepto de obra original, pues esta no sólo comprende la obra propiamente creada, sino que también en ella se incluye dentro de su originalidad las transformaciones como lo son, por ejemplo, su traducción o un arreglo musical sobre la base original. De ahí, se infiere que la originalidad no está únicamente asociada a ese primer producto del ingenio, sino que comprende todas sus posteriores modificaciones. Con ello se logra un concepto de mayor amplitud, y cierra el paso a la interpretación restrictiva.

### **Prerrogativas del autor**

El Convenio de Berna traza una distinción de carácter geográfico, estableciendo cuáles son los derechos fuera del país de origen de una obra y cuáles son los derechos en el país de origen de la obra.

Acerca del criterio geográfico para considerar el país de origen de una obra, el Convenio

---

<sup>3</sup> Esa regla de exclusión no debe tampoco confundirse con la regla de condicionalidad para la protección. En cualquier caso, las condiciones para la protección se encuentran subsumidas por la facultad general de exclusión que consagra el Convenio de Berna. Ello quiere decir que, pese a que conceptualmente se distinguen excluir y condicionar, no sucede así en sentido pragmático.

de Berna en el numeral 4 del artículo 5 señala tres criterios. Señala que se considera país de origen de una obra cuando: a) las obras publicadas por primera vez o en simultáneo dentro de uno o varios países hacen parte del Convenio; b) una obra publicada simultáneamente en un país del Convenio y otro que no; c) en obras no publicadas en ningún país del Convenio, pero su autor pertenece a algún país del Convenio.

Por tanto, hablando de los derechos de los que goza una obra en el territorio de los estados que hacen parte del Convenio de Berna pero que el origen de la obra no es en ninguno de los países de la Convención. Así pues, estos serán los derechos que conceda cada país del Convenio, y así mismo, se gozarán de los derechos establecidos por el Convenio de Berna. Sin embargo, en lo que se refiere a la extensión de la protección, así como los medios procesales de defensa, se regirán exclusivamente por la legislación aplicable del país donde se haga dicha reclamación. Como se puede analizar, existe entonces una mezcla entre la territorialidad y la extraterritorialidad de la Ley en lo que al ámbito de protección de los derechos de autor se refiere. Por otra parte, la protección reclamada en el país de origen de una obra no nacida o reclamada en un país de la Convención, estará limitada la protección a la misma que sea concedida por dicho país, haciendo gala al principio de la territorialidad de la Ley.

Ahora, lo que más le interesa a la presente investigación son los poderes jurídicos que concede el Derecho de Autor, los artículos 6 bis, 8, 9, 11, 11 bis, 12 y 14 se encargan de enunciarlos. Ellos componen la extensión del derecho de autor, o mejor, todas las prerrogativas que de dicho derecho se desprenden. Ellas se sintetizan así:

- El derecho de reproducción
- El derecho de distribución
- El derecho de comunicación al público
- El derecho de transformación
- El derecho de paternidad
- El derecho de integridad
- El derecho de traducción
- El derecho de representación

De estos derechos, ya señala la Convención de Berna, que serán reconocidos y protegidos aún después de su muerte, lo cual entonces permite trazar una relación con lo que en el acápite de sujetos se llamaba derechohabientes.



En cuanto al término establecido posterior a la muerte del autor, el artículo 7 concede un término que es el de cincuenta años más contados a partir del primero de enero del año siguiente a la muerte. No obstante, el Convenio de Berna concede la facultad a los países pertenecientes de establecer reglas diferentes e inferiores para obras cinematográficas, obras anónimas o seudónimas, obras fotográficas y de artes aplicadas, y aún plazos superiores para todas ellas.

En referencia con el término de su contabilización del término para su protección, también el artículo 7 bis indica que, en las obras protegidas por varios autores en colaboración, serán computadas a partir de la muerte del último de ellos, siguiendo para ello, la interpretación sobre la regla general establecida anteriormente en que su cómputo principiaría a partir del primero de enero del año siguiente a la muerte del último de los colaboradores.

### **El sujeto pasivo**

Téngase en cuenta que la finalidad del Convenio de Berna, según lo declara el artículo 1º, es la protección de los derechos de cada autor sobre sus obras. Por lo cual cualquier forma de violación de los derechos concedidos en favor y enunciados en el acápite relativo a los poderes jurídicos, serán objeto de sanción. Ello quiere indicar el hecho de que toda persona que transgreda dichas prerrogativas, estaría violando el deber general de abstención, el cual no es una obligación, pero, en el momento de la violación, se concretaría como el sujeto pasivo del derecho real que, *prima facie*, nace indeterminado y universal.

### **1.5.2. Estructura de la primera regulación de los derechos de autor en Colombia. (Ley 32 de 1886)**

En las Constituciones Federales anteriores a la República de Colombia como en la Constitución de Cundinamarca de 1811, artículo 18 del Título I, pueden rastrearse exiguos esbozos de derechos en favor del autor o de los inventores. No obstante, solo hasta el año 1883, en Europa, por medio de los logros de la Asociación Literaria Internacional fue convocada una reunión en la cual se buscaba brindar protección a la relación dada entre el autor con su obra, lo que más tarde se consolidaría como el Convenio de Berna.

En Colombia, sólo un mes después de la celebración del Convenio de Berna y trece años después de la aparición del Código Civil en el país, surgiría la Ley 32 de 1886, publicada el 26 de octubre sobre propiedad literaria y artística, la misma que fue reglamentada por el Decreto 665 del

26 de noviembre de 1886. Ello quiere decir que, si bien existían exiguos antecedentes rastreables constitucionalmente, la Ley 32 de 1886 era la que contenía una disciplina normativa de rango legal lo suficientemente clara.

Esta ley da inicio en su artículo 1º definiendo lo que para ella debe entenderse por propiedad artística y literaria, es decir, qué significa tener un derecho de autor. En este se indica textualmente: "[...] consiste en la facultad que las leyes reconocen a los autores durante un tiempo determinado y previas ciertas formalidades, para explotar sus obras". De ahí se extrae que el derecho del autor era, para esta ley, una facultad, es decir, un poder jurídico facultativo que concede la libertad de su titular de usarlo o no –como acontece en cualquier derecho– y que dicha prerrogativa tenía también una protección temporal y bajo el cumplimiento de formalidades.

### **Sobre el autor o sujeto activo**

El autor, en dicha Ley 32, fue definido por el artículo 2º como: "el que ha producido una obra original, y también el que refunde, compila, extracta o compendia otras obras". De ello se deduce la necesidad de que una o varias personas hayan concurrido a su producción *ex nihilo* de la obra, de ahí que esta se califique como original.

Ahora bien, en cuanto a su autor, el artículo 4º *ibidem* trae una asimilación, en la cual señala lo siguiente: "asimilase a autor al que publica por primera vez una obra inédita que no tenga dueño, valiéndose de un manuscrito de su propiedad." por lo cual la autoría no sólo se referirá a la producción o creación de lo original como se señaló, sino también que comprenderá a quien publique una obra inédita.

Corolario de ello es que, para tener en cuenta el sujeto activo del derecho de autor en relación con la Ley 32, deben tenerse en cuenta los criterios de creación y publicación. Por otra parte, la en mención, también concede la posibilidad de gozar de derechos de autor a las Corporaciones, el Estado y las personas jurídicas.

Bajo este panorama resulta de suma importancia anotar que la Ley 32 de 1886, en el artículo 16 concediera la titularidad, así mismo, al contratante de la obra por encargo. En este escenario la titularidad no recae sobre el autor que ha dado nacimiento a la obra producto de su ingenio, sino a quien ha pagado por su producción. Por lo cual al artista o el autor de la misma no se le concede lo que en el Convenio de Berna se nominó como derecho de paternidad, y por el contrario

se le priva totalmente de ella en virtud de la relación contractual. Ello necesariamente modifica ampliando la noción de autor que hasta ahora se ha mostrado.

En estrecha relación con la autoría, la Ley 32 de 1886, al igual que como sucede en la actualidad con los bienes sujetos a registro, entre los artículos 27 y 32, reguló lo concerniente con el Registro de Propiedad Literaria y Artística bajo dirección del Ministerio de Instrucción Pública. El artículo 27 *ibidem* apuntaba a que se requería "que el interesado pida y haga la inscripción respectiva, en el registro general o departamental" y, consecuentemente con esto, conforme el artículo 32, cualquier transmisión de la propiedad literaria sin la cual no podrá hacerse valer su derecho.

Dicho Registro de Propiedad Literaria y Artística fue reglamentado por el Decreto 665 del 26 de noviembre de 1886 en lo que a su funcionamiento se refiere. De allí se colige el hecho que la forma para la acreditación sustancial y adjetiva en lo que a la autoría se refiere, estaría al menos bajo la formalidad del Registro en cuestión, por lo cual en ella se relacionaría al autor en el sentido amplio apuntado con su obra.

### **El objeto de protección**

En cuanto al objeto sobre el que recae el poder jurídico ejercido por el sujeto activo del derecho de autor que no se circunscribe única y exclusivamente al creador propiamente dicho, el artículo 6 al 9 define lo que debe entonces entenderse como objeto:

(...) obra literaria o artística, para los efectos legales, toda producción que sea resultado de un trabajo o esfuerzo personal de inteligencia, de imaginación o de arte. Considerase como obra propia del que la produce, no solo la creación completamente original, sino también aquellas producciones cuyos elementos, aunque tomados de otros autores, hayan sido escogidos con discernimiento, revestidos de una forma nueva, y apropiados con inteligencia a un uso más o menos general. (artículo 6 *ibidem*)

Nótese cómo con claridad el Legislador, había seguido la línea marcada por el Código Civil de 1873 según la cual el objeto inmaterial de esa propiedad *sui generis* es el ingenio, la invención, las obras del espíritu como las llama el artículo 9 y no su sustrato material, último de cual, como se ha señalado en el Convenio de Berna, sobre el que recae la propiedad o derecho real de dominio. Señalaba el artículo 9 de la Ley 32 de 1886, que:

Toda obra del espíritu, después de realizada por la impresión, el grabado o de otra manera análoga, y cumplidas las formalidades legales, constituye una propiedad que se rige por el derecho común sin más limitaciones que las impuestas por la ley.

Resulta importante precisar que, a partir del artículo 7 *ibídem*, se desprende con claridad que lo que se protege es la manera de expresión del ingenio y no las ideas en sí. Pues sí la paternidad –que hasta ahora sólo se ha dado una breve mención– es justamente una relación entre el ingenio, y su manera de expresión, la vinculación y protección que la paternidad expresa, no se da en relación con las ideas sin materializar.

### **Prerrogativas del autor**

Esta Ley otorgaba a los autores en Colombia la prerrogativa de controlar y decidir sobre la reproducción, publicación y traducción de sus obras, así como el derecho a registrarlas para obtener protección legal.

Bien, partiendo de esto la Ley 32 plantea un régimen de negociabilidad o comerciabilidad igual que cualquier otro bien diferente al derecho de autor. Dicho régimen aplicable a cosas corporales o incorporales se materializa en la disposición consagrada en el artículo 14° de dicha Ley. Esto quiere decir que la negociabilidad de la propiedad literaria es comerciable *inter vivos* o puede ser consecuencia del modo de adquirir el dominio *mortis causa*. Una y otra, en todo caso puede ser gratuita u onerosa, total o parcial, o incluso su posibilidad de renunciar a su titularidad en favor del dominio público. Por esta razón parece ser suficiente para introducir los derechos de autor dentro de una teoría más general hacia una que es la teoría del negocio jurídico, que lleva consigo la teoría de la subjetividad jurídica o de las personas y la teoría de los bienes.

Ahora bien, que no sea esto óbice u obstáculo para comprender que conforme el artículo 670 del Código Civil y la Ley 32 de 1886 la propiedad sobre cosas incorporales es una propiedad *sui generis* y con una disciplina normativa especial. En ese sentido, el artículo 16 de la Ley 32 de 1886 le impone una restricción al *abusus* o facultad de disposición absoluta sobre las obras cuando indica, hablando de su comerciabilidad, que el "cesionario no adquiere el derecho de introducir en la obra que pasa a su dominio, alteraciones ni modificaciones, sin permiso del autor o de su familia, si aquel hubiere fallecido". Esto quiere decir que, cuando hay transmisión de la propiedad, esta no es absoluta en términos de cosas corporales, sino más bien vienen transmisibles bajo una limitación.

Ahora bien, aunque está implícito, y la Ley 32 no permite una reconstrucción sistemático normativo para hablar de un derecho de paternidad, resulta evidente el hecho que se le atribuye a la transmisión de la propiedad literaria, pues no puede introducir modificaciones sin permiso del autor o su familia en caso de este haber ya fenecido. Se debe entonces al hecho de que la Ley 32 de 1886 con acierto comprendía que la manera de expresar el ingenio no es transmisible a la manera de la propiedad corporal, porque en todo caso, aquella le pertenece a su autor y no a su cesionario.

Esto resulta de suma relevancia en tanto que entre los artículos 63 a 73 se establecían las conductas atentatorias contra la propiedad literaria y la sanción que la misma Ley 32 les concede.

### **El sujeto pasivo**

Al igual que en ocasiones anteriores, el sujeto pasivo es indeterminado pero determinable conforme la transgresión directa que realice sobre los poderes jurídicos con que cuenta cada titular de cada uno de los derechos reales. Transgresiones que se describen como aquellas violatorias de los derechos consagrados en favor de los sujetos activos del derecho de propiedad inmaterial que a lo largo de la Ley 32 de 1886.

Sin embargo, a diferencia del Convenio de Berna, la Ley 32 a partir de los artículos 63 a 73 establece, de modo expreso, una serie de conductas violatorias de la propiedad literaria, con la cual, la posibilidad de determinación del sujeto pasivo es más concreta. Por lo tanto, aunque el régimen de conducta era incipiente y prosaico, dichas conductas no implican un *numerus clausus*, pues ya el artículo 63 señala con claridad un *numerus apertus* al establecer un régimen general de violación según el cual: "(...) el que de cualquiera otra manera atente contra los derechos reconocidos y garantizados por la presente ley" será un transgresor de los derechos allí consagrados.

Pero como se ha señalado, ese régimen sancionatorio naciente, que la Ley 32 incorporó, sólo observa como penalizable una sanción expresada en las conductas de fraude o falsificación, inscripción o venta de propiedad literaria ajena, la publicación como si fuese de dominio público, la reproducción ilegal, o la del impresor que reserve mayor número de ejemplares al que por el contrato se obligó.

En materia delictual, conforme el artículo 64 *ibidem*, queda por saberse si el uso de la

expresión "delito", se encuentra empleada técnicamente o genéricamente, debido a que si fue utilizado en el primer caso, su ámbito sería el de la disciplina penal, mientras que en el segundo caso parecería ser que su disciplina sería la civil en relación con la conducta de falsificación realizada en el extranjero con aprovechamiento en Colombia.

El hecho que se hayan establecido circunstancias de agravación en el artículo 67 por las conductas de falsificación deportada, adulteración del texto y mutaciones maliciosamente realizadas sobre la obra, pareciera ser que se adopta régimen de la disciplina penal y no de la civil. Finalmente, ello indica que este sencillo régimen de penalidad sería el primer antecedente penal de protección dentro de una Ley especial destinada únicamente a la propiedad literaria. El hecho de que la misma Ley consagre para estas conductas, supone la demostración del perjuicio causado, junto con el hecho de la pérdida de todos los ejemplares contrahechos, que se aplicarían al propietario defraudado.

Dicha disposición también integra elementos de la responsabilidad civil dentro de lo que se señala como un régimen de naturaleza penal. Esa inserción civil se confunde aún más debido a que la Ley 32 establecía como sujetos de esa responsabilidad en los casos que no aparecieran determinados los autores de la conducta al editor, impresor y expendedor, a los cuales no se determina si su responsabilidad resulta ser *in solidum* o conjuntamente.

### **1.5.3 Antecedentes de la regulación en materia de derechos de autor.**

Los años posteriores a la expedición de la Ley 32 de 1886 y del Decreto Reglamentario 665 del 26 de noviembre de 1886 surgieron pocas modificaciones y/o complementaciones en materia de derechos de autor. Sin embargo, en relación al marco general legislativo en lo que a propiedad intelectual se refiere, existían normas, como la Ley 18 de 1913 mediante la cual se aprobó el Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención, así como la Ley 31 de 1925 y la Ley 94 de 1931, a través de las cuales, se regularon asuntos relativos a la propiedad industrial. Por tanto, en materia de propiedad intelectual efectivamente existe una regulación legislativa posterior a la Ley 32 de 1886, no obstante, sólo estuvo dirigida a la propiedad industrial. Sólo hasta la Ley 86 de 1946 se dio un nuevo marco general legislativo sobre derechos de autor, y a su paso, se encargó de derogar el anterior estatuto de la propiedad literaria y artística.

### **Ley 86 de 1946**

Hasta ahora se ha utilizado la denominación de propiedad intelectual conforme al léxico jurídico moderno. Sin embargo, el rastreo documental realizado, indica que, es en la Ley 86 de 1946<sup>4</sup> donde se halla el primer antecedente legal de Colombia, en el cual se da la denominación propia de propiedad intelectual al dominio sobre cosas incorpóreas, en este caso, a las referentes a obras literarias, artísticas y científicas.

Esto resulta relevante en tanto que la Ley 86 de 1946 en el artículo 1º parece armonizarse con el lenguaje del Código Civil en tanto que, en aquel artículo hacen mención sobre “las producciones del talento o del ingenio” y que sobre ellas se “constituyen una propiedad que se rige por la presente ley y, en cuanto no fuere incompatible con ella, por el derecho común” (Ley 86, 1946, artículo 1).

### **La Ley 6 de 1970**

Antes de la inclusión de una legislación internacional al ordenamiento jurídico colombiano, la primera legislación transnacional en materia de derechos de autor se dio con la Ley 6 de 1970 por la cual se incluía la actual Convención de Washington o Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, firmada en Washington el 22 de junio de 1946. Fue celebrada por Nicaragua, Ecuador, República Dominicana, Guatemala, México, Perú, Haití, Panamá, Colombia, Chile, Brasil, Costa Rica, Honduras, Argentina, Estados Unidos, Uruguay, Paraguay, El Salvador, Cuba y Bolivia.

Al igual que todas las legislaciones sobre derechos de autor, la Convención de Washington tiene una finalidad clara que consiste en la protección y reconocimiento de los derechos que el autor tiene sobre sus obras.

La Convención de Washington no aporta profundas modificaciones. Esto porque las Convenciones de carácter transnacional son más de tipo programático que legislativo. En cuanto a sujetos de derecho siguen los autores siendo los sujetos activos de los derechos de autor; situación

---

<sup>4</sup> Dicha Ley fue objeto de demandada de inconstitucionalidad conforme la Constitución Política de 1886, bajo la revisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, con M.P. Humberto Barrera Domínguez, el 10 de febrero de 1960.

que, sea de paso mentar, sólo se verá modificada por la Ley 48 de 1975 con la que se incluye también el derecho de artistas, intérpretes y ejecutores de obras, o lo que más tarde se conocería como los derechos conexos a los derechos de autor. Mismo panorama acontece por lo pronto en lo que a poderes jurídicos, objeto y sujeto pasivo se refiere.

La Convención de Washington conserva en su diseño y construcción las líneas de los tratados multilaterales, según el cual, como se ha apuntado, más que una regulación detallada o barroca en la expresión de Germán Espinosa<sup>5</sup>, propone lineamientos generales para que cada Nación contratante, dentro de su legislación interna, desarrolle legislativamente sus reglas específicas de regulación. Podría decirse que las Convenciones multilaterales trazan fines, mientras que las legislaciones internas tratan de sus medios y sus reglas generales de procedimiento.

En cuanto al derecho de paternidad, no se encuentra un antecedente claro y estable dentro de la Convención de Washington, pese a que, el artículo X de ella establezca la expresión de “Derechos Reservados” para facilitar el uso de las obras literarias, científicas y artísticas, indicando que “seguida del año en que la protección empiece, nombre y dirección del titular del derecho y lugar de origen de la obra, en el reverso de la portada si se tratare de obra escrita, o en algún lugar adecuado” (artículo X, Convención de Washington, 1946). Es un antecedente exiguo si se contrasta con la Ley 86, pero sí permite ir encontrando una estructura común a la paternidad y es la necesidad del plasmarse en todo momento junto a la obra el nombre de su creador

### **La Ley 48 de 1975**

La Ley 48 de 1975 es la que introduce al sistema jurídico colombiano una legislación internacional de carácter mundial. Con ella se incluían: la Convención de Roma el 26 de octubre de 1961, la Convención Universal sobre Derecho de Autor del 24 de julio de 1971 y sus Protocolos I y II.

Aunque para el año de 1975 aún no se encontraba vigente el Convenio de Berna en la legislación colombiana, tanto la Convención de Roma como el Convenio Universal de París compartían una misma finalidad con el Convenio de Berna. Finalidad que, desde la Antigüedad hasta

---

<sup>5</sup> Cfr. Espinosa, G. (2014) *La liebre en la luna. Ensayos*. Tercer Mundo Editores.



el día de hoy, es la de constituir un medio jurídico para el aseguramiento de una protección, suficiente y efectiva, para los autores respecto de sus obras.

Ahora, la Convención de Roma de 1961 introduce una novedad de suma relevancia, puesto que, a través de ella se empieza a proteger, en el orden jurídico colombiano los derechos conexos a los derechos de autor. Ello no sólo supone la ampliación del radio de protección y el alcance de esos derechos, sino que uno de los principales elementos estructurales de este derecho experimenta una profunda modificación por ampliación. Tal y como sucede con los sujetos y el objeto del derecho, pues a partir del artículo 2° de la Convención de Roma, a los artistas e intérpretes se les protege sus interpretaciones, a los productores sus producciones fonográficas y a los organismos de radiodifusión sus emisiones.

Así mismo, la definición de artistas, intérpretes, productores y organismos de radiodifusión se encuentra establecida en el artículo 3° de la Convención de Roma. En el mismo artículo se introducen nuevas definiciones de categorías estrictamente jurídicas que resultan de suma importancia para revestir de claridad el uso que se hace de ellas, en la misma Ley 48 de 1975, pero son aún más significativas porque estas han servido como punto de apoyo para la interpretación de la terminología de leyes posteriores.

Entre estas definiciones se incluye la noción de publicación, entendida como una puesta a disposición del público, la de reproducción comprendida como la multiplicación de ejemplares, la emisión inalámbrica para la recepción del público y la de retransmisión, que es la emisión de una emisión anterior realizada mediante un radiodifusor.

En lo referente al objeto y de su disciplina normativa, se encargan los artículos 4, 5 y 6 de la Convención de Roma, que, aunque sufran modificaciones dignas de ser mencionados por su inclusión de la protección de interpretaciones, producciones fonográficas y radiodifusiones, no existe, en lo que respecta a la paternidad, avances significativos que merezcan profundización alguna.

Algo similar sucede en el régimen de los poderes jurídicos concedidos por la Convención de Roma en favor de los nuevos sujetos de derecho, esto es, a los intérpretes, ejecutantes, etc., pues si bien el artículo 7 entra a conceder las prerrogativas de autorizar o impedir la difusión de su ejecución o la reproducción, que no es más que una forma en que se concreta el atributo de dispo-

sición –*abusus*– de ese derecho de propiedad *sui generis*, no aparece en sus disposiciones normativas la enunciación de un derecho de paternidad respecto de intérpretes, ejecutantes, productores o radiodifusores, debido a la naturaleza de dichos sujetos y objetos.

De esta Ley se deduce que el derecho de paternidad es un atributo propio de los derechos de autores sobre sus obras, y no de los conexos sobre sus ejecuciones. Situación contraria a lo que acontece con la Convención Universal sobre Derechos de Autor también incorporada mediante la Ley 48 de 1975. Siguiendo el paradigma consagrado en el Convenio de Berna, en la Convención Universal se incorpora un régimen de protección mixto en tanto se consagra una protección concedida en cada Estado con sus propias regulaciones, pero también se incorpora el régimen de prerrogativas establecidas por la Convención de Roma.

En cada uno de los tratados internacionales sobre derechos de autor, se ve una fuerte apuesta por el principio de autodeterminación en lo referido a los términos de protección y sus formas de contabilización, los medios de defensa, las exclusiones, entre otros.

Ahora, en cuanto a la paternidad de la obra, esta se encuentra implícita en la Convención Universal bajo el contexto general del derecho de autorizar las reproducciones y traducciones de sus obras. Así, el primer punto para inferir su existencia y consagración puede encontrarse en el reconocimiento y asimilación del símbolo “©” a través el artículo III cuando señala que “el símbolo, el nombre y el año deben ponerse de manera y en tal lugar que muestren claramente que el derecho de autor está reservado”, por lo cual la reserva, no es más que el derecho de reconocer la autoría y que es un sujeto de derecho, en concreto su autor, el que está revestido de los poderes para reclamar derechos sobre ella.

Sin embargo, el artículo III no es el único lugar donde puede rastrearse su existencia. En ese sentido, el numeral 'e' del artículo V, así como el literal 'f' del artículo V *quater* de la Convención Universal se indica, en lo que se refiere al primer literal que “el título y el nombre del autor de la obra original deben imprimirse asimismo en todos los ejemplares de la traducción publicada”, mientras que el segundo literal indica, en la misma línea, que “el nombre del autor y el título de la obra de esa determinada edición habrán de estar impresos en todos los ejemplares de la reproducción publicada”. Sobre ambos literales, se colige un lugar común a la paternidad y es el hecho de que, junto a la obra debe aparecer naturalmente siempre el nombre del autor quien ostenta la paternidad.

#### **1.5.4 Por un nuevo Estatuto: la derogación de la Ley 86 de 1946 por la Ley 23 de 1982**

La Ley 23 de 1982, inserta los derechos de autor y conexos dentro de su régimen específico. De ahí que, al igual que lo hacía la Ley 86 de 1946, el artículo 1º de la Ley 23 señala que “los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente Ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común”.

El artículo 30 de la Ley 23 concede a los derechos de autor las características de perpetuidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad. Respecto del primero, conserva afinidad con el derecho real de dominio, mientras que las últimas dos constituyen, *prima facie*, la especificidad de su derecho.

#### **Sobre el autor o sujeto activo**

El artículo 4º de la Ley 23 de 1982, recoge una síntesis en lo que a los titulares de los derechos de autor y conexos se refiere, de cara a sus antecesoras. Así pues, son sujetos activos, naturalmente los autores y sus derechohabientes o causahabientes, a título singular o universal, pero lo son también los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores, radiodifusores y las personas naturales y jurídicas, y los sujetos legitimados contractualmente.

Nótese entonces cómo es que la historia jurídica va mostrando un desarrollo en el que se incorpora cada uno de los avances logrados por cada una de las regulaciones anteriores. La Ley 23 logra una consolidación en una norma jurídica lo que años atrás, y con mucha parsimonia, constituyó la expansión de los sujetos de protección.

#### **El objeto de protección**

Al igual que con los sujetos de derecho, en cuanto al objeto de los derechos de autor y conexos que trae la Ley 32, sigue conservándose el elemento prevalente de su incorporealidad e ingenio. Este constituye su esencia, y de su esencia se desprenden todos los casos particulares. El artículo 9º de modo incisivo y claro señala, de modo abstracto, que lo protegido es la creación intelectual del autor sobre su obra, el despliegue de su ingenio, inteligencia o espíritu literario, científico o artístico a través de un medio de expresión.

El artículo 2º de esta Ley 23, enuncia como objetos de protección:

Las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma

de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreo gráficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer.

Puede colegirse que, en cuanto al objeto, no existen variaciones sustanciales pues, a fin de cuentas, aunque aumenten la enunciación de elementos por los cuales se ejemplifica, siguen estando todos dentro de categoría general de obra científica, literaria y artística; o con la categoría precisa del artículo 9, las creaciones intelectuales.

Lo que sí acontece con la Ley 23 es la incorporación de nuevas categorías jurídicas de interés que permiten repensar más ampliamente el objeto. Ello sucede con la noción de obra independiente utilizada por el artículo 5º, cuya protección es concurrente a la protección sobre obras o creaciones, y en la que se protegen los derechos de traducción y obras colectivas. En cuanto a estas últimas lo que se protege es su método de selección, compilación y organización. Lo que aporta su novedad conforme esta Ley 23 es la de hacerlas parte de una categoría jurídica independiente como es la de ser una obra independiente objeto de protección paralela al derecho de autor.

### **Prerrogativas del autor**

A diferencia de las anteriores legislaciones, la Ley 23 de 1982 incorpora un capítulo dedicado única y exclusivamente al contenido del derecho, es decir, en una terminología propia de la teoría general del derecho, establece una serie de derechos subjetivos o prerrogativas que, como propiedad intelectual, o como derechos de autor y conexos, se confieren.

En la primera sección se dedica al contenido patrimonial del derecho. Dentro de las reglas

del *fructus* o el contenido patrimonial del derecho, el artículo 71 establece la regla de su divulgación como parámetro para contabilizar el momento a partir del cual esta podrá ser fructuada. De conformidad con ello, no habría lugar a la explotación patrimonial de la obra antes de su divulgación, por lo cual, cualquier violación que atente contra dicha patrimonialidad sólo podrá ser posterior a dicho momento. La divulgación es el parámetro temporal que divide o no la protección jurídica del derecho.

Justamente en lo que a patrimonialidad se refiere, la Ley 23 establece un régimen negocial con una disciplina normativa propia consagrada en el artículo 183. De dicho régimen se deriva que, los derechos patrimoniales son susceptibles de transferencia y licencia entre vivos, e incluso, se incluyen limitaciones de carácter temporal y territorial, así como un régimen subsidiario en cuanto a plazos se refiere al indicar que las licencias o transferencias se concederán por cinco años salvo pacto expreso en contrario.

Así, junto con los requisitos para su existencia, dicha ley incorporó una disciplina en el régimen para su oponibilidad frente a terceros. Para tal efecto, se estableció que todo acto que transfiriera, cambiara o limitara el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, debían ser inscritos en el Registro Nacional del Derecho de Autor. Esto, sistemáticamente visto, tenía inmediatas consecuencias en el ámbito sustancial y procesal, pues la inclusión de reglas específicas de negociabilidad para los derechos de autor y sus conexos (como disciplina específica), no contraviene, con una armonización de una disciplina general del negocio jurídico.

En cuanto al contenido moral del derecho, y en lo que a autores propiamente dichos y sus causahabientes, se les concede un derecho de autorización o prohibición, según sea el querer de los sujetos, sobre la reproducción de la obra, su comunicación al público, su distribución, importación, alquiler comercial o traducción teniendo en cuenta que, en lo que se refiere a este último, el traductor conserva derecho de autor sobre la traducción de la obra original traducida, considerándose ella, como se indicó, una obra independiente.

Dicha autorización, se da bajo el entendido de una interpretación restrictiva, es decir, se entiende concedida única y exclusivamente para dicha situación. De allí que, la interpretación extensiva se encuentra prohibida. Aunque la imposibilidad de interpretaciones de carácter extensivo, conforme el artículo 78º, resulta prohibida para todo el régimen general de derechos de autor.

Frente al derecho de paternidad, la presente la Ley 23 de 1982, introduce en el artículo 5

las categorías de obra independiente y creación original. El párrafo de dicha disposición consagra de modo expreso que “la publicación de las obras a que se refiere el presente artículo deberá citar el nombre o seudónimo del autor o autores y el título de las obras originales que fueron utilizadas”. De ello se concluye, conforme al contexto de la norma, que sea cual sea el modo de transformación de la obra como los que indica el numeral 1º o de las obras colectivas de las que trata el numeral 2º del artículo 5º, todas ellas deben reconocer, implementar, atribuir la obra a quien es su autor. Con lo anterior, el derecho de paternidad entra como una prerrogativa de la autoría y, correlativamente, una obligación para quien transforma.

Se reitera entonces que, la paternidad parece encontrar su esencia en la necesidad del reconocimiento del nombre del autor en todos los lugares donde su obra aparezca.

En relación con ello, resulta menester destacar que el artículo 10 consagra una presunción legal según la cual el derecho de autor ha de ser atribuido a la persona, cuyo nombre aparezca impreso como autor o autora de la obra. Si aquello es así, al ser una presunción que admite prueba en contrario para ser desvirtuada, será carga de la parte de la cual no aparece allí su nombre, quien debe demostrar su paternidad conforme al principio del *onus probandi* consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Otro punto a destacar en cuanto a los poderes jurídicos, tiene relación con las características de perpetuidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad, atribuidos a los derechos de autor. El artículo 30 de la Ley 23 de 1982 ha señalado que dichas características son a su vez predicables de los siguientes derechos: derecho de no deformación de su obra, mutilación o modificación, sintetizado en el derecho de integridad, el derecho de conservación sobre obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o agrupado en el derecho de inédito, el derecho a modificar por su parte después de su publicación, el derecho al retiro o suspensión de su circulación y, la de especial interés para la presente investigación, el derecho a: “reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley”. Por cuanto se puede advertir que el derecho de paternidad es perpetuo, inalienable e irrenunciable.

Igualmente se le atribuye la característica de ser inenajenable, por lo cual, en concordancia con la teoría del negocio jurídico y la teoría de los bienes, los derechos señalados en el artículo 30 de llegar a ser objeto de algún negocio jurídico, el mismo, se encontraría viciado de nulidad

absoluta por ser este objeto ilícito, o mejor dicho, objeto prohibido por las leyes. Esta interpretación se armoniza con la regla de exclusión establecida como regla negocial en el artículo 182 parágrafo según la cual “la transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 de esta Ley” (Ley 23, 1982, artículo 182). Esto justifica el hecho de que el derecho de paternidad que se pretende investigar, tiene las características de ser perpetuo, irrenunciable e inalienable, pero también intransferible.

En estrecha relación con la paternidad, surgía el problema de la legitimación sustantiva y adjetiva. Esta parecía ser acreditada mediante la certificación expedida por la autoridad competente conforme la regla del artículo 205 de la Ley 23 de 1982 en la que se indicaba que:

(...) en este certificado debe constar la fecha en que se ha verificado la inscripción; el libro o libros y el folio o folios en que se ha hecho el registro; el título de la obra registrada y demás circunstancias que en su caso contribuyan a hacerla conocer perfectamente y sirvan para identificarla en cualquier momento; el nombre, apellidos, identificación y domicilio del titular, a cuyo nombre hayan sido inscritos los derechos intelectuales. (Ley 23, 1982, artículo 205).

No obstante, este artículo fue derogado por la Ley 44 de 1993, por lo que para lo referente al registro deben de observarse las normas establecidas en los artículos 3 al 9 de la ley en mención. Valga entonces precisar que, mirando sistemáticamente el ordenamiento jurídico, esta certificación no es requisito *sine qua non* debido a que la legitimidad sustantiva podrá ser suplida mediante las obras a las que esté asociado el símbolo de ©., conforme con el artículo 3 de la Ley 48 de 1975.

Estrechamente relacionado con la paternidad y su legitimación sustantiva, la Ley 23 de 1982, establece que, por regla general, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor son concedidos por toda su vida, más los ochenta años adicionales después de su muerte, siempre que existan causahabientes, ya sea a título universal o singular o que exista una previa negociación entre vivos de los derechos patrimoniales, sin importar cuál sea la naturaleza de dicho negocio. Por lo que para el momento a partir del cual debe contabilizarse el ámbito de protección, se ha determinado la muerte del autor, que es la regla general siempre que no se esté dentro del sistema de conteo a partir de la publicación consagrada en el artículo 28 de la misma ley.

Una nueva manifestación de la paternidad la entrevemos haciendo uso del argumento *a contrario sensu* y partiendo de las limitaciones al derecho de autor que consagran los artículos 31

y siguientes de la Ley 23, pues una limitación para el autor es la referida a la permisión para terceros de citar una obra. Es cierto que la citación conlleva a su vez una obligación consagrada como condición del inciso 2 del artículo 31 según el cual “en cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra”. (Ley 23, 1982, artículo 31). En consecuencia, la violación de la paternidad no se refiere a un uso por parte de terceros sin más, sino a un uso sin el reconocimiento o atribución de autoría. Corolario sería entonces decir que, la citación es un derecho en favor del tercero, pero que, en su esencia, constituye la expresión tangible y material del derecho de atribución por parte del autor.

### **El sujeto pasivo**

Como se ha señalado, en un principio, el sujeto pasivo en tanto relación externa con el dominio de cosas incorporales resulta indeterminado, pero determinable. Por tanto, conforme la finalidad de la ley, cualquier forma de violación de los derechos concedidos en favor del titular de una obra, serán objeto del régimen sancionatorio.

El régimen sancionatorio se encontraba regulado a partir del artículo 232 de la Ley 23 en adelante. La ley consagraba dieciséis conductas que traen como consecuencia jurídica la prisión y la multa, y otras tres en la que se incurrían sólo en multa. Esto fue modificado por la Ley 44 de 1993, la cual fue derogada en estos asuntos por el actual código penal. Por lo tanto, ahora la remisión sobre las sanciones y multas, se realiza al Código Penal (Ley 599 del 2000).

Sin perjuicio del régimen penal, existe en paralelo el régimen de responsabilidad civil por resarcimiento del daño. En la actualidad deberá llevarse a cabo mediante incidente de reparación integral, o mediante proceso independiente ante la jurisdicción ordinaria civil.

### **1.6 La incorporación del Convenio de Berna de 1886: la Ley 33 de 1987.**

Sea lo primero advertir que, el Convenio de Berna no es el primer tratado internacional sobre derechos de autor, pues ya el tratado de Austria y Cerdeña celebrado el 22 de mayo de 1840 constituye el antecedente más antiguo datado por Jean Cavalli y el más cercano a la Convención de Berna es el celebrado entre Colombia y España el 28 de noviembre de 1885. En todo caso, entre el Convenio Austria-Cerdeña de 1840 y el de Colombia-España de 1885, se celebraron más de



ochenta tratados, la mayoría bilaterales o en algunos casos trilaterales<sup>6</sup>. Por lo cual resultaría impreciso tratar al Convenio de Berna como la primera legislación trasnacional, pero sí quizá la primera multilateral e internacional.

En el caso colombiano, la primera legislación internacional y multilateral fue introducida a la legislación interna con la Convención Universal de Derechos de Autor y la Convención de Roma incorporada mediante la Ley 48 de 1975. Pero antes, ya existían Convenciones en cuanto a Derechos de Autor.

Son antecedentes bilaterales la Convención con España que se incorporó mediante el Decreto 653 de 1886, el Tratado General con Suiza introducido mediante la Ley 15 de 1908, la Convención de Buenos Aires de 1910 ingresada con la Ley 7 de 1936, con Francia mediante la Ley 12 de 1959, el Convenio Cultural con España mediante la Ley 139 de 1963, con la República Federal Alemana mediante la Ley 24 de 1964 así como con Ecuador mediante la Ley 28 del mismo año y la Convención de Washington de 1946 mediante la Ley 6 de 1970, que fueron brevemente enunciadas en el apartado anterior.

Que tenga ahora lugar, de nuevo, el Convenio de Berna tiene su justificación temporal en lo que al ordenamiento jurídico colombiano se refiere, debido a que, sólo hasta la Ley 33 de 1987, con la presidencia de Virgilio Barco, se incorpora en la legislación nacional el Convenio de Berna que había nacido cien años atrás, considerando además que, desde 1975, Colombia se constituyó como miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual mediante la Ley 48 de dicho año.

Ahora, a la Ley 33 de 1987 le precede en más de diez años la Ley 48 de 1975. Por lo cual entre una y otras existen problemas de antinomias. La primera se refiere a su régimen de solemnidades. El Convenio de Berna no exigía formalidad alguna conforme se desprende del artículo 5 mientras que la Convención Universal en el artículo III daba a las Naciones la facultad de establecer condiciones de protección bajo el cumplimiento de ciertas formalidades. Estas últimas, podían

---

<sup>6</sup> Para una consulta de todos ellos, cfr. Cavalli, J. (2006) Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886. Dirección Nacional de Derechos de Autor., p. 90 y ss.

ser suplidas, como más arriba se indicó, mediante la asimilación de dichas formalidades a la existencia del símbolo de © en una obra.

En cuanto a su régimen de duración de la protección, el Convenio de Berna señalaba la vida del autor más cincuenta años conforme el artículo 7, mientras que la Convención Universal concedía la vida del autor más veinticinco años o incluso plazos menores.

De las diferencias que allí existían, una de las que más interesa señalar es la que se refiere a los derechos morales. El Convenio de Berna en el artículo 6 *bis* consagra la disposición según la cual, al margen de los derechos patrimoniales, todo autor conservaría su derecho de reivindicar la paternidad de su obra, así como la de oponerse a cualquier deformación que de ella se diría o mejor. Una disposición así no aparece propiamente en la Convención.

Todo el desarrollo normativo expuesto, fue tras las huellas de la paternidad que había nacido en el ámbito internacional con el Convenio de Berna de 1886. Lo anterior a la Ley 23 de 1982 y la Ley 33 de 1987 fueron rudimentos, emergencias de la paternidad que constituyeron los antecedentes de dicho derecho, sin que este, en sí mismo, estuviese consagrado como derecho moral explícito. A partir de aquí, ya no se va tras las huellas del derecho de partir, sino hacia sus desarrollos.

## CAPÍTULO 2

### El derecho de paternidad

El panorama legal, nacional y foráneo de los derechos de autor permite concluir que estos consisten en la serie de prerrogativas que la ley concede a una relación personal y directa entre el ingenio de un autor y su obra como manera de expresión de su ingenio, que reviste la característica de ser inalienable, irrenunciable, intransferible, inembargable y perpetua.

De ahí que, el autor de una obra sea titular de los derechos morales que se encuentran consagrados en el artículo 6 bis del Convenio de Berna, estos son el derecho de integridad y el derecho de paternidad, siendo este último del cual se ocupará la presente investigación.

El derecho de paternidad o derecho de reivindicación implica que, en términos generales, el nombre del autor debe encontrarse asociado a su obra o creación, por consiguiente, siempre que un tercero haga uso de esta, debe indicar el nombre de su autor. No obstante, “el derecho de paternidad de la obra que tiene el autor no solamente implica la facultad del autor de exigir que su nombre aparezca vinculado a la obra, sino también, a contrario sensu, la facultad de no colocar su nombre en relación con la obra y mantenerse en el anonimato” (Bugallo, 2013, p. 45.).

Se destaca que, como se mencionó con antelación, el derecho de paternidad contiene las características de ser: i) inalienable o intransferible, ya que no puede ser objeto de cesión o venta por el autor, sin embargo, puede ser transmisible a los herederos del autor; ii) irrenunciable en cuanto el autor no puede desistir de él, aunque esta sea su voluntad; iii) inembargable; iv) imprescriptible y perpetuo. En definitiva, el derecho de paternidad posee un carácter de orden público no sujeto a libre disposición de los sujetos y, por tanto, si se transfiere, embarga o renuncia al derecho de paternidad, se constituye objeto ilícito del negocio jurídico.

En síntesis, la paternidad en términos generales busca proteger la relación directa de la obra con el autor sea éste un individuo o un conjunto de personas. Se ha dicho también que la relación de posesión, a diferencia de la posesión de cosas materiales, se estructura a partir de consignar junto con la obra el nombre de su creador o creadores en todos los momentos en que la obra aparezca. Justamente, la vulneración del derecho radica en desvincular el nombre del autor, singular o múltiple, con la obra de su ingenio literario, artístico o científico; esto origina el derecho a reivindicar que habla el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 6 bis de la Ley 33 de 1987.

## 2.1 Tratamiento legal del derecho de paternidad

El capítulo anterior dio un panorama de los antecedentes emergentes legislativos del derecho de paternidad en lo que al ordenamiento jurídico colombiano se refiere. Ahora bien, en el contexto internacional desde el año 1886 con la celebración del Convenio de Berna dicho derecho ya encontraba vigencia en foráneas legislaciones, pese a que, como se vio en el capítulo anterior, dicho convenio sólo ingresó a la legislación colombiana de una manera explícita con la Ley 33 de 1987, es decir, casi un siglo después de su nacimiento.

Pese a que es de interés hacer énfasis en el hecho de que el antecedente temporal más remoto del derecho de paternidad se remonta al Convenio de Berna en el artículo 6 bis, el primer antecedente en el ordenamiento jurídico colombiano se remonta a la Ley 23 de 1982 en el artículo 30. Por lo tanto, el desarrollo legislativo del derecho de paternidad en lo que respecta a la normativa patria precedió en cinco años a la Ley 33 de 1987 que fue la que incorporó el Convenio de Berna. En todo caso, tanto el artículo 6 bis del Convenio de Berna como el literal 'a' del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 no son excluyentes, sino armónicos en cuanto a lo que regulan y consagran.

Por esta razón, se otorga la posibilidad de que, si bien en el ordenamiento colombiano debería estudiarse la paternidad a la luz de la Ley 23 de 1982, se puede abordar su estudio a la luz del Convenio de Berna que constituye el antecedente temporal más remoto.

La paternidad es consagrada en el Convenio de Berna en el artículo 6 bis de la siguiente manera:

Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación (1886).

Al analizar con detenimiento dicha norma, se pueden precisar las siguientes características del derecho de paternidad.

Lo primero es señalar la independencia de este con los derechos patrimoniales que se derivan de una obra. Ello traza entonces con claridad la diferencia entre los derechos morales y los derechos patrimoniales o de explotación. De allí que, en miras a la paternidad, este derecho hace

parte del atributo del abusos al que, conforme lo señalado en capítulos anteriores, tiene la característica de ser inalienable y perpetuo. En términos coloquiales, la paternidad es un atributo moral del derecho de autor que tiene disciplina específica y diferente a la propiedad de cosas corporales, pero también a la patrimonialidad o *fructus* de los derechos de autor.

La propiedad de cosas corporales y la paternidad de cosas incorporales o intelectuales comparten el hecho común de que una y otra es una relación directa del propietario con su bien, mientras que una de las diferencias esenciales (al margen de las formas de usos) es la naturaleza de la propiedad intelectual que goza (sobre los derechos morales) la característica de inalienable, irrenunciable, intransferible e inembargable.

Trazar esa distinción entre la patrimonialidad y la moralidad se acentúa cuando el legislador ha indicado que, prescindiendo de cualquier consideración patrimonial de la obra, el autor (siempre y en todo momento) conserva su derecho a reivindicar su autoría, a ostentar su paternidad. De modo que se sustenta, como en la presente investigación, que el derecho moral tiene una naturaleza restrictiva en el atributo del abusos, debido a que es tratado como un derecho de orden público carente de la total libre disposición por parte del creador.

El elemento esencial de la paternidad es la vinculación del nombre del autor con su obra, este se encuentra con mayor claridad en la redacción del artículo 6 bis en inglés del Convenio de Berna (1886) en tanto señala que: "The author shall have the right to claim authorship of the work". En este artículo se prescinde de la terminología de la paternidad pues lo que regula es la posibilidad de reclamar autoría. De manera que, el derecho a reivindicar surge cuando se reclama la protección de la paternidad en los eventos en que ha sido violada la relación del autor con su obra a través del desconocimiento de la autoría. Tanto la Ley 23 de 1982 como la Ley 33 de 1987 consagran la reivindicación como medio de defensa en los casos de violación del derecho de paternidad.

Asimismo, existe una norma para tener presente al dar el bosquejo de una disciplina normativa del derecho de paternidad. La Ley 23 de 1982 en el artículo 10 consagra una presunción legal, señala que el derecho de autor ha de ser atribuido presuntamente a nombre de quien aparezca impresa o reconocida la autoría de dicha obra. Su efecto inmediato tiene que ver con las cargas al interior del proceso de reivindicación, esto quiere decir que el nombre de quien aparezca impresa o reconocida la autoría tendría en su favor la presunción, y sería entonces la contraparte la que cargaría con el deber de probar o de desvirtuarla en la que se acredita la autoría de la misma. Por

tal razón, la presunción adopta un carácter formal y no tanto material, pues se basa en un nombre plasmado en una obra.

Queda entonces esbozado el régimen de presunciones con el natural *onus probandi* que ello implica, por lo cual, el objeto o pretensión de la acción (el derecho subjetivo concedido por la norma sustancial especial) es la de reivindicar para sí la autoría de lo que más adelante se señaló como la paternidad sobre la manera de expresar una idea científica, literaria o artística. Lo anterior, busca restablecer la relación directa de un autor con su ingenio que ha sido vulnerado a través del desconocimiento de esa relación directa e inalienable que es la paternidad.

## **2.2 El plagio como vulneración al derecho de paternidad**

Se ha enunciado en la presente investigación que el sujeto pasivo frente al dominio de cosas incorpóreas y, por tanto, frente al derecho de paternidad resulta indeterminado *prima facie*, pero determinable conforme la transgresión directa que realice sobre los poderes jurídicos con que cuenta el titular. Así, una de las conductas a través de las cuales esa violación puede hacer determinable al sujeto pasivo es la conducta denominada como plagio, aquella trasgresión al derecho de paternidad.

El término “plagio” viene etimológicamente del latín *plagium* que traduce secuestro. El origen histórico semántico parte de la Antigua Roma, “aunque la acción de plagiar ha existido en todos los tiempos” (Bugallo, 2013, p. 13). El *plagium* constituía un delito que implicaba raptar a hombres y convertirlos en esclavos. No obstante, aunque se trata de un significado diferente al de plagio actual, se logra dilucidar que desde la Antigua Roma surge esa idea de conducta peyorativa sobre “robar algo”.

Uno de los antecedentes más significativos de plagio en materia de derechos de autor se remonta al Egipto del siglo II a. C, en el que se llevó a cabo una competencia literaria en la cual varios escritores daban a conocer sus poemas frente a un público y jurado selecto.

(...) el faraón en aquella época, Ptolomeo Filadelfo, escuchó con atención a los concursantes y al final preguntó a los jueces por el veredicto. Aristófanes señaló que se debía premiar al poeta que peores versos había declamado. Tras ser consultado por la razón de tan peculiar parecer, el sabio afirmó que el peor poeta del certamen era el único que no había reci-

tado versos de otros líricos, que era el único que había escrito y referido sus propias composiciones. El faraón y su séquito dudaban, así que para despejar cualquier incógnita, se dirigieron a la biblioteca de Alejandría (la más grande del mundo Antiguo, con 900.000 manuscritos) en donde Aristófanes desenmascaró uno a uno a los participantes del certamen comparando sus creaciones con fragmentos de otros autores. El faraón, hijo de Ptolomeo I Sóter, el mismísimo fundador de la biblioteca, ordenó que los presuntos poetas fueran encerrados por robo. Al mismo tiempo, premió a Aristófanes nombrándolo director de la biblioteca. (Ramírez, 2010, como se citó en Timal y Sánchez, 2017, p. 52)

Posteriormente, en el siglo I d. C. en el texto *Epigramas Marcus Valerius Marcialis* utilizó la palabra “plagiario” por primera vez para hacer alusión a la conducta que actualmente se conoce como plagio en el contexto de derechos de autor, así, ejemplifica como un tal Fidentino recita sus versos de manera pública haciéndolos pasar como propios, por lo que, según el autor, Fidentino adquiere la calidad de “plagiario”. Por lo tanto, a partir de ese momento el plagio se entendió como la conducta de apropiación de ideas y empezó a formar parte del estudio de los derechos de autor.

En relación con este concepto, también desde el Imperio Romano se reconocían las primeras formas de la propiedad intelectual, al reconocer el “derecho de honor” a autores como Virgilio.

En ese orden de ideas, desde el siglo XV, tras la invención de la imprenta, surge la necesidad de una regulación específica sobre los derechos de autor al crear disposiciones normativas que reglamenten lo que implica la apropiación de obras ajenas como propias. Es por esto que, en 1710 se consagra el Estatuto de la Reina Ana, esta se conoció como la primera disposición normativa próxima al concepto de derechos de autor de la actualidad, no obstante, el concepto de plagio seguía siendo extraño para los sistemas jurídicos.

Ahora bien, a pesar de que en Occidente no se reglamentó a profundidad esta figura en los siglos inmediatamente posteriores, es menester anotar que en el siglo XVII Jacobus Thomasius escribió la obra *Dissertatio philosophica de plagio literario, nunc recusa et sex accessionibus locupletata*, en la cual habló sobre el plagio literario desde la filosofía, sin embargo, su estudio no fue jurídico.

Por su parte, en la Arabia medieval se prestaba especial atención a la integridad textual de las obras, por lo que varias creaciones fueron analizadas para fundar los límites entre el plagio y

la intertextualidad. De manera que, la imitación excesiva sin indicar las fuentes eran procedimientos comúnmente reprobados. No obstante, Perromat afirma:

(...) la poesía árabe clásica concedía, al igual que sucedía en la literatura greco-latina, una gran importancia a la imitación y emulación de modelos y autores canónicos, siempre y cuando éstas fueran el resultado de una transformación cualquiera que justificara la apropiación. (Perromat, 2013, como se citó en Bugallo, 2013, p. 16)

No es sino hasta el siglo XVIII que la expresión “plagio” empezó a formar parte de la lexicología en distintos países europeos, así como en los Estados Unidos de América que se incorporó con mayor fuerza en sus respectivas legislaciones la regulación de los derechos de autor. Así, específicamente en el caso de las colonias españolas, se trajo la regulación en materia durante la primera mitad del siglo XIX y se formó el antecedente a las legislaciones hispanoamericanas de finales del siglo XIX (Bugallo, 2013).

En la actualidad, el plagio se entiende en términos generales como una conducta que lesiona el derecho de paternidad, no obstante, en conformidad con lo que expresa la jurista María Alejandra Echavarría (2016), Magíster en Derecho con énfasis en Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia, no existe una definición legal de lo que constituye en su esencia la conducta de plagio, pues esto ha sido una tarea delegada a la jurisprudencia y la doctrina especializada. Un argumento para apoyar su postura se sustenta en que la revisión sistemática de leyes nacionales y foráneas, desde el año 1883 en adelante que se mostró en el primer capítulo, no permite entrever una definición de lo que es el plagio a la manera que lo trae, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 23 de 1982.

Por consiguiente, se puede inducir que la legitimación por pasiva frente a la vulneración del derecho de paternidad se concreta en un sujeto determinado cuando un tercero externo a la relación de creación vulnera la relación directa y única que existe entre el autor, su nombre y su obra. La vulneración que estructura la legitimación por pasiva se da entonces en virtud de un menoscabo del reconocimiento del nombre del autor cuando su obra ha de aparecer. Esto quiere decir que la vulneración que conforma la legitimación por pasiva se da con respecto al desconocimiento de su nombre o al reconocimiento de un autor diferente al verdadero en relación con su obra.

En este sentido, varios autores y organizaciones han dispuesto las siguientes definiciones.



La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual definió el plagio como “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados” (1980). Por lo cual, el plagio se podría conceptualizar como la sustitución de la propiedad intelectual de otro individuo en su creación de obras literarias, artísticas y de invención. Se trata de una violación a la paternidad de la obra en la que el creador original no recibe el crédito y, en cambio, esta se presenta como una invención original de otro (Báez, 2015).

Por su parte, la académica Mónica Hernández (2016) define el plagio como el “robo de ideas, textos, métodos, mecanismos, diseños y, en general, de todo aquello que puede ser considerado como propiedad intelectual académica ajena” (p. 121).

Similarmente, en palabras de la Corte Suprema de Justicia:

El plagio es una definición de carácter doctrinal, pues la legislación penal no utiliza esta expresión a fin de tipificar una conducta ilícita, por el contrario, utiliza expresiones como “violación a los derechos morales de autor” o “violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos” (...) Tenemos entonces que la infracción al derecho moral del autor plagiado se hace ostensible en el ámbito de su derecho de paternidad, pues el plagiario la sustituye asumiéndose como autor de la obra. En la mayoría de los casos también se lesiona la integridad de la creación, pues lo corriente es que el plagiario trate de disfrazar su acción modificando su contenido. La lesión a los derechos patrimoniales deriva de la transformación no autorizada de la obra y de su posterior utilización a través de la reproducción, o comunicación pública”. (Radicado N.º 31403, 2010).

Adicionalmente, de acuerdo con la abogada Beatriz Bugallo Montaña (2013), el concepto de plagio tiene dos vertientes; por una parte, se entiende como un concepto amplio bajo el cual se emplea una imitación que tilda de ser fraudulenta, de forma total o parcial de otra obra; “por otra parte, se identifica un concepto restringido, que precisa la diferencia entre plagio y usurpación de la personalidad del autor. En el caso de usurpación habría una labor mínima de adaptación, mientras que en el plagio se toma la parte sustancial de la obra ajena” (p. 19).

En este orden de ideas, la noción o concepto jurídico de plagio es difícil de concretar, justamente por la diversidad de situaciones en las que puede darse; incluso, se le puede considerar ambiguo. Dicho lo anterior, es posible encontrar una pluralidad de definiciones o conceptos con variantes según las distintas épocas y los distintos autores.

Así, por ejemplo, de acuerdo con Bugallo (2013), la doctrina clásica europea desarrolla el concepto de plagio en el siglo XIX con la escuela alemana, italiana y francesa. Autores como Kohler mencionan que hay tres niveles para determinar si se está ante una apropiación o no de obras ajenas:

(...) i) La Substanz (Stoff o Inhalt), que sería el contenido de las ideas, imágenes, conceptos que es la materia que luego elabora el autor; ii) la Innere Form, Fassung, Ideengestaltung (Formgebung, Formation), que sería la forma interna o el resultado de la elaboración individual; iii) la Äusserliche Form (Ausdrucksform), que sería la forma o realidad exterior que pone de manifiesto a la sustancia interna. (2013, p. 19 - 20)

Se destaca que, en razón de la clasificación anterior de los niveles, cuando se está en el primero, es decir, cuando se habla de una idea, esta no se encuentra bajo la protección de la propiedad intelectual, sólo en el nivel en que ésta se exterioriza en una obra o se puede entender que existe tal protección. De igual forma, es importante mencionar que en el derecho anglosajón a diferencia de las regulaciones latinoamericanas, la suplantación en la autoría importa en cuanto se trate de obras académicas o en asuntos comerciales.

Por otro lado, la doctrina contemporánea ha propuesto un concepto de plagio distinto, por su parte, la doctrina española conceptualizó al plagio como aquel “apoderamiento ideal de una obra ajena, bien haciéndola pasar como propia, bien utilizando los elementos creativos de aquella para la elaboración de la creación ilegítima” (Delgado Porrás, 1988, p. 117). De igual forma, autores como González López (1993) manifiestan que la conducta del plagio es “atentatoria contra el respeto a la paternidad del autor sobre su obra, pues el plagiario se arroga sobre la obra una paternidad que no le pertenece, que corresponde al autor de la obra copiada”. (p. 177)

De manera semejante, existe una gran variedad de definiciones en las doctrinas latinoamericanas. Por ejemplo, en la doctrina venezolana el autor Antequera Parilli (2012) se refiere al plagio como “la apropiación total o parcial de elementos originales de una obra ajena, en forma idéntica o simulada, con usurpación de la paternidad del verdadero autor para hacerlos pasar como propios”. (p.86)

En Argentina, el abogado especialista en Derecho Comercial y en Derechos de Autor y conexos, Miguel Ángel Emery (2002) enuncia este concepto como “un atentado contra el derecho del autor que consiste básicamente en publicar como propia una obra ajena” (p.289). Por tanto,

autores como Mouchet y Radaelli (1948) instauraron que la firma en la obra es fundamental y los autores tienen derecho a exigir que ésta se conserve en ellas, por lo que quien tenga la obra no puede modificarla ni borrarla y mucho menos cambiar el nombre del autor.

En el país en mención, el plagio también tuvo relevancia en la regulación en materia penal, por tanto, se definió como “la usurpación de la paternidad e intangibilidad de una obra inmaterial perteneciente a un tercero” (Ledesma, 1992, p. 265).

Otro ejemplo de la definición del plagio viene de la doctrina uruguaya, de la cual autores como Valdés Otero (1953) entienden el plagio a través del derecho de paternidad de la obra pues considera que esta protección es dada por la ley uruguaya.

Como puede observarse, el plagio, al ser un concepto doctrinal, cuenta con una gran variedad de definiciones, no obstante, para efectos de esta investigación se entenderá como aquella actividad que implica tomar, total o parcialmente creaciones o producciones ajenas, protegidas por el derecho de autor y presentarlas como propias sin autorización previa del titular o sin dar a conocer la fuente de las mismas. (Espinoza, 2020)

### **2.3 Concepto de “original”**

A la hora de hablar de plagio se abre la ventana a conceptos ligados a dicha conducta, como lo es el concepto de original. Esto interesa en la medida en que con el plagio se suplanta la identidad del autor de una obra que se califica como original.

El término original surge etimológicamente de *originalis* en latín, que significa nuevo o novedoso. De la misma manera, original es definido por el Diccionario de la Real (2023) Academia como “obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor”.

Por otra parte, si se remite a otras áreas de estudio como la filosofía podría concluirse que las nuevas ideas o aquello que aparece por primera vez no existe, pues de acuerdo con el empirismo primitivo: "El pensamiento solo refleja la experiencia, se puede deducir que el llamado pensamiento nuevo, no lo es en realidad, solo refleja algo que ya existía previamente" (Wagensterg, 1983 como se citó en Laverde-Rubio, 2010, p. 604). Por lo tanto, las ideas, para la filosofía, son solo un reflejo de lo ya vivido.

Para algunos autores, se trata de “algo que aparece por primera vez, que no es una copia o

repetición de lo ya conocido” (Sanabria, 2014), p, 90. No obstante, el concepto de original, en materia de derechos de autor es mucho más amplio y no puede comprenderse únicamente como aquello que surge por primera vez. La originalidad, para el derecho de propiedad intelectual, se divide en dos tipos: originalidad subjetiva y originalidad objetiva. De manera que, para que una obra sea considerada original debe cumplir con estas dos formas.

La Universidad Nacional de Colombia (UNAL) explica estas características de la siguiente forma: “La originalidad objetiva precisa que la creación será original siempre que no sea una copia de otra; la originalidad subjetiva implica que el autor plasma su estilo o sello personal en la obra creada. Cada ser humano tiene una capacidad única de expresar las ideas de su intelecto y esto se ve reflejado en sus obras”. (s.f)

Lo anterior se encuentra relacionado directamente con el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, en la cual se establece que las obras son “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida de cualquier forma” (Comunidad Andina). En consecuencia, se desprende que, la originalidad es un requisito necesario para que una obra sea protegida, como lo plantea la abogada Natalia Tobón Franco (2005): “Si una obra carece de originalidad, entonces no se justifica su protección ya que no se está incentivando ninguna creación del ingenio o talento humano.” (p. 123)

## **2.4 Factores del plagio**

Para poder entender la figura de plagio y lo que la compone, la doctrina, entendida como fuente formal de derecho, ha desarrollado una serie de elementos o factores que explican este concepto.

Para la abogada Beatriz Bugallo (2013) el plagio se puede entender a partir de los siguientes factores:

- a) existencia de una obra protegida por el derecho de autor;
- b) reproducción total o parcial de dicha obra por quien no es el titular del derecho y sin su autorización;
- c) atribución de autoría falsa a la obra ilegalmente reproducida. (p. 25)

De acuerdo con Bugallo, el primero de estos factores implica que la obra presuntamente plagiada cuenta con las características propias de una obra protegida por los derechos de autor, es

por esto que, por una parte, es necesario que quien busque la protección de la obra sea el titular del derecho de paternidad, es decir, el autor o los autores. Además, según Bugallo, es menester que lo que se busque proteger de la obra plagiada sean los elementos originales, más no alguna modificación de dominio público.

Asimismo, es importante destacar en este punto que la obra debe ser una idea exteriorizada, pues las ideas que no se encuentran materializadas no son objeto de protección del derecho de autor.

Ahora bien, en lo que refiere al factor b, la autora establece que para conocer el alcance de esa reproducción de la obra “se suele distinguir entre: i) plagio formal o copia directa, cuando hay una reproducción idéntica, integral, fácilmente identificable; ii) del plagio virtual o ideológico, conocido como copia indirecta o con transformación” (Bugallo, 2013, p. 27).

Lo anterior no es excluyente con la reproducción ya sea total o parcial., Cuando surge una reproducción total de una obra, claramente se está ante un supuesto de plagio, no obstante, en una reproducción parcial se hace más complejo determinar el plagio, al entender que la parcialidad puede ser una reproducción idéntica de un fragmento de la obra o una reproducción de ciertos contenidos o componentes de la obra del tercero. Por lo anterior, es importante tener presente que cuando se protege una obra no se garantiza solamente su estructura externa, sino también “la disposición de cada componente y la relación de cada parte con el todo” (Bugallo, 2013, p. 27). Como resultado, se vuelve relevante la esencia de la obra que es un aspecto que va más allá de cada creación preexistente.

Con este factor se estudian situaciones como la cita no realizada o la cinta indebida, así como situaciones en las que “a la obra ajena plagiada se le agrega una creación personal del plagiario o se la inserta en una creación personal del plagiario” (Bugallo, 2013, p. 28)

Por último, el factor de atribución de autoría falsa es un elemento del plagio con un componente objetivo y subjetivo, el segundo se refiere a que quien se atribuye la autoría sepa de la falsedad de su atribución.

Para Bugallo (2013): “Hay falsa atribución de autoría y plagio en el sentido general, tanto si quien lo realiza se atribuye a sí mismo la falsa autoría, como si se la atribuye a un tercero, sin su conocimiento” (p. 29) y sin importar si esta conducta es parcial o total.

También hay plagio en aquellos casos en los que hay atribución implícita de autoría a un tercero, esos son casos en los cuales no se dice expresamente el autor, pero por la forma como se apropia de la obra y el manejo que le da a la misma, no hay duda de que el autor sería el tercero.

Todo lo anterior, se aplica sin importar si el autor de la obra presuntamente plagiada se encuentra de manera anónima, toda vez que, aunque “no tenga una expresión respecto de quién es el autor no implica que no tenga un titular de los derechos” (Bugallo, 2013, p. 30).

En este punto, surge un interrogante y es qué sucedería si el autor de la obra consiente que se disponga su obra a nombre de un tercero ¿Habría plagio? De acuerdo con la inalienabilidad e irrenunciabilidad de los derechos morales de autor, es inconcebible la práctica de autorización a un tercero para figurar como autor de una obra propia.

## **2.5 ¿Cómo se constituye el plagio? (herramientas)**

Al partir de la idea de que el plagio es una figura con una diversidad de supuestos, la doctrina ha establecido las siguientes teorías para facilitar la comprensión de la constitución del plagio:

Teoría de la individualidad y de la originalidad de la “representación”: de acuerdo con esta teoría se busca establecer que aquellos elementos de las obras en conflicto (la presuntamente plagiada y la original) formen un algo original o individual. De acuerdo con Bugallo (2013) “se critica esta teoría sobre la base de que no se estaría teniendo en cuenta la tutela del trabajo creativo propiamente, sino solamente los aspectos clásicos de exteriorización” (p. 31). En otras palabras, con esta teoría se desconoce uno de los elementos que constituye la protección de una obra como lo es la originalidad subjetiva y la creatividad, ya que, aunque la obra exista solo por la creación, a esta es necesario que la “adornen dos circunstancias, a saber, su originalidad y la expresión formal de la misma por cualquier medio o soporte” (García, 2016, p. 257). La exteriorización implica entonces que la obra debe ser expresada de manera concreta y suficiente por cualquier medio para que sea percibida y reconocida por terceros. La originalidad subjetiva es aquella que “defiende la protección de la creación siempre y cuando ésta sea el reflejo de la personalidad del autor (...) aunque el resultado creativo no sea nuevo” (García, 2016, p. 257). Finalmente, con esta teoría se estaría protegiendo aquellas formas de percibir la obra mas no la personalidad del autor plasmada en ella que conlleva la creatividad del mismo.

Test de las semejanzas: para determinar si efectivamente se constituye plagio, el test en

cuestión invita a observar el grado de semejanza de los elementos de las obras en disputa que se encuentren, pues para que la obra sea ilícita el grado de las semejanzas debe ser alto o sustancial. Esta evaluación se puede hacer de manera cuantitativa al aludir a una dimensión de las semejanzas o cualitativa, en cuanto a “la importancia que en sí mismas pueden tener tales semejanzas, a su valoración relativa en la creación cuestionada”. (Bugallos, 2013, p. 32)

No obstante, para el análisis del plagio también es importante tener presente algunas circunstancias que pueden llegar a descartar la posibilidad del plagio. Entre estas se encuentran la similitud en el tema a tratar de la obra, en particular cuando se está ante obras con asuntos técnicos. También se puede excluir en los casos en los que exista una coincidencia fortuita o cuando haya “reminiscencia, inspiración o semejanzas que derivan de exigencias técnicas, funcionales o basadas en disposiciones legales o administrativas”. (Bugallos, 2013, p.33)

## **2.6 Tipos de plagio**

La doctrina ha elaborado una distinción de lo que implica el plagio, pues este puede presentarse de varias formas dependiendo de cómo se despliega la conducta. De esta manera, se establece la siguiente clasificación:

- Plagio involuntario: cuando quien incurre en plagio desconoce la prohibición normativa o no es consciente de que está actuando contrario a derecho.
- Plagio intencional: cuando alguien se apropia de la obra de otra persona haciéndola pasar como propia siendo consciente de que su actuar es contrario a la normatividad.
- Plagio por pago: cuando por medio de un contrato se pacta la ejecución de una obra plagiada o cuando se compra una obra que fue realizada por otro para hacerla pasar como propia.
- Plagio total: cuando se presenta totalmente la creación ajena como propia sin autorización previa del titular o sin dar a conocer la fuente de las mismas.
- Autoplagio: “Práctica de presentar un trabajo propio publicado previamente como si fuera reciente. Es decir, cuando se utiliza el mismo texto en un nuevo documento sin citar el trabajo previo u original” (Martín, 2020, p. 172).
- Citación incorrecta: cuando en la realización de un texto se hace uso inadecuado de una cita al no hacer uso de las comillas, no indicar el autor o no citar de manera correcta según las reglas de citación previamente establecidas.

- “Parfraseo inadecuado: cuando al citar y parafrasear las ideas de un autor se cambia el sentido o se saca de contexto la idea original”. (Martín, 2020, p. 172)
- Copias de una traducción: cuando no se reconoce al autor de una obra que se encontraba en otro idioma y fue traducido.
- “Copias no autorizadas: cuando se toman imágenes, fotos, diagramas y se utilizan sin la autorización del autor y/o editor”. (Martín, 2020, p. 172)

A su vez, la empresa iThenticate en 2013 identificó los tipos de plagio que se presentan reiteradamente y los clasificó de la siguiente forma:

1. Fuente secundaria: usar una fuente sin mencionarla, citando las fuentes primarias contenidas en la fuente secundaria.
2. Atribución engañosa: eliminar el nombre de un autor, a pesar de sus contribuciones significativas, o listar en forma imprecisa o insuficiente a los autores que han contribuido a escribir el documento.
3. Fuente inválida: referenciar una fuente incorrecta o inexistente.
4. Parafraseo: expresar las ideas de otro con distintas palabras sin atribuir la autoría.
5. Investigación repetitiva: repetir datos o métodos de un estudio similar anterior sin la debida atribución.
6. Colaboración no ética: intercambiar citas entre colaboradores que no han participado en el artículo.
7. Verbatim: copiar frases de otro autor sin señalar la atribución con un indentado o con comillas.
8. Completo: tomar un documento de otra persona y enviarlo a publicar bajo el propio nombre (iThenticate, 2010 como se citó en Martín, 2020)

Por otro lado, la jurisprudencia ha desarrollado una doble connotación de plagio al considerar que este puede producirse de dos formas, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia (2010) en sentencia 31403, por un lado, está la imitación servil que surge “cuando el plagiario pura y simplemente suprime el nombre del autor” (p. 80). Por otro lado, la denominada imitación elaborada la cual consiste en extraer “partes importantes de ella para incorporarlas a la obra plagiaria”. (p. 81)

## **2.7 Regulación del plagio**



Como se ha precisado con antelación, el plagio es un concepto doctrinal, por lo que no se encuentra expresamente regulado en la legislación colombiana, por lo tanto, es necesario mirar hacia un derecho, que es, a su vez, una obligación correlativa.

Desde la Ley 86 de 1946 existe para los terceros una limitación frente a los derechos patrimoniales de autor, con relación a la reproducción y comunicación pública bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, citar debidamente al autor, ya que el artículo 15 de dicha ley, consagra el derecho de citación que se trastoca en un deber correlativo para el citador de reconocer la paternidad. No obstante, el derecho de citación no se remonta a la Ley 86 de 1946, sino realmente en la Ley 32 de 1886. En esta última el alcance es mucho más restrictivo que en la Ley 86 de 1946, pues el derecho de citación consagrado en el artículo 37 de la Ley 32 de 1886, está pensado para la cita de cartas y papeles privados. Por lo cual, el ámbito material del derecho resulta sumamente restringido.

Ahora bien, aunque la Ley 86 de 1946 se encuentra actualmente derogada, dicha regulación se encuentra sustituida por el artículo 22 de la Decisión Andina 351 y por el artículo 10 de la Ley 33 de 1987. La primera indica que el derecho de citación es una excepción al derecho de autor, que según el artículo 22 literal a podrá citarse siempre que: “Se indique la fuente y el nombre del autor, a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga” (Comunidad Andina, 1993).

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 33 indica que: “Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente” (Congreso de la República de Colombia, 1987). Si ambas leyes consagran el deber de consignar junto a la cita el nombre y la fuente, es que la obra artística, científica o literaria ha sido usada o ha de ser usada. Por lo cual, el derecho de citación explicaría entonces el marco general del uso que más arriba se mencionó. Es importante resaltar que al derecho de citación le corresponde una obligación de reconocer la paternidad, que, en caso de no ser ello cumplido, existiría un uso de obras de terceros que violan directamente las disposiciones referentes al reconocimiento del autor y la fuente. La forma del uso resulta irrelevante, pues esta pueda darse por medios escritos u orales.

El derecho de citación, por tanto, explica las conductas de uso y desconocimiento, encontrándonos ante dos posibles escenarios. El primero sería el uso del derecho de citación, donde se

cita conforme los modelos modernos de citación, pero no se reconoce la paternidad. Esta vía se desdobra a su vez en dos posibilidades. Una de ellas se daría por el hecho de que al citar se reconoce un autor diferente al verdadero y la otra, consiste en guardar silencio de la paternidad en la cita. Ahora bien, la segunda de las posibilidades es la del desconocimiento del derecho de citación y, por ende, no se reconoce la paternidad. Esta última vía es en realidad una cita sin citar o simplemente se usa la obra de un tercero sin citar. De estas formas de cita, sólo la última configura la conducta de plagio.

De lo anterior se deriva que existe una vulneración de la paternidad en virtud de las conductas desplegadas por un tercero, las cuales violan directamente la vinculación del nombre del autor (singular o múltiple) con la obra de su ingenio literario, artístico o científico; esta transgresión da lugar a que el titular de la obra pueda reivindicarse, en tanto, el tercero ha hecho uso de la obra de éste sin reconocer la autoría mediante un sistema adecuado de citación, omitiendo el nombre del autor o simplemente sin citar lo atribuye para sí mismo. Este último es entonces el corazón del plagio, pues tanto la omisión como el error de la paternidad dentro de la cita, en cierto sentido, reconoce autoría ajena, mientras que, por el contrario, en la carencia de la cita es que el plagio propiamente dicho se estructura al atribuirse para sí la paternidad de una obra que es realmente ajena.

De paso sea anotar que la inclusión del deber de citación como elemento normativo para la construcción de la conducta de plagio, permite explicar satisfactoriamente conductas disímiles al plagio como lo son la omisión de paternidad sin usurpación de autoría y la usurpación de paternidad por falsa atribución a un tercero (Echavarría, 2017, p. 37) y, especialmente, la omisión de paternidad con usurpación de autoría (Echavarría, 2017, p. 42) que constituye, en sí, la conducta objeto de definición.

Como bien lo anota Echavarría Arcila, trayendo a colación una cita textual de Antequera Parilli de su obra *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*: “como el plagiario guarda silencio sobre el autor legítimo, razonablemente se presumen que aquel es el creador, usurpando así la paternidad de la obra, a través de esta conducta omisiva” (Echavarría, 2017, p. 42).

Si se va un paso más adelante para evaluar la pertinencia de la reconstrucción normativa realizada, en contraste con las acciones que debe desplegar el plagiario que establece la profesora

Echavarría Arcila como lo son la copia, la apropiación y la utilización (Echavarría, 2017, p. 38) se ve con claridad que ellas ya se encuentran subsumidas bajo estas definiciones, y en especial, en atención al derecho y deber de citación.

Sin embargo, de los elementos de copia, apropiación y uso que trae dentro de su definición Echavarría Arcila (2014), se destaca el hecho de que, al hablar de la copia, se dice que esta puede revestir las características de ser:

(...) literal o simulada de todos o algunos de los elementos originales de expresión que sean propios de una obra preexistente ajena –que puede ser inédita o publicada y de cualquier tipo, en una obra posterior que es atribuida al agente (Echavarría Arcila, 2014, p. 708).

Otro punto que interesa destacar es el que introduce Echavarría Arcila (2014), en consonancia con el artículo 7 de la Decisión Andina 351, la categoría de originalidad de la expresión como lo central de la conducta de copia. Se precisa, como ya se ha mencionado anteriormente, que lo original no es la idea cuanto su manera de expresión. Se colige de ello que el ámbito de protección de la paternidad y el deber de citar se da es en relación directa del autor con las maneras de expresión por él utilizadas. De allí que Antequera Parilli diga en Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines:

(...) la originalidad de las obras (o el de que están protegidas las obras cuando sean originales), aparece expresamente mencionado en muchas leyes nacionales y apunta a su individualidad (y no a la novedad stricto sensu, propia del derecho invencional), es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros (lo que tipificaría un plagio), sin una interpretación o sello personal; o de la simple técnica, que sólo requiere de la habilidad manual de la ejecución (Antequera, 2007, p. 51).

### **2.7.1 La regulación legal del plagio en Colombia**

La normativa prevalente hasta ahora ha gravitado en torno al derecho de los particulares en su más amplia y extensa acepción. El foco de atención se ha centrado, especialmente, sobre el ordenamiento jurídico que tiene por ámbito de validez material los derechos de autor o su régimen subsidiario correspondiente al del Código Civil. En contadas ocasiones, y de modo tangencial,

especialmente en el acápite del rastreo de la paternidad en la investigación histórica, se han apuntado breves consideraciones acerca del régimen penal.

### **2.7.1.1 Acciones legales contra el plagio**

Previo al análisis de la regulación de esta figura, es importante anotar que, cuando un autor encuentra vulnerado su derecho moral de paternidad puede acudir a distintas alternativas legales, estas pueden llevarse a cabo por medio de tres jurisdicciones: penal, civil y administrativa.

Lo anterior tiene fundamento tanto en la legislación colombiana como en los instrumentos internacionales. Baste como muestra lo establecido por el artículo 55 de la Decisión Andina 351:

Los procedimientos que se sigan ante las autoridades nacionales competentes observarán el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad. Asimismo, permitirán que las partes conozcan de todas las actuaciones procesales, salvo disposición especial en contrario. (Comunidad Andina, 1993).

Por su parte, las medidas o acciones civiles pueden llevarse a través de tres procedimientos de acuerdo con el capítulo XVIII de la Ley 23 de 1982:

Proceso declarativo: según la UNESCO y la Dirección Nacional de Derecho de Autor:

Si en el campo del derecho de autor, se busca la imposición de una condena, la declaración judicial de un derecho existente pero incierto o la constitución de una nueva situación jurídica al adoptarse una declaración, pueden adelantarse procesos declarativos (Munar, 2015, p. 11).

La pretensión principal con en este tipo de procesos es que “se declare la existencia del derecho de autor al verdadero titular de la obra, por lo que es un proceso que se iniciaría en caso de que exista conflicto sobre la titularidad de la obra” (Zuluaga y Porras, 2021, p. 27). Conforme a los artículos 20 y 24 del Código General del Proceso, el juez competente para estos procesos es el juez civil de circuito en primera instancia, o también pueden tramitarse ante la DNDA, “siempre y cuando la estructura y funcionamiento de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, garanticen los procedimientos de imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas” (Corte Constitucional, 2013).

Proceso ejecutivo: este tipo de proceso tiene sustento normativo en los artículos 422 y

siguientes del Código General del Proceso. Es empleado cuando se pretende dar cumplimiento a prestaciones concernientes a derechos de autor o derechos conexos. “Por medio de este, lo que se busca es cobrar judicialmente una obligación clara, expresa y exigible, respaldada en un título ejecutivo”. (Zuluaga y Porras, 2021, p. 26)

Procedimiento cautelar: la Ley 23 de 1982 establece la posibilidad de solicitar el secuestro preventivo, junto con una demanda civil “de toda obra, producción, edición y ejemplares; del producto de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares, y del producido de la venta y alquiler de los espectáculos teatrales, cinematográficos, musicales y otros análogos” (Congreso de la República de Colombia, 1982). Esto con la finalidad de incautar la obra durante el tiempo que se lleve a cabo el proceso. Pero no solo existe la posibilidad de presentar una medida cautelar junto con la demanda, pues de acuerdo con el artículo 245 de la Ley 23 de 1982, en el caso del proceso cautelar sin demanda se puede iniciar solicitando la interdicción, suspensión, representación, ejecución, exhibición de la obra cuando la creación se hace conocer al público sin autorización del autor. Igualmente, el artículo 56 de la Decisión Andina 351 menciona que en casos de derechos de autor se pueden solicitar las siguientes medidas cautelares:

a) El cese inmediato de la actividad ilícita; b) la incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente decisión; c) la incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito (Comunidad Andina, 1993).

A su vez, otra alternativa viable son las acciones administrativas, estas competencias son atribuidas a la jurisdicción administrativa en el artículos 116 de la Constitución Política colombiana, así como en el artículo 13 numeral 2 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 24 del Código General del Proceso, en el cual confiere competencia jurisdiccional a la Dirección Nacional de Derecho de Autor en temas relacionados con los derechos de autor y derechos conexos. Vale decir que la capacidad de esta entidad se limita a “consultas jurídicas efectuadas por la ciudadanía en general, acerca de temas relacionados con Derecho de Autor y Derechos Conexos; no obstante, carece de competencia para emitir pronunciamientos o conceptos relacionados con casos particulares” (Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2018, p. 8).

En cuanto a la jurisdicción penal, ha de anotarse que esta conducta es objeto de sanciones del derecho punitivo, sin embargo, esto será explicado más adelante con mayor detenimiento.

Por último, también es posible dirimir los conflictos en torno a derechos de autor por medio de la conciliación como método alternativo de solución de conflictos, el cual se encuentra regulado en la Ley 446 de 1998 y en la Ley 2220 de 2022 como un mecanismo extrajudicial sobre los temas conciliables como lo son los perjuicios ocasionados por la vulneración de los derechos de autor. Sin embargo, no es posible conciliar sobre los derechos morales en sí toda vez que estos no son negociables.

### **2.7.1.2 La regulación civil del plagio**

El régimen de protección que el derecho privado comporta respecto del derecho de paternidad se deriva de dos acciones o, más precisamente, de dos pretensiones en concreto. La primera es la ya tratada en apartados anteriores sobre la reivindicación de la paternidad de la que se trazó su estructura general. La segunda pretensión como medio de protección de la paternidad es la resarcitoria propia de la responsabilidad civil que será el actual punto de análisis.

Echavarría Arcila (2014), dentro de los elementos estructurales del plagio, señala la necesidad de un nexo de causalidad. Sin embargo, como se verá más adelante, el nexo de causalidad es un elemento propio de la pretensión resarcitoria y no de la conducta del plagio. Dicha conducta puede ser protegida a través de tres diferentes pretensiones: la reivindicación de la paternidad, la resarcitoria de la responsabilidad civil y la propia responsabilidad penal.

Como ha dicho Echavarría Arcila (2014), hay que considerar como cierto que no basta la mera coincidencia objetiva para configurar la conducta de plagio. Por esa razón, para la autora, resultaría necesario un “nexo de causalidad” entre la obra plagiada y la obra plagiaria; no obstante, la misma, no deja por fuera que el “nexo de causalidad” es una categoría ad hoc.

Vale decir que resultaría extraño que, existiendo una plena coincidencia objetiva no existiera un plagio, sin embargo, también es cierto que las leyes de probabilidad no la excluyen. Por lo cual, una regla de la experiencia diría que en los casos de plena coincidencia objetiva denotara la existencia de un plagio.

Al margen de estas consideraciones, la postura que se pretende plantear en el presente texto

es que la reivindicación de la paternidad no requiere nexo de causalidad, porque contraría el principio de la navaja de Ockham según el cual la explicación que brinde menos elementos para dar cuenta de un fenómeno es la que deberá preferirse. Por tal razón, el nexo de causalidad no es necesario para dar cuenta del fenómeno del plagio, esto es, de la conducta. Para ello basta, como ya se dijo, de explicarlo como la violación al deber de citación que trae la ley. El nexo de causalidad, no contribuye en definir el plagio y su ámbito pertenece al de la responsabilidad, es decir, atribuye a un sujeto un daño producto de su conducta, pero esta última nada tiene que ver con el nexo de causalidad.

El artículo 51 de la Decisión Andina 351 consagra el sustento normativo del régimen de reparación civil por la violación a los derechos de autor. Aquella disposición dice que se podrá ordenar, a través del juez competente, lo siguiente:

(...) a) el pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; b) que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido; c) el retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho; d) las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud (Comunidad Andina, 1993).

En ella se encuentra la concurrencia de disciplinas normativas, tanto la civil como la penal, en el sentido en que se determina la posibilidad que la acción resarcitoria se dé en el marco del proceso penal, que en la actualidad deberá llevarse a cabo mediante incidente de reparación integral, o que una y otra se den mediante pretensiones diferentes y en competencias jurisdiccionales diversas.

La pretensión por resarcimiento del daño por la conducta de plagio que ya se caracterizó en apartados anteriores, su régimen natural sería el de la responsabilidad aquiliana, aunque no puede descartarse por completo la hipótesis de daño de naturaleza contractual y, por ende, de una responsabilidad contractual.

En cuanto al estudio de los elementos de la responsabilidad, el primero de ellos, el hecho dañoso, naturalmente estaría configurado por la conducta de plagio. Su conducta sería tanto una acción como una omisión. De allí que la conducta comporte una naturaleza compleja. La acción se estructuraría por el uso de la obra de un tercero a la par que la omisión sería la violación directa

en el uso de la paternidad, es decir, la pretermisión del deber legal de citación que se estableció.

En relación con el daño se requiere una especial atención. El profesor Tamayo Jaramillo (2015) define el daño como el elemento de la responsabilidad civil según el cual el juez puede deducir con claridad manifiesta que: “La acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante” (p. 339). De ello se colige que, en efecto, debe existir una lesión al interés jurídico protegido como lo denomina el jurista italiano Adriano de Cupis.

La lesión que comporta ese daño a ese interés puede tener la naturaleza de patrimonial o extrapatrimonial, en cuyo caso es el juez quien deberá contar con la evidencia aportada que el interés ha sido efectivamente lesionado.

Convendría entonces dos sugerencias legislativas, aunque una se encuentra a la espera de reglamentación. Una de ellas sería la de instituir indemnizaciones preestablecidas en materia de reparación del daño por conducta de plagio. Esto se planteó con la Ley 1915 de 2018 en los artículos 32 y 33. La segunda consistiría en la implementación del resarcimiento simbólico que cada vez queda más relegado a un segundo plano y que, al recordar el caso Villaveces que dio el nacimiento de la reparación civil por violaciones de intereses extrapatrimoniales, tuvo en el centro de la sentencia, más que una reparación en gramos oro, un mausoleo para honrar lo que no puede ser compensado de forma monetaria. Sería en el ámbito de un derecho inalienable, elevado al rango de derecho humano, donde este tipo de reparación cobraría un real vigor en medio de un régimen de daños valorado bajo el signo del dinero.

El anterior panorama del daño traza entonces, una separación en la disciplina normativa entre la pretensión resarcitoria y la acción reivindicatoria de la paternidad.

Por lo que se refiere al nexo de causalidad, se debe demostrar entonces la relación directa y cierta entre el daño, patrimonial o no, y el hecho dañoso. Es en esta perspectiva en la cual parece revelarse la imprecisión conceptual de Echavarría Arcila. Conforme a lo que ella llama nexo de causalidad, serías mejor llamado, un factor de atribución, es decir, una culpa en sentido amplio.

No es como la autora señala que sea necesario un nexo de causalidad para determinar el plagio, sino que él resulta importante para atribuir responsabilidad civil, esto es, para condenar en la pretensión resarcitoria. Sin embargo, si es cierto como apuntaba Echavarría Arcila (2014) que



no basta la coincidencia objetiva, lo que se requiere demostrar en el nexo de causalidad en el proceso de responsabilidad, realmente, es que la coincidencia es culposa, es decir, que se hizo a sabiendas de la omisión del deber de citar y, por ende, de violar el derecho de paternidad.

Si como dice la autora, valiéndose en las palabras de Rengifo García en su texto: *Propiedad Intelectual*: el moderno derecho de autor establece que el nexo de causalidad se refiere a:

(...) entre la obra anterior ajena y la obra posterior propia del plagiarlo, razón por la cual no basta la simple similitud objetiva entre ambas creaciones para predicar que se está en frente de este fenómeno, sino que es necesario acreditar que el infractor conoció o tuvo oportunidad de conocer la obra plagiada y usar públicamente sus elementos originales, sin el consentimiento previo y expreso de su titular. (Rengifo, 1996, como se citó en Echavarría, 2014, p. 715).

En efecto, la cita aludida realmente dirige su mirada a consagrar un principio de culpa, esto es, basar el régimen de responsabilidad subjetivo por la conducta de plagio. Excluir la coincidencia objetiva es excluir la posibilidad de una responsabilidad objetiva. Este factor de atribución no puede, ni es equiparable a la función del nexo de causalidad, encargado de unir de manera biunívoca los elementos del hecho y el daño. La conducta negligente, carente de pericia o dolosa es propia en la valoración de la conducta, y no del nexo.

Este sería, brevemente, el esbozo general de la pretensión resarcitoria. En sede jurisprudencial son pocas las sentencias que existen acerca del tema en cuestión. La sentencia más icónica, y la que, por desbordar el ámbito de la presente tesis, merecería un comentario extenso por versar exclusivamente de la responsabilidad civil, se halla en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3179-2021, radicación n.º 11001-31-03-007-2008-00601-01, del 28 de julio de 2021, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo en la que:

(...) la accionante solicitó que se declarara que los convocados infringieron los derechos morales y patrimoniales de autor al copiar, transformar, usar y explotar el software denominado C.A.T., Unolight o SIG, bajo el nombre Unopymes, y que se impusiera la condena al pago de \$500.000.000 por daño emergente y lucro cesante. (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 2)

Por el contrario, las pretensiones resarcitorias en sede de la Dirección Nacional de Derechos de Autor suelen presentarse al interior de la reivindicación de la paternidad. Por ejemplo, se encuentra el conforme de relatoría n.º. 16 del 05 de septiembre de 2018 con referencia: 1-2017-67118, proceso verbal iniciado por Ana Bolena Carvajal Pulido contra Víctor Dumar Quintero Castaño y Juan Carlos Lucas Aguirre. Y en sede arbitral se encuentra el Laudo Arbitral Fersoft Limitada y Félix Eduardo Rodríguez Cárdena contra Granahorrar Banco Comercial S.A., del 25 de mayo de 2007, cuyos árbitros fueron Juan Pablo Cárdenas, Jorge Santos Ballesteros y Hernán F. López Blanco. En particular, es menester anotar que la pretensión resarcitoria por violación de la paternidad surge al interior de obligaciones contractuales por lo que el régimen de responsabilidad civil no es sólo el extracontractual.

En particular, pese a que no se da en el ámbito de la responsabilidad civil, es interesante la sentencia en sede de tutela en la que la Corte tuvo un pronunciamiento sobre la conducta de plagio en el año 1999. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, MP. José Fernando Ramírez Gómez, con sentencia 3 de junio de 1999, Exp. T – 6387 confirmó en segunda instancia la acción constitucional incoada por Jenny Marcela Pinzón contra la Fundación Universitaria Escuela Colombiana de Rehabilitación. En ella la accionante se le canceló la matrícula universitaria cursando el quinto semestre del primer período académico de 1999, debido a la incursión en la conducta de plagio en el trabajo de una de sus materias. En ella, su trabajo presentó copias textuales de una tesis anterior de la biblioteca de aquella institución sin citar la fuente de su obtención por lo cual se determinó que la estudiante había incurrido en una apropiación de ideas ajenas.

### **2.7.1.3 La regulación penal del plagio**

Indiscutiblemente, el plagio, a pesar de ser un concepto doctrinal, se ve reflejado en la normatividad civil, no obstante, esta postura no es tan pacífica en el derecho penal.

La discusión se centra principalmente en dos puntos: por una parte, se discute si esta conducta verdaderamente constituye un delito toda vez que el concepto no se exprese de manera textual como, por el contrario, sí lo hace en otras legislaciones tales como la española y peruana. Por otra parte, se alega que la redacción del tipo penal resulta confusa y vaga, pues, como se verá más adelante, esta no consagra en su totalidad aquellas conductas que constituyen el plagio. Conforme a María Alejandra Echavarría Arcila (2016):

(...) los tipos penales que consagran los delitos contra los derechos morales y patrimoniales

de autor no prevén de manera concurrente las tres conductas compositivas del plagio, razón por la cual es dable concluir que, en rigor, el plagio no está tipificado en el Código Penal colombiano. (p. 90)

En contraposición, la Corte Suprema de Justicia (2010) plantea que esta conducta sí se tipifica como delito especial en el artículo 270 del Código Penal, en cuanto considera que, “cuando se habla de “violación a los derechos morales de autor” se está aludiendo al “plagio”, ya que es esta una de las formas de violar ese derecho” (Corte Suprema de Justicia, 2010, p. 89). En este orden de ideas, otros autores como Vicente Gaviria Londoño (2003) consideran que uno de los bienes jurídicos tutelados por los delitos contra los derechos de autor es el derecho moral de paternidad y, por lo tanto, plantea lo siguiente:

(...) es un contrasentido que el legislador hubiera dejado sin protección penal dicho derecho, por lo que pensamos que al hablarse de publicación de la obra ajena se está haciendo referencia a la forma más frecuente en que puede tener lugar la ilícita apropiación de la obra de otro (p. 561).

En virtud de lo dicho, se hace menester mencionar la regulación que recoge la conducta de plagio o, por lo menos, vestigios de ella. Previo al actual código penal, el capítulo IV de la Ley 44 de 1993 consagra el horizonte del actual delito contra los derechos de autor. Este capítulo tiene una especial relevancia debido a que posteriormente, con leves modificaciones, pasó a configurar los delitos contra los derechos de autor consagrados en los artículos 270, 271 y 272 de la Ley 599 del 2000, de los cuales, únicamente el primero de ellos se encuentra directamente ligado, como se dijo, con el derecho de paternidad de la obra.

Como se puede observar, el régimen de sanciones consagrado en este artículo 270 contiene una naturaleza dual al establecer tanto la pena privativa de la libertad para algunas conductas como la multa para otras.

Ahora, debe de anotarse que se profundizará sobre el estudio de este a la luz de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de mayo de 2010, Casación n° 31403.

## **2.8 Plagio y otros fenómenos**

Tal y como se ha vislumbrado a través del presente trabajo, el plagio no es una figura nueva

en la investigación. Por su parte, a lo largo de la historia y de su evolución han surgido un sinnúmero de figuras que, se asemejan o, por el contrario, distan completamente del fenómeno del plagio. Así pues, algunos de los fenómenos que se han logrado identificar son los siguientes:

1. **Autoplagio:** se considera que ocurre este fenómeno cuando un autor re-utiliza fragmentos de una obra que fue publicada sin indicar su propia referencia.
2. **Falsificación y piratería:** contrario a lo que ocurre con la figura del plagio, en la falsificación y en la piratería el infractor imita el producto otorgando una apariencia “lícita” al mismo. No obstante, el infractor no cuenta con el consentimiento y autorización del titular de los derechos.
3. **Inspiración:** sin duda es uno de los fenómenos más problemáticos en el campo de la originalidad. Esta figura puede ser entendida como un recurso que podrá ser utilizado para exteriorizar las ideas. En tal sentido, la simple inspiración no se constituye en ninguna conducta típica, así como tampoco en plagio.
4. **Intertextualidad:** este fenómeno ocurre cuando se toma contenido de diferentes textos, bien sea ideas, estructura, procedimientos o personajes sin ningún tipo de referencia y cuya transcripción impide la identificación del autor.
5. **Paráfrasis:** se refiere a la reformulación de un texto o fragmento de un texto cambiando las palabras y la estructura de las oraciones del verdadero autor.
6. **Réplica:** a diferencia de la falsificación y la piratería, en la figura de la réplica no se pretende reproducir una obra ajena atribuyéndose los créditos por ello; por su parte, se realiza una “réplica” de la obra del verdadero autor, bien sea de forma legal o ilegal.

### CAPÍTULO 3

#### **Análisis jurídico de la Sentencia del 28 de mayo de 2010 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**

Como se ha evidenciado en los capítulos previos, la regulación de los derechos morales de autor en la materia civil no presenta un punto que sea objeto de debate, pues en el derecho civil, existe una regulación clara sobre la exposición/descripción de los derechos morales de autor y los respectivos remedios o acciones contra la vulneración de los mismos. Por otro lado, en el derecho penal, se estima que las personas que le han sido transgredidos sus derechos morales pueden acudir a la jurisdicción penal como herramienta de defensa para que así, sus obras o creaciones no sean utilizadas arbitrariamente por terceros.

Una limitación que surge en el derecho punitivo sobre el tipo penal de violación a los derechos de autor es el vacío normativo que genera la redacción del artículo 270 del Código Penal (Ley 599 del 2000), pues al examinar este artículo se observa una desaprobación contra la persona que “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” (Congreso de la República, 2000). Además, de acuerdo con el numeral 2 del mismo artículo, hay una infracción a los derechos de autor cuando el tercero inscribe a nombre propio la obra de otra persona en el Registro Nacional de Derechos de Autor.

Este apartado presenta los siguientes inconvenientes: i) no diferencia de acciones entre divulgación y publicación de acuerdo con el Convenio de Berna; ii) La sanción se adscribe cuando se inscribe la obra, no cuando se divulga a nombre de una persona diferente del autor; y iii) parece solo cobijar las obras inéditas.

Sobre el particular, la Sentencia de Casación de Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 28 de mayo de 2010, trae consigo un análisis particular respecto del tipo penal consagrado en el numeral 1º del artículo 270 de la Ley 599 del 2000. En el caso concreto la Honorable Corte examina el recurso de casación interpuesto por la docente Luz Mary Giraldo, con el fin de revocar el fallo del Tribunal Superior de Bogotá D.C. (2010), mediante el cual es condenada por la violación a los derechos morales de autor concretándose en la reproducción de apartes y párrafos de la tesis de grado de Rosa María Lodoño Montoya, alumna de la docente, que casó la providencia

proferida por el Juzgado Cincuenta (50) Penal del Circuito de Bogotá D.C., y confirmada por el Alto Tribunal.

Después de un análisis exhaustivo, la Alta Corte, realizó una aplicación extensiva de tipo penal a través del principio *pro homine* y demás normas dentro del marco de la protección internacional y nacional de los derechos de autor. Así pues, se señaló que el tipo penal consagrado en el numeral 1° del artículo 270 de la Ley 599 del 2000 desconocía el contenido del derecho a la paternidad del autor. Aunado a ello, la Alta Corte, desestimó la violación a las garantías fundamentales de la casacionista por cuanto podría el fallador cambiar la calificación de la conducta, siempre y cuando no se agrave la situación del procesado con una pena mayor.

Por tanto, a continuación se plantean una de las grandes dificultades jurídicas, en la medida en que la decisión de la Corte podría desconocer el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana de 1991, el cual implica que “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. (p. 5) Es decir que, se establece una limitación para los jueces penales de no interpretar analógica ni extensivamente los tipos penales. No obstante, en el caso en cuestión, la corte hizo una aplicación extensiva del tipo penal al ampliar

(...) el elemento normativo, para incluir no sólo la obra inédita, sino también la obra divulgada en la violación al derecho moral de autor. Un elemento normativo es aquella parte del tipo que para ser comprendido presenta la necesidad de recurrir a otra normativa, en este caso a la disciplina del Derecho de autor (Rengifo, 2010, p. 313)

Posteriormente, esta interpretación pone en riesgo la Seguridad Jurídica, considerando que los operadores jurídicos podrían abstenerse de aplicar la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, aludiendo a principios constitucionales.

### **3.1 Antecedentes**

El 28 de mayo de 2010 la Corte Suprema de Justicia, en sede de Casación Penal, juzgó sobre la pertinencia de casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la cual condenó a Luz Mary Giraldo de Jaramillo a pena privativa de la libertad, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual a la pena privativa de la libertad en razón de la violación de los derechos morales de autor.

Los hechos relevantes de esta sentencia estuvieron determinados por la conducta de Luz Mary Giraldo de Jaramillo, docente del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Pontificia Javeriana, mediante la publicación del artículo Giovanni Quessep: el encanto de la poesía. Declarando entonces que, la señora Giraldo había incurrido presuntamente en la conducta de plagio de la tesis de pregrado El Mundo Poético de Giovanni Quessep bajo la autoría de Rosa María Londoño Escobar, en donde se “encontró [sic] reproducidos apartes y párrafos de su tesis de grado, sin comillas ni precedidos de signo alguno que indicara a los lectores que las ideas se toman textualmente de autor diverso a quien firmaba el artículo”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 2) Asimismo, la Fiscalía 175, seccional de Bogotá, mediante la resolución, acusó a la docente Giraldo de Jaramillo como “presunta autora de la conducta descrita y sancionada en el artículo 51 de la Ley 44 de 1993, numeral 3°”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 2)

De igual forma, el Juzgado 50 penal del Circuito de Bogotá condenó en primera instancia, a Luz Mary Giraldo de Jaramillo a “24 meses de prisión, una multa de 5 SMLMV y a inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el periodo de la pena privativa de la libertad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 1) En ella, se encontró que la señora Giraldo fue responsable penalmente por la violación a los derechos morales de autor del numeral 1° del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, que reza de la siguiente manera:

(...) Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales quien publique una obra literaria o artística inédita, o parte de ella, por cualquier medio, sin la autorización previa y expresa del titular del derecho. (Ley 44 de 1993, art. 51, p. 8)

En sede de alzada, el 10 de junio de 2008, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión y, por lo tanto se interpuso el recurso extraordinario de casación por parte de la parte privada de la libertad.

En la formulación del recurso de casación, tal como se desprende de lo señalado por la Corte, la casacionista alega una irregularidad en la resolución de acusación que viola directamente la posibilidad de ejercer una adecuada defensa debido a que, el verbo rector de la conducta no fue preciso para ella. Afirmó la Corte (28 de mayo de 2010) entonces que

(...) la censora sostiene que en la resolución de acusación, la conducta se adecuó al tipo penal descrito en el numeral 3o del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, con énfasis en los verbos rectores “mutilar, compendiar o transformar”, los cuales fueron descartados en los fallos de instancia, en los que se consideró que la conducta reprochable a la procesada era la de “publicar”, señalada en el numeral 1o de la norma aplicada. (p. 6)

Consideró la Corte (28 de mayo de 2010), además que,

(...) el yerro cometido es definitivo, pues si desde la acusación se hubiera indicado de manera clara y precisa que la conducta ilícita por la cual se deducía responsabilidad era la de “publicar”, la defensa habría podido enfilarse sus esfuerzos a desvirtuar el cargo. (p. 7)

Se considera entonces que, los dos numerales describen aspectos distintos de los derechos morales del autor sobre su obra o creación, pues no son conductas parecidas en su descripción de los hechos y tampoco en el contenido de la prohibición. Por tanto, es diferente la imputación fáctica como la imputación jurídica. (Corte Suprema de Justicia, 2010)

A partir de este panorama, la Corte inicia el desarrollo de su parte considerativa, la cual es extensa, no tanto en su ratio decidendi, sino en el obiter dictum, en que desarrolla los derechos de autor, haciendo énfasis en el derecho de paternidad y todos sus componentes. Así pues, la Corte sitúa a los derechos de autor como una de las vertientes de la Propiedad Intelectual, la cual se compone, a su vez, de la Propiedad Industrial. Por ello, la Corte traza la diferenciación clásica entre derechos morales y derechos patrimoniales.

De una forma breve, la Corte resume gran parte de lo que se ha dilucidado y sostenido a lo largo de la presente investigación en la relación entre los derechos morales y la paternidad:

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



público aún después de haberlo autorizado, previa compensación económica por los daños que pueda ocasionar a quienes inicialmente les había concedido derechos de utilización. (Corte Suprema de Justicia, 2010, p.13).

De esta manera, para el derecho de paternidad, la Corte establece que el mismo, requiere un reconocimiento por autoría sobre una obra desde cualquier formato que sea realizado, ya que “surge sin necesidad de ninguna formalidad, por el sólo acto de la creación, se haya o no publicado la obra”. (Corte Suprema de Justicia, Rad. nº 31403, 2010, p. 13)

De igual forma, como se mencionó en el Capítulo I del presente escrito, la Corte precisa que el derecho de paternidad encuentra sustento normativo en el ámbito internacional, en especial en el Convenio de Berna de 1886, el cual formó parte de la legislación interna a través de la ley 33 de 1987, la Decisión Andina 351 de 1993 y en la Ley 23 de 1982.

Ahora bien, en el obiter dictum de la sentencia, se desarrollan los principios, máximas y limitaciones que regulan los derechos de autor los cuales tienen relación directa con el derecho penal. Menciona la Corte (2010) que estos son:

1. Principio de no protección de las ideas
2. Principio de originalidad
3. Principio de no relevancia del mérito y destinación de la obra
4. Principio de protección inmediata o de ausencia de formalidades
5. Limitaciones y excepciones al derecho de autor

### **3.2 Sobre los principios de no protección de las ideas y el derecho de citación**

Otro punto presentado por la Corte tiene que ver, considerando el obiter dictum, con el desarrollo de los principios de no protección de las ideas, de originalidad, de no relevancia del mérito y destinación de la obra, de protección inmediata o de ausencia de formalidades. Ellos no resultan imprescindibles para la comprensión del plagio, el cual atenta contra la paternidad de una obra. Sin embargo, resulta relevante hablar en particular del principio de no protección de las ideas, porque permite la vinculación de temas expresados en apartados anteriores.

La Corte indica que es necesario para el análisis de una conducta que “involucra la violación de los derechos morales de autor, distinguir la libre utilización de las ideas, con la apropiación de las formas concretas de expresión de esas ideas, pues sólo en este último evento tendrá cabida

el derecho penal” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p 28). Con ello, la Corte señala que el objeto de protección de los derechos morales de autor recae sobre las maneras de expresión, y no sobre las ideas ni tampoco sobre sus formas. Por tanto, no se protege, según la Corte (2010) “la “originalidad”, que no puede ser entendida como “novedad”, sino como la singularidad o individualidad que tiene la obra para reflejar la impronta de su creador”. (p. 29)

Otro aspecto relevante desarrollado a profundidad por la Corte es el referente al derecho de citación, establece que, debido a que dicho derecho impone a su vez un deber, ha sido fundante para la estructuración de la definición de lo que es el plagio.

La Corte (2010) afirma que “lo esencial en el ejercicio del derecho de cita, es que se preserve el derecho moral que le corresponde al autor” (p.38), así como también lo declara el docente Ríos (2011), cuando explica que “el uso de la cita, “el nombre del autor o los autores es indiscutible e infaltable”. (p. 114)

Por tanto, la Corte precisa que en el derecho de cita, debe a su vez, reconocer el nombre del autor en relación con su obra, conforme se evidencia, pues el plagio es una infracción directa a la obligación de reconocer la paternidad como contrapunto al derecho la cual se tiene de citar. De allí se establece especialmente la omisión total de la obligación de citación, debido a que se vincula con la conducta central del plagio. En los casos donde hay citación pero existe la omisión de su autor o, en los casos de error en la paternidad, hay reconocimiento de autoría ajena, y si se presenta violación, no será en todo caso por el plagio ya que la persona no se está adjudicando autoría de la obra.

### **3.3 Estructura del tipo penal del artículo 270 de la Ley 599 del 2000**

Por otra parte, introduciendo lo que parece ser la ratio decidendi, la Corte pasa a referir a la estructura de tipo penal. La sentencia sólo hace foco en cuestiones al artículo 270 (24 de julio de 2000) del Código Penal que consagra la violación a los derechos morales de autor, la cual la persona “incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Respecto del objeto material, precisa la Corte que este se encuentra dado por la obra. Esto quiere decir que, el objeto material es en verdad la manera en la que un autor se expresa, siendo

esto el objeto directo de su ingenio en el cual logra concretar una serie de ideas, sean de corte literario o científico. Por tanto, el hecho de que la Corte recurra al artículo 8 de la Ley 23 de 1982, resulta innecesario, pero parece ser un soporte material para la forma de expresión, en la que se vierte propiamente la manera expresiva. A saber, que mientras el derecho real de dominio sobre cosa corporal recae, verbigracia, en el libro de un autor específico y en consecuencia, la paternidad recae sobre el autor en relación con su manera de expresar las ideas que se han venido produciendo en un sustrato material y físico.

A diferencia del objeto material, el bien jurídico es el derecho moral de autor al cual la Corte le da el carácter de ser de naturaleza “fundamental, que tiende a proteger la personalidad del autor en relación con su obra”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 65)

En relación con las conductas tipificadas en el artículo 270, el fallador señala que, “el contenido de la prohibición varía dependiendo de la prerrogativa que se quiere salvaguardar” (Corte Suprema de Justicia, Rad. n° 31403, 2010, p. 65). Cada numeral contempla varias vertientes de los derechos morales de autor. Señala el magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, que el numeral 1 del artículo 270 protege la obra inédita, se penaliza entonces la vulneración de lo que la Corte (2010) denomina como derecho de inédito, la cual contribuye a que la obra permanezca anónima o inédita hasta cuando lo determine el autor. De allí que, el ámbito de protección del numeral 1° es el de la publicación y no de la divulgación, siendo ambos hechos diferentes pues “el primero supone un acto de reproducción en cantidad tal que sea suficiente para tomar conocimiento de ella. La segunda se determina por el simple hecho de que el público haya tenido acceso a la obra”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 67)

Para diferenciarlos, se describe en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 y el artículo 3.3 del Convenio de Berna que, estos conceptos no bastan para una comprensión global de los mismos. De allí que, la Corte (2010) precisa que, para comprender adecuadamente la noción de publicación, es menester tener en la cuenta que se refiere como un “requisito que sea mediante la edición de un número de ejemplares suficientes para satisfacer las necesidades del público, excluyéndose de este concepto otras formas en que la obra puede ser divulgada”, (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 68) por lo cual, ambas están a disposición de conocimiento público.

Justo en esa línea, le subyace un problema a la Corte:

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

De la misma manera, la interpretación exegética de la norma deja por fuera la protección del derecho moral de paternidad o reivindicación en los eventos en que la publicación abusiva (falseando el nombre del autor) recae, total o parcialmente, sobre una obra ya divulgada a través de otros medios, a pesar de que se trata de una de las conductas más recurrentes de fraude en el ámbito del trabajo intelectual, porque se identifica con lo que suele denominarse plagio, entendido como “la apropiación indebida de la creación de otro”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010)

En otras palabras, los abogados Juan Carlos Álvarez, María Adelaida Ceballos, y Álvaro Mauricio Muñoz (2013) secundan esta problemática pues consideran que este numeral,

(...) no especifica que, para ser punible, dicha publicación deba hacerse negando el verdadero autor de la obra, de aquí que se entienda que la conducta penalizada sea la mera publicación no autorizada de la obra inédita. Y ello tiene sentido en la medida en que existe un derecho moral denominado por la doctrina, derecho al inédito (p. 108)

Ahora bien, en el numeral 2° del artículo 270, el verbo rector se circunscribe a la inscripción, ya que como lo precisa la Corte

(...)se tutela de alguna manera el derecho de paternidad o reivindicación, al sancionar a quien “inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del verdadero titular, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audio-visual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico”, [...] restringe la conducta al fraude en el registro, dejando por fuera los casos de

violación al derecho moral de paternidad en los que no media esa situación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 70)

En relación con el numeral 3 del artículo 270, la Corte da cuenta que, a diferencia del verbo anterior, este protege directamente el derecho de integridad que compone uno de los derechos morales de autor. Sus verbos rectores, como establece la Corte (2010), son los de sintetizar, compendiar, mutilar o transformar la obra. A ello se refiere así la Sala Penal:

(...) penaliza la conducta de quien “por cualquier medio o procedimiento compendie, mute o transforme, sin autorización previa y expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico”, dejando por fuera la hipótesis de publicar total o parcialmente obra ajena, atribuyéndose autoría y sin que medie alteración alguna. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 70)

Así pues, la Corte manifiesta caracterizaciones que parten de un argumento de tipo hermenéutico, o lo que es lo mismo, haciendo uso de una interpretación exegética del tipo.

### **3.4 Sobre el principio *pro homine***

La Corte fundamenta su decisión en este principio al argumentar que la regulación tiene más de una interpretación posible y que con este principio se debe aplicar la más prudente y oportunamente posible. Sin embargo, es objetable que hallan más de una interpretación, ya que si bien la norma no abarca los supuestos de la regulación civil, para esta investigación, sí es clara en las conductas que allí se acogen, como lo es la publicación y la inscripción.

En un mismo orden de ideas, la Corte considera que el tipo penal en su primer numeral se aleja de la regulación en materia de Propiedad Intelectual y, además, esta exclusión de la acción “divulgar” se le atribuye a un problema de interpretación de la norma, pues toda vez que la divulgación de obras de terceros sin su debida autorización, conlleva también a infracciones de los derechos de autor. Llega entonces a la conclusión sobre este punto que

(...) la interpretación exegética de la norma deja por fuera la protección del derecho moral de paternidad o reivindicación en los eventos en que la publicación abusiva (falseando el nombre del autor) recae, total o parcialmente, sobre una obra ya divulgada a través de otros medios, a pesar de que se trata de una de las conductas más recurrentes de fraude en el

ámbito del trabajo intelectual, porque se identifica con lo que suele denominarse plagio. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 69)

Posteriormente, la sentencia analiza la prohibición que deviene de los numerales 2 y 3 del mismo precepto. En cuanto al numeral 2, indica que en este protege el derecho de paternidad al penalizar el plagio a través de la inscripción de la obra en el registro de autor a nombre de un tercero distinto a su autor, por lo tanto, lo que se está regulando mediante este apartado son, únicamente, las acciones fraudulentas que median a través del registro, excluyendo aquellos casos de vulneración por otros medios. Por otro lado, en cuanto el numeral 3, se sanciona a quien compendie, mutile o transforme una obra sin autorización del autor, pues con esta prohibición, el fallador discrimina la acción de publicar una obra ajena sin autorización, pero que no contenga una de las alteraciones mencionadas.

En síntesis, se considera que, al interpretar de manera exegética este artículo, se estaría aceptando que, con la conducta de publicar parcial o totalmente una obra ya divulgada, no se atentaría contra el derecho de paternidad y por tanto reflexiona que se desconocen los derechos fundamentales puesto que, los derechos morales de autor ostentan a su vez, la calidad de derechos fundamentales y es por esta razón, que están regulados en “diferentes instrumentos internacionales aprobados y ratificados por el Estado colombiano, así como en la Constitución Política y en las normas legales que desarrollan la materia”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 72)

En este orden de ideas, la Sala establece que, en particular, la vulneración al derecho de paternidad o reivindicación supone un mayor impacto, dado que reconoce “a partir de la labor de la inteligencia trasplantada a la obra, lo que impulsa a la ardua tarea y permite que muchas de las grandes creaciones del intelecto hoy conocidas hayan superado la simple idea” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 73).

Para la Corte Suprema de Justicia, es inconcebible que el Estado Colombiano haya omitido la obligación constitucional de regular la vulneración al derecho de paternidad en materia penal, agrega que el artículo 270 (2000) del Código penal, en sus 3 numerales,

(...) pretende materializar ese compromiso del país con las normas que protegen los derechos de autor, pues, esa redacción confusa que busca aparecer técnica, termina por producir

un efecto de limitación incomprensible, al punto de omitir relacionar expresamente la conducta que con mayor vigor afecta los derechos morales –un derecho humano, cabe reiterar- del autor de la obra, esto es, el plagio en su acepción prístina. (Rad. n° 31403, 2010, p. 75)

En consecuencia, el alto tribunal decide interpretar, en sede de casación, el artículo 270 del Código Penal a partir del principio *pro homine*, refiere que “se debe dar a las normas la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva, cuando ellas reconocen derechos internacionalmente protegidos”. (Corte Constitucional, C-355 de 2006). Es decir, la aplicación de este principio se fundamenta en la necesidad del tribunal de dar claridad al artículo mencionado, ya que este regula un tema que perturba directamente derechos fundamentales y que, a su vez, tanto la obligación de regulación para el legislador como los mismos derechos, están consagrados en tratados internacionales, por lo que, para el Estado, es gravoso no tener una regulación adecuada sobre los mismos.

En pocas palabras, la Corte considera que tiene como deber constitucional armonizar lo que respecta al artículo 270 del Código Penal con la regulación en el derecho internacional que integra el “Bloque Constitucional para que, a través de la integral aplicación del principio *pro homine*, sus efectos cubran adecuadamente el derecho fundamental menesteroso de protección y tutela”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 77)

Finalmente, en sede de casación, la Corte llega a la conclusión de que el artículo 270 (2000) del Código Penal se interpreta ampliamente, entendiendo que el numeral primero no solo prohíbe la acción de publicar una obra inédita sin autorización del autor, sino también refiere a la protección que debe cobijar en su totalidad el derecho moral de autor en sus formas primordiales, es decir, que incluye los derechos de paternidad o reivindicación, derecho de inédito y derecho de integridad de la obra, por consiguiente, añade las siguientes conductas al tipo penal: “1) aquellas que a través de otras formas de divulgación conlleven la pública difusión de la obra inédita, sin autorización previa y expresa de su titular; y, 2) aquellas que conlleven a la violación del derecho de paternidad o reivindicación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010, p. 78), de acuerdo con una serie de eventualidades tales como

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

soporte lógico.

2. Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se publica total o parcialmente, a nombre de otro, una obra ya divulgada, de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. n° 31403, 2010).

Ahora bien, habiendo expuesto las consideraciones de la Corte, devienen hacia la importancia de dilucidar lo que el principio *pro homine* implica. Así lo expresa la abogada Mónica Pinto (1997), la cual plantea que el principio en mención es una herramienta interpretativa en materia de derechos humanos, la cual implica que

(...) se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (p. 163)

El sustento normativo de esta máxima en materia de Derechos Humanos se encuentra el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), así como del literal b) del artículo 29, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y, del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Lo anterior ha sido contemplado por la Corte Constitucional (2014) en sentencia C-313 de 2014 y añade que, existen cuatro puntos a revisar a la hora de aplicar este principio, así:

(...) en primer lugar, la interpretación que se haga de estas disposiciones no puede conducir a la supresión, destrucción, o eliminación de alguna de ellas; segunda, la interpretación de estas disposiciones no puede conducir a la restricción, disminución o limitación del contenido de estos derechos de forma ostensible y/o arbitraria; tercera, el intérprete deberá elegir la norma que resulte más favorable a los intereses del individuo o que mejor optimice la garantías en controversia, siempre en favor de la protección a su dignidad; [...] la interpretación que se haga de estas disposiciones no podrá conducir a la exclusión de otros enunciados o normas que igualmente reconocen, en favor del individuo.

Con respecto a lo anterior, al analizar la interpretación de la CSJ a partir de los puntos



mencionados, se puede encontrar que, por una parte, los primeros dos puntos, no presentan discordancias con la interpretación, teniendo en cuenta que, la CSJ, no los transgrede y realiza un debido cumplimiento ya que, como se puede observar, no se destruye o elimina, así como tampoco se restringe o limita el precepto objeto de interpretación.

No obstante, en cuanto al tercer punto, se percibe que frente al procesado la interpretación no resultó favorable por el contrario, en este caso, al hacer más extensiva la interpretación, se amplió el espectro de acciones que cubre el tipo penal, lo que hace que la norma sea desventajosa para el procesado en vista de que, considera otras conductas como hechos generadores del tipo penal que se le atribuiría como acción delictiva realizada por el procesado, la cual, la exigencia penal no se cumple. De forma parecida ocurre con el cuarto requisito puesto que, hay una exclusión de otras normas que reconocen otras garantías fundamentales, tales como lo es el principio de legalidad y el debido proceso. Adicionalmente, es menester sugerir que, finalmente el objeto o la justificación de la existencia de este requisito

(...) se basa en el hecho de que el subsistema de derechos humanos establece normas que son un mínimo y no un techo de protección, así como un techo y no un piso para su restricción. Por tanto, la creciente necesidad de dar plena vigencia o de maximizar u optimizar las normas sobre derechos humanos ha visto surgir, entre otros, el principio *pro homine* o *pro persona*. (Nuñez, 2017, p. 9)

En consecuencia, teniendo en cuenta la justificación y lo dicho hasta ahora, y conforme con la CSJ, es relevante hacer una interpretación de la norma para lograr dar una aplicación de acuerdo con el derecho internacional y así, no vulnerar los derechos de autor. Sin embargo, la aplicación del principio *pro homine* no puede desarrollarse sin conocer las limitaciones y otros derechos, así como también, debe evaluarse la pertinencia de la interpretación.

Pues bien, en lo que respecta a la pertinencia de la interpretación, se considera en esta investigación que, el argumento del alto tribunal pudo dar lugar a una interpretación extensiva errada, dado que, si bien el tribunal propende por la integridad regulativa del derecho de paternidad, parece desconocer la regulación en materia civil, en vista de que, dicha regulación, cubre a cabalidad la protección del derecho de paternidad.

Aunado a lo anterior, es superfluo interpretar el delito aludiendo al desconocimiento del legislador de sus obligaciones regulatorias respecto a los tratados internacionales y las vertientes

del derecho moral de autor. No obstante, al final reconoció y reguló ante la Ley 23 de 1982, sobre los derechos de autor, y la Ley 33 de 1987, sobre el Convenio de Berna para la protección de obras literarias. Aunque en la ley penal, el hecho generador del delito contra los derechos de autor se realiza por medio de la acción de publicar total o parcialmente obras inéditas sin autorización, no se está desconociendo el derecho de autor en el ordenamiento jurídico, al contrario, es consagrado por la ley civil. y, lo que sucede con la ley penal es que se hace un reconocimiento a ciertas acciones que lo vulneran. Entonces, al examinar de manera exegética el artículo, no se genera ninguna confusión al momento de la aplicación del verbo rector, pues es discutible que haya más de una interpretación ya que, si bien la norma no abarca todos los supuestos de la regulación civil, esta sí es clara en la redacción y los enunciados que allí se acogen.

Por su parte, la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos (1981) señaló que el “equilibrio de la interpretación se obtiene orientándose en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema” (párr. 16). Esto quiere decir que, existe un límite en la interpretación de las normas constitucionales o legales, por lo tanto, según Núñez (2017) “ se ha sostenido que no es posible extraer de este principio un mandato de maximizar en todo en cuanto sea posible, el contenido de los derechos”. (p. 25). De aceptar la posibilidad de maximización, se trasgrediría la órbita de otro derecho, por lo que Núñez (2017) afirma entonces que, “no habría una interpretación lo más amplia posible que sea objetivamente limitada y a la vez favorable”. (p. 25)

Por consiguiente, la aplicación del principio interpretativo *pro homine* o pro persona debe hacerse evitando transgredir, según Núñez (2017) “otros derechos previstos a favor de personas diversas al impetrante. Es así, porque este principio hermenéutico no implica que se dejen de observar las normas que regulan la actuación de los juzgadores, en la instancia que les corresponda” (p. 25). En una misma línea de pensamiento, la autora estima que si bien en los tratados de derecho internacional concurre un amparo de interpretación más favorecedor para el sujeto, no es recomendable desconocer en ningún momento aquellos principios que regulan la función judicial ya que, se podría llegar a generar inseguridad jurídica, lo cual es un principio fundamental en toda legislación. Por tanto, Núñez (2017) vincula este principio con la ponderación o con los supuestos de colisión de derechos. Asimismo lo señala el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Social, Néstor Pedro Sagüés (1998) quien declara que estos principios “*pro homine, pro libertatis* y pro-víctima, no eximen al jurista de realizar una interpretación armonizante, o un balanceo de

valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos entre sí, o algunos derechos con las necesidades del bien común”. (p. 7)

Ahora bien, otra restricción al principio pro persona es que en esta no se pueden rechazar normas de carácter procesal pues se piensa que se protegerían los derechos fundamentales pues, en todo caso, el derecho procesal requiere de igual forma acatar ciertas exigencias, pues Núñez (2017) afirma que,

(...) otra limitación que se ha establecido en relación a la operatividad del principio pro persona ha sido el estándar fijado por la SCJN en relación al principio pro persona en su vertiente de preferencia normativa, cuando existe una colisión entre tratado y Constitución. Si bien se expresa de manera constante que no existe jerarquía de normas sobre derechos humanos de origen convencional y constitucional, lo cierto es que al momento de resolver una contradicción dentro del bloque de normas, se adopta una postura que asume una jerarquía implícita de la norma constitucional, abandonando el criterio pro persona, que también forma parte de dicho bloque de normas. (p. 27)

### **3.5 Acerca del principio de legalidad**

La CSJ refiere que, con el principio *pro homine* se debe realizar la exégesis más amplia posible a la norma, conforme a los compromisos del bloque de constitucionalidad, pues se debe dar prevalencia a los derechos humanos. Desde ese punto de vista, el artículo 29 de la Carta Magna señala en su inciso segundo que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, (Constitución Política de Colombia, 1991) lo cual introduce el principio de legalidad que consagra, de igual manera, el artículo 6 de la Ley 599 del 2000, que establece la legalidad sobre el debido proceso para juzgar a alguien

Ahora bien, si del bloque de constitucionalidad se trata, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en el artículo 11 indica que:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron

delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

### **3.6 Particularidades del Principio de Legalidad**

De forma ilustrativa, el origen del principio de legalidad se encuentra en “el liberalismo como una matriz política e ideológica que buscaba deconstruir a ese Estado absolutista, para establecer un nuevo modelo basado en la legalidad”, (Huertas, 2021, p. 122) por lo que esta doctrina se ha remontado a partir siglo XVII, con la Revolución Francesa. De ahí que, este hito histórico involucró que el pueblo se haga acreedor de garantías sobre el ejercicio del poder público. Verbi-gracia, en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estipula que “nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”. (párr. 9) No obstante, Huertas (2021) declara que, de manera formal y material, “el principio de legalidad tiene como antecedente la Carta Magna de 1215 (artículos 48, 49) o denominada del rey Juan sin Tierra, que fue determinante para la historia del derecho y su posterior desarrollo”. (p. 122) por lo que, el principio podría verse incluso desde 1215.

Posteriormente, Beccaria (como se citó en Huertas, 2021) “dio paso al estudio de las penas y al derecho a castigar, basados en el principio de legalidad. Este principio se extendió definitivamente y se vio plasmado en distintas legislaciones postrevolucionarias [sic]”, (p. 122) de esta forma, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos acogió dicho mandato en su artículo 11, así como también lo hizo la URSS en su Código Penal de 1922 y 1927, llegando a convertirse en un principio de carácter constitucional en los distintos ordenamientos jurídicos a pesar del deterioro de relaciones políticas, económicas y sociales sufrido entre 1933 y 1945, durante el régimen Nazi, “cuando se proclamó la aplicación de la analogía como norma general”. (Velásquez, 1983, p. 614)

De este modo, gracias a la contribución de la Revolución Francesa, el principio de legalidad actualmente cumple un papel esencial en la comunidad internacional que, en términos generales, se entiende como aquel “fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho.” (Orduz, 2010, p. 102).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia C- 710 de 2001 establece que, el principio constitucional condicionado hacia la legalidad del asunto, contiene condiciones tales

como el principio rector del ejercicio del poder y el principio rector del derecho sancionador. Por lo tanto, los servidores públicos no pueden establecer preceptos ajenos a sus funciones como trabajador del Estado, éste debe cumplir con los estatutos establecidos en las normas jurídicas y constitucionales. Así pues, según la Sentencia C-710 (2001), afirma que

(...) si el principio de legalidad rige tanto el ejercicio de las funciones de los servidores públicos (artículo 6º) y a su vez es principio rector del derecho sancionador (artículo 29) esto significa que el desarrollo de la actividad legislativa no es ni omnímoda ni absoluta. Se considera como característica central, distintiva del Estado de derecho que ningún poder puede ser omnipotente.

Particularmente, en materia penal, de acuerdo con el penalista Fernando Velásquez Velásquez (1983) la existencia de este principio se fundamenta en cuanto sirve como “herramienta que controla la intervención del Estado, con miras a lograr el respeto de las garantías fundamentales y la seguridad jurídica; que sirva de freno y de control a la arbitrariedad”, (p. 612) ya que, el Estado, a través del derecho penal, interviene de forma drástica al reprochar los delitos, generando una gran alteración en los derechos fundamentales del ser humano, de manera que, dicha intervención se califica de *ultima ratio*, lo que implica que el derecho penal solo se aplica en la medida en que no exista otra forma de protección. En este sentido, el principio de legalidad Velásquez (1983) también menciona que este “establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar y ejecutar sus consecuencias, [...] debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, de conformidad con los postulados liberales que la inspiran”. (p. 613) En otras palabras, Orduz (2010) también hace foco en que este principio

(...) implica que la ley debe definir de manera precisa y clara el acto, el hecho y/o la omisión que constituye el delito, la pena a imponer por la infracción realizada, el sujeto activo y pasivo, el procedimiento, la autoridad que debe adelantar el proceso, quién debe emitir sentencia, qué recursos proceden, ante qué autoridades, etc., pues de no indicarse de manera expresa y diáfana quién comete el delito, cómo, cuándo, en contra de qué bien jurídico protegido, cuál es la autoridad competente, las penas, entre otras, se dejaría al arbitrio de la autoridad que conozca del caso estos factores, afectándose [sic] derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (p. 104)

En relación con lo anterior, Orduz (2010) agrega que el principio de legalidad implica entonces que, nadie puede ser procesado ni condenado por hechos que no estén, en el momento de la comisión del presunto delito, establecidos como prohibidos en la legislación penal, y de otro lado indicar que las penas y medidas de seguridad solo se pueden imponer si están previa y legalmente establecidas para el hecho imputado”. (p. 105)

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia del 1° de septiembre de 1983, enuncia aquellas características que, de acuerdo con el principio en mención, deben de ostentar las normas, tales como la naturaleza punible sobre la cual es autorizada por la constitución; la descripción del hecho como un acto condenable; el procedimiento que se adscribe debe ser claro, delimitado y detallado, así como también no debe llevar a ambigüedades con lenguaje implícito o analógico que no permita la explicación de la misma condena, ya que esta no se consideraría válida.

No obstante, actualmente se presentan flexibilidades del principio de legalidad y que Hueras (2021) describe que esta se convierte en una facilitadora para “lograr su cometido de servir de límite a los poderes penales del Estado y, a pesar de esto, no pierde su principal característica: cumplir un cometido garantista de las libertades” (p. 124). De esta forma, Velásquez (2012) también alude a la idea de que este principio es flexible cuando se trata de priorizar la lucha contra los delitos que han sido denominados como las cuatro categorías de delitos internacionales (Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, 1998) y son descritos como: genocidio, agresión, lesa humanidad y los que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, es imperante señalar que el principio de legalidad está ligado directamente con el derecho fundamental del Debido Proceso (Art. 29, Constitución Política de Colombia, 1991), debido a que pertenece a aquellos derechos que gozan los presuntos transgresores de la ley y se encuentra consagrado detalladamente así:

(...) el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable [...].

Asimismo, en palabras de la abogada Claudia Orduz (2010), “el principio de legalidad es

requisito indefectible, forzoso y obligatorio del debido proceso, pues toda conducta punible debe ser descrita por el legislador de manera previa, clara y precisa”. (p. 105)

Es por lo anterior que el legislador colombiano tomó la disposición constitucional en men- ción y reguló, en materia penal, el principio de legalidad a través del artículo 6 del Código Penal Colombiano. Con este artículo Orduz (2010) deja claro que,

(...) en Colombia nadie puede ser procesado ni condenado por hechos que no estén, en el momento de la comisión del presunto delito, establecidos como prohibidos en la legislación penal, y de otro lado indicar que las penas y medidas de seguridad solo se pueden imponer si están previa y legalmente establecidas para el hecho imputado. (p. 105).

Por su parte, el inciso 2 del mismo artículo 6 (Ley 599 de 2000) enuncia que en materia penal, “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la res- trictiva o desfavorable”. Así pues, Orduz (2010) indica que el principio de legalidad también in- volucra excepcionalmente el fundamento de la favorabilidad, eso quiere decir que, por esta razón, si el principio de legalidad imparte que las conductas generadoras de responsabilidad penal son aquellas que tengan sustento en la norma, entonces la conducta debe ser típica, ya que “toda dis- posición sustancial favorable por expresa orden constitucional ha de aplicarse al implicado”. (p. 106)

No obstante, con esta afirmación no se puede desconocer que el principio de legalidad pretende garantizar el principio de seguridad jurídica a todas las partes intervinientes dentro pro- ceso penal, en especial a quien presuntamente cometió el delito, por lo que también debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el mismo inciso, los delitos objeto de juicio sólo pueden ser aquellos que fueron cometidos de forma posterior a la vigencia de la normatividad. En este sentido, para poder aplicar una ley consecutiva a la anterior que contenga aún más favorabilidad se debe consi- derar que, según Orduz (2010), la conducta debe ser descriminalizada; la nueva ley reduce las penas y, con la despenalización de una conducta, ya no se sanciona con la privación de la libertad, sino con una pena pecuniaria. En otras palabras, Huertas (2021), describe estas condenas como

(...) la prohibición de retroactividad obliga a que la conducta esté, al momento de su comi- sión, establecida como delito, sancionando de manera más gravosa conductas típicas a par- tir de la vigencia de la norma; en consecuencia, emerge la eficacia retroactiva de la ley penal más favorable. En vista de lo anterior, la *lex praevia* rige en el marco de la aplicación

de la ley penal, en el tiempo y solo con el endurecimiento gravoso de la ley, pues no existe la misma noción de irretroactividad para la ley más benigna, lo que significa que esta puede ser admitida siempre que beneficie a un sujeto activo y constituye una ampliación de la regla en la que se debe aplicar el derecho material vigente al momento de la comisión de la conducta. (p. 125)

En ese orden de ideas, el inciso 3 del mismo artículo 6 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece también que “la analogía sólo se aplicará en materias permisivas”. Para esta investigación, el concepto de analogía hace alusión a la posibilidad de observar en una disposición normativa una situación fáctica que no es cobijada por tal disposición. Esta aplicación va de la mano con la máxima que consiste en que en las mismas razones caben las mismas disposiciones.

Dicho artículo en cuestión refiere también a la aplicación de la analogía en materias permisivas, la cual no significa que “exista una extensión de la disposición legal sino que esta es propia del carácter interpretativo extensivo, como un proceso de integración de la norma, para llenar vacíos que en la descripción normativa no fueron previstos” (Huertas, 2021, p. 126). Sin embargo, la aplicación análoga de la norma tiene límites en materia penal, ya que, de acuerdo con Orduz (2010) “aplicar la analogía como parte del principio de legalidad sería tanto como aplicar leyes, delitos y penas parecidas, similares, semejantes o equivalentes a otras, lo que no es permitido en materia penal”. (p. 106). Así pues, únicamente se permite el uso de la analogía *in bonam partem*, pues trae en beneficio hacia al procesado, sin olvidar que “se prohíbe el uso de la analogía para la creación de una norma o para agravar la pena de una conducta”. (Huertas, 2021, p. 126)

Por otro lado, el Código de Procedimiento Penal regula de igual forma el principio, pues en su artículo 6 expresa que, en los procesos penales, solo se podrá juzgar e investigar de acuerdo con la ley vigente durante la ocurrencia de los hechos y teniendo en cuenta la regulación propia de cada juicio.

Visto desde otro punto, el principio de legalidad es explicado a partir de dos vertientes: las garantías penales y las garantías procesales. Para las primeras, de acuerdo con Velásquez (1983), el principio se manifiesta en la siguiente una locución latina: “*nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, lo que traduce no hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley escrita” (p. 614). Para el abogado Velásquez, hace alusión a que de la garantía se desprenden cuatro niveles recogidos en los artículos 1 °, 3 °, 6 ° y 7 ° del Código



penal y estos son “estricta (excluye la aplicación analógica de la ley penal), cierta (no puede haber ninguna indeterminación) y previa (en el sentido de que tiene que ser anterior al hecho que se imputa)” (p. 614) y ley escrita (no tiene en cuenta el derecho consuetudinario).

### **3.7 Sobre la colisión de principios**

Si bien el principio pro homine y el bloque de constitucionalidad son aplicables a los derechos morales de autor, lo es también el debido proceso y el principio de legalidad. Se colige entonces que, lo que está en tensión son dos normas jurídicas, de textura abierta o mejor, se encuentran en colisión dos principios.

A partir de la introducción del neoconstitucionalismo, los principios entran a tener un rol preponderante como normas rectoras de un ordenamiento jurídico. Se evidencia que, si bien todos ellos, desde el punto de vista ideal y lógico, deben tener una coexistencia armónica y propender por su máxima satisfacción, es preciso señalar que, si se analiza a la luz de un caso específico, es posible que la relación de armonía se trastoque en una relación de contraposición (Kelsen, 1993). Es decir, los principios si bien desde el punto de vista abstracto se encuentran en una relación de cooperación y armonía en el ordenamiento jurídico, para una situación en concreto, resulta que, la aplicación de uno interviene directamente en la inaplicación del otro, como se entrevé en la Sentencia C - 022 de 1996.

De lo anterior, se deriva que, la solución a la aparente antinomia en los casos de colisión de normas fundamentales, no se da a través de la exclusión de uno u otro principio, sino por medio del test de ponderación, el cual debe de analizarse para dirimir dicha tensión. Así, la Corte Constitucional, en los casos de tensión entre principios constitucionales o de rango constitucional, ha establecido su forma de solución mediante el test de ponderación. Situación que ha sido tratada con anterioridad por Robert Alexy y por Ronald Dworkin. El primero de ellos señaló:

(...) cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de

la validez; la colisión de principios —como sólo puede entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso. (Alexy, 1997 como se interpretó en Ruiz, 2012, p. 157)

Dicha solución obedece a la distinción que existe entre regla y principio, que si bien no se profundizará en ella para esta investigación, es necesario resaltar que, según el mismo Alexy (1997) “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización” (como se citó en Ruiz, 2012, p. 156), mientras que las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (como se citó en Ruiz, 2012, p. 156), es decir, que son cumplidas al todo o al nada.

En el caso en específico, la tensión se manifiesta entre el principio de legalidad y del debido proceso con el principio *pro homine*. A criterio de la CSJ, según el marco fáctico presentado, es necesario aumentar el radio de protección de la norma debido a que lo que se encontraba en juego en un derecho fundamental que, por serlo, habilitaba a una interpretación *pro homine*.

Sin embargo, una vez que con dicha interpretación, se incrementó el ámbito de protección de la norma penal, inmediatamente, se generó una tensión con otro derecho fundamental y humano como lo es el principio de legalidad y debido proceso. Comprendiendo entonces que, para que exista colisión de principios, *prima facie*, ambos principios deben coexistir bajo una relación de armonía, tal y como lo afrontó la Sala de Casación Penal, haría que, en el caso en específico, la relación de armonía se convierta en una relación de contraposición, o también llamada relación de preferencia condicionada.

La aplicación de la interpretación *pro homine* según la cual, se busca la mayor satisfacción de este principio, en el contexto penal, implica, necesariamente, la menor satisfacción del principio de legalidad que salvaguarda a toda persona de ser juzgada por una norma estricta, previa, cierta y escrita. Esta situación de contraposición es también relativa a cada una de las partes del proceso. Mientras a una de las partes, la ampara el derecho fundamental de la paternidad, a la otra la respaldaría la legalidad y el debido proceso, y es ahí donde el Juez debe solucionar dicha tensión.

En estricto sentido, la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia no sólo amplió el ámbito de protección a través de una nueva semántica del tipo penal, sino que, a través de ella, más que interpretar, se instauraron nuevos supuestos de hecho dentro de la misma norma

penal. En breves palabras, la CSJ más que interpretar lo que hizo fue legislar.

Así pues, en el caso en específico, la CSJ no se valió de un vocablo o expresión para la interpretación de la norma jurídica, sino que, incluso se establecieron nuevos verbos rectores, nuevas conductas, nuevos derechos a proteger. Y es en el incremento de la satisfacción de dicho principio, donde se sacrifica el principio de legalidad. Por tanto, la procesada termina siendo juzgada conforme a supuestos no establecidos en la norma, lo que atentó contra la seguridad jurídica que cobija el principio de legalidad, pues la persona desconocía que su actuar era contrario a la legislación ya que, para el momento de la comisión, la ley no contemplaba la acción de divulgar.

Por todo esto, si la CSJ daba prevalencia al principio de estricta legalidad como concreción del derecho fundamental del debido proceso, hubiera implicado el sacrificio del derecho fundamental de la paternidad en el ámbito penal, esto es, hubiese implicado su falta de protección penal.

Como se ve, la aplicación de uno implica, en el caso en específico, la inaplicación del otro y es ahí donde surge la tensión y la necesidad de la ponderación como método jurídico para absolver la contraposición de principios. No hay forma de que la aplicación de uno, lleve necesariamente a la inaplicación de otro, razón por la cual, la relación de armonía entre principios se ha manifestado, a la luz de los hechos, en una relación de tensión y sacrificio de uno en favor del otro.

Finalmente lo que hace la sentencia en el caso concreto, es condenar a una persona por hechos que no estaban establecidos como prohibidos en la ley penal al momento de la presunta comisión de delito y, adicionalmente, imponer una pena que no estaba establecida previamente para el hecho imputado, es decir, para la conducta de divulgar.

Ahora, es cierto que la ponderación no es lo mismo que la interpretación. Sin embargo, la omisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, deja entrever la existencia de dos principios de rango constitucional que chocaban entre sí, al estar ambos, incluidos tanto en la Norma de Normas como en el Bloque de Constitucionalidad stricto sensu, y consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Por lo tanto, es evidente que la interpretación *pro homine* efectuada por la CSJ y su posición, en relación al carácter ius fundamental del derecho inalienable de paternidad, resultó ser desacertada e incompleta.

En últimas, el craso error, en sede de derechos de rango constitucional, fue el hecho de que, protegiendo uno, la CSJ violó gravemente otro, al desconocer la tensión de principios existente.

De allí se deriva que, la decisión fue tomada sin realizar una adecuada reflexión.

Es preciso aclarar que, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pudo establecer una regla de precedencia del derecho moral de autor sobre el de estricta legalidad, sin embargo, de haber entrevisto el problema que traía de fondo la resolución del caso, hubiese al menos buscado ponderar una solución en la que ambos principios, dentro de ese marco fáctico concreto, pudiesen ser optimizados al máximo posible; no obstante la sentencia maximizó uno a costa de minimizar el otro, llevándolo al límite de su desaparecimiento.

En cuanto a la discusión de la estricta legalidad, la noción de *ultima ratio* que conlleva el derecho penal, esto es, la interpretación restrictiva que suscitó la sentencia entre la comunidad académico-penal, se ve minimizada al comprender que los principios penales tienen el carácter de rango legal mientras que la paternidad tiene rango de derecho humano.

No se está afirmando que la postura adoptada en la presente investigación sea mejor, más profunda o similar, pero sí permite cuestionarse acerca de los planteamientos efectuados por la CSJ en la sentencia proferida, pues es evidente que en el caso en cuestión, existía un choque de dos derechos humanos, lo cual, no fue valorado en la decisión del alto tribunal. Es por esto que, es factible realizar un análisis de una posible solución a partir del Test de proporcionalidad de Alexy.

### **3.8 Aplicación de Test de Proporcionalidad**

La decisión de la Corte configuró tensiones entre varias máximas. No obstante, para esta investigación, el conflicto que yace entre el derecho de paternidad y el principio de legalidad merece un análisis especial sobre la protección de dicho derecho que se efectuó a partir de una interpretación extensiva con fundamento en el principio *pro homine*.

En suma, la Corte al intentar desarrollar un avance a través de la interpretación constitucional de un derecho fundamental, terminó generando, en ese mismo momento, la regresión al máximo de otro derecho fundamental, violando así especialmente lo que Alexy (1997) llama la ley de la ponderación, señalando al respecto que “de acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro” (1997, p. 161). La Corte, pasa por alto esta herramienta puesto que no se percata que, con su decisión, está vulnerando no un principio de rango legal, como se pudiese pensar a simple vista, sino un principio ius fundamental expresado en la Constitución

Política y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre como lo es el principio de legalidad.

Ahora, la Sala de Casación Penal al no advertir que su decisión entroncada en una colisión de principios, impidió que se pudiese en relación de tensión el contenido de cada uno de ellos. Decidir a favor de la paternidad habría concluido que, *prima facie*, su nivel de satisfacción resultara razonable, aunque, decidir a favor de la legalidad como concreción del debido proceso, *prima facie*, su nivel de satisfacción resultaba igualmente razonable.

Muy a pesar de ello, la Corte Suprema de Justicia omitió el anterior análisis y despachó en una decisión la satisfacción superior de la paternidad sin contar en ningún momento que, en esa satisfacción, correlativamente, se sufría un menoscabo *in extremis* de otro. En tal caso, resultaba necesario haber realizado en la sentencia una ponderación de principios a la luz de un análisis de proporcionalidad de las subreglas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A saber, era necesario que diera lugar al segundo nivel de análisis acerca del modo de satisfacción o análisis de proporcionalidad.

Para Robert Alexy, en la colisión de principios, la máxima de la proporcionalidad debe ser medio para su solución. Dicha metodología se encuentra compuesta por el test de adecuación –que la Corte Constitucional a veces llama test de idoneidad–, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto –juicio de ponderación en sentido estricto según Alexy. Sobre este aspecto se ha pronunciado la Corte Constitucional, en la Sentencia C - 144 de 2015, donde se estableció:

(...) el test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Siguiendo lo anterior, tanto en doctrina como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha utilizado la ponderación para dirimir las colisiones entre derechos fundamentales y principios. Dicha ponderación surge del principio de proporcionalidad, entendido como “un derrotero que busca poner en relación de equilibrio dos o más institutos jurídicos que han entrado en contradicción.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 144 de 2015).

El principio en mención no encuentra propiamente sustento normativo en la regulación constitucional, no obstante, la Corte Constitucional de Colombia establece que dado los preceptos de la Carta Política,

(...) la protección de los derechos y libertades de las personas como mandatos principales de las autoridades públicas, el respeto de la dignidad humana como fundamento del Estado, el carácter inalienable de los derechos de la persona. La responsabilidad de los servidores públicos por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-290 de 2019).

En consecuencia, se establece que el manejo de un principio está condicionado por el equilibrio del ejercicio del poder público como ciudadano. Calderon y Ramírez (2016) así lo refieren cuando resaltan que “es indispensable un manejo adecuado del principio de la proporcionalidad, como máxima interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público y más en materia penal”. (p. 11).

Los conceptos de proporcionalidad y ponderación se encuentran relacionados, pues se entiende que la proporcionalidad supone la ponderación, ya que la proporcionalidad es “(...) un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o por el contrario se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto”. (Calderón y Ramírez, 2016, p. 11).

Si bien es cierto que la metodología del principio de proporcionalidad es utilizada principalmente por el tribunal constitucional, es menester comprender que, conforme la posición sentada en la presente investigación, es necesario hacer uso de ella aún dentro de la justicia ordinaria, en vista de las consecuencias que conlleva ignorar el conflicto entre principios. Para el desarrollo de dicha metodología, la Corte Constitucional ha establecido una serie de pasos para su aplicación,

teniendo en cuenta que, como señala Alexy (1997), los principios son mandatos de optimización y no reglas que se cumplen al todo o nada.

Considerando que el docente alemán llamó optimización a lo dicho en líneas anteriores, la Corte Constitucional lo suele llamar, en ocasiones, el análisis prestacional de los derechos o de los principios pues esto significa que, lo dicho en la Sentencia T - 017, se visualiza como “un determinado nivel de satisfacción del derecho (nivel de satisfacción pretendido)” (Corte Constitucional de Colombia, 2018). Para ello, la Corte ha indicado que es necesario un test en dos pasos basado en el principio de proporcionalidad. Así pues, la Sentencia T - 017 indica que consisten: “(i) análisis interpretativo acerca del contenido del derecho, y, [...] del nivel de satisfacción razonable del mismo –análisis de razonabilidad; y, (ii) un análisis empírico acerca del modo de satisfacción – análisis de proporcionalidad”. (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Siguiendo el principio de proporcionalidad formulada por Robert Alexy, se debe tener claridad que este se divide en “tres subprincipios: a) principio de idoneidad; b) principio de necesidad o mandato del medio más benigno, y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de los subprincipios responde a la evaluación y consideración de las posibilidades fácticas y jurídicas de la restricción de los derechos fundamentales” (Nava, 2020 como se citó en Cervantes, 2021, p. 120).

Conforme con el principio de idoneidad, la Corte ha señalado que “el juez debe verificar que el nivel de satisfacción razonable pretendido (la pretensión del accionante) o las otras alternativas razonables de satisfacción sean adecuados para garantizar el nivel razonable de satisfacción del derecho, de acuerdo con el contenido exigible, previamente analizado” (Corte Constitucional, Sentencia T - 017, 2018).

Adicionalmente, para cumplir con el requisito de idoneidad, la minimización del principio debe darse en razón de un fin legitimado por la constitución. Por lo tanto, “las exigencias a la hora de la valoración son conocer si a) la intervención tiene un fin constitucionalmente válido, y si b) la intervención es idónea para favorecer a la obtención de un fin”. (Nava, 2020 como se citó en Cervantes, 2021, p. 121), Que un fin sea constitucional implica que se encuentre “vinculado con los fines sociales o con intereses que a la sociedad le interesa salvaguardar para que la actuación de la autoridad no sea arbitraria.” (Cervantes, 2021, p. 122).

Por su parte, el principio de necesidad o, como lo llaman algunos autores, del medio más

benigno, supone que, la decisión de intervenir el derecho o principio sea la más necesaria para lograr el fin y que, no haya otra intervención que “pueda optimizar mejor el principio. Entonces, el medio más benigno debe cumplir por lo menos con a) que ningún participante resulte peor que antes, y b) que al menos uno de los participantes experimenten una mejora” (Nava, 2020 como se citó en Cervantes, 2021, p. 127). Por lo tanto, si al realizar el test se encuentra con un resultado más benigno o incluso, esto puede tener una “afectación menos gravosa y se elige aquella que resulta más gravosa para los principios en conflicto, la intervención entonces no es correcta” (Cárdenas, 2016 como se citó en Cervantes, 2021, p, 127).

Este subprincipio, al igual que el de idoneidad, se encuentra vinculado al concepto de óptimo o eficiencia desarrollada por Vilfredo Pareto, según el cual se alcanza un óptimo cuando la satisfacción de un interés no supone el menoscabo de otro, por lo cual, es posible la satisfacción de ambos y, por ende, un menor o nulo sacrificio del otro .

Ahora, si se aprueban estos dos primeros filtros, se debe hacer el test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual está directamente relacionado con la ley de ponderación, según Robert Alexy (2002) este dicta que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto [sic] mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (p. 31). Por lo tanto, es necesario que una medida desfavorable para un principio se justifique a través de una comparación “entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización de la medida establecida, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin”. (Bernal, 2003 como se citó en Cervantes, 2021, p. 132) Entonces, “si la restricción al derecho fundamental no guarda una relación proporcional en sentido estricto con el fin de la medida establecida, entonces la medida no es proporcional en sentido amplio”. (Clérico, 2009 como se citó en Cervantes, 2021, p. 132).

En síntesis, se señala que una violación a la paternidad es una conducta desplegada por un sujeto que vulnera directamente la vinculación del nombre del autor con la obra de su ingenio literario, artístico o científico. La conculcación de la vinculación se concreta en la pretermisión del deber de citar de un sujeto quien, en este caso, con su omisión, se atribuye para sí el ingenio de un tercero.

En ese sentido, un análisis interpretativo acerca del contenido del derecho tiene que ponerse



en diálogo con el derecho moral esencial de los derechos de autor que es la paternidad. La Sentencia C - 155 ha dicho al respecto:

(...) desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza (Corte Constitucional, 1998).

La paternidad manifiesta su carácter inalienable por ser este derecho una expresión misma de la personalidad, una concreción específica de su carácter racional, de lo que el hombre es en tanto ser humano. Su núcleo esencial tiene que ver con ese hecho mismo, que en la mentalidad científica, literaria o artística emerge de un sujeto individual, con personalidad o con sus características singulares. Por tanto, el contenido normativo esencial en el ámbito de protección de la paternidad, tiene que ver con la protección misma de lo que el sujeto es en su más íntimo ser, en su naturaleza de ser racional, y en últimas, de su dignidad como persona.

Sin embargo, es menester tener en consideración que se tiene como base el principio de libertad legislativa con la cual, se concretan las formas de protección del derecho de paternidad. La Corte Constitucional de Colombia ha expresado en relación con ello que:

(...) es posible concluir que el régimen de protección de los derechos de autor y los derechos conexos se desenvuelve en el ámbito de la ley, y que la Constitución no impone criterios rígidos, ni modalidades específicas de protección, ni excluye la posibilidad de adoptar determinados sistemas, sino que deja un amplio margen de configuración legislativa sobre el particular. (Corte Constitucional, Sentencia C - 966, 2012).

Es así como la regulación de los derechos de autor en materia de derecho privado como de derecho penal obedece a aquel principio y, en todo caso, es una expresión del principio democrático. Por otra parte, frente al otro principio en tensión, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 133 de 1999, ha establecido que,

(...) el principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de

arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal” (Corte Constitucional de Colombia, 1999).

Por la cual se colige que, el derecho penal tiene la característica de *última ratio* ya que, se ven aminorados otros derechos fundamentales como el de libertad del ser humano, y con esto, la posibilidad misma de la dignidad humana. No es el hombre libre por su dignidad, es el hombre digno con base en su libertad.

Adicionalmente, conforme la consideración del Máximo Tribunal de lo Constitucional, en este principio se juegan los pilares centrales del constitucionalismo y de la democracia. El principio de legalidad en su carácter de norma ius fundamental tiene diferentes alcances pero si se examina bajo el caso sub examine, lo que se discute es el equilibrio de poderes – doctrina de los check and balances–, el control del arbitrio judicial y, finalmente, la igualdad de todo ser humano en sede judicial.

Lo que colisiona entonces, según la postura adoptada por la Sala de Casación Penal, es la paternidad como expresión de la personalidad humana, como constituyente de su dignidad humana; y, por otra, la libertad, la seguridad jurídica, los fundamentos del constitucionalismo y de la democracia misma.

Ahora bien, de acuerdo con el test o principio de idoneidad, la satisfacción de un interés debe ser solicitado, en principio, para que, en sede judicial, este sea concedido o no y por tanto, la satisfacción del interés del denunciado debía estar encaminado a que, al final del proceso, se aplicara la consecuencia normativa que trae la norma para la víctima de una conducta castigada por el derecho penal. La pena privativa de la libertad en la que concluyó la sentencia en su momento, no existía para la conducta de divulgar, por lo cual, en sentido estricto, no pudo ser solicitado, debido a que ni la pena, ni la conducta, existían para ese entonces. En otras palabras, en el caso en cuestión, la Sala Penal no sólo interpretó en virtud del principio *pro homine* sino que allí mismo legisló abarcando una situación en específico que no estaba regulada legalmente (donde se concreta la violación del principio de legalidad).

En tal escenario, la Corte no estaba satisfaciendo ningún interés del denunciado, porque hasta ese momento, no existía norma que cobijara dicho supuesto y dicha consecuencia normativa.

Su legislación fue ad hoc. Lo que significa que, no existía derecho subjetivo para la víctima.

Si se tiene en cuenta que el núcleo esencial de la paternidad ampara su carácter de inalienable en contraste con la dignidad humana del denunciado, de la seguridad jurídica, de los fundamentos del constitucionalismo y la democracia misma, el análisis estrictamente fáctico que supone el criterio de idoneidad deja entrever que, desde la optimalidad de Pareto utilizada por Alexy, y en consonancia con la Corte, existían más posibilidades fácticas para satisfacer un interés sin generar el menoscabo in extremis de otro.

Aunado ello, considerando que la pena privativa de la libertad sacrifica otros derechos fundamentales y que viola la optimalidad de Pareto, se deriva que, tampoco esta medida, lo protege en su integridad. Entre vías patrimoniales y simbólicas, resulta adecuada la vía penal para la satisfacción de un derecho que toca con la dignidad humana pero, no al punto, del sacrificio de la libertad que supone para quien está siendo procesado y que, en el caso específico, fue condenado por la Corte.

Dicho lo anterior, se concluye que, la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no resiste el test de idoneidad vinculado al criterio de Pareto utilizado por Alexy. Las posibilidades fácticas son mayores y más idóneas que la pena privativa de la libertad en la que la vulneración de la dignidad misma, permanece incólume como se ve en las decisiones de instancia.

Por tal razón no es necesario proseguir con los test de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues su desarrollo es escalonado, y el paso siguiente está sujeto a la superación del anterior. El tamizaje de la idoneidad hizo innecesario el análisis de los pasos subsiguientes, porque la no causación de las sentencias dejó en el mismo estado de vulnerabilidad la esencia de la paternidad.

## CAPÍTULO 4

### Conclusiones

El derecho de autor es una de las partes que constituyen el todo llamado derechos sobre la propiedad intelectual. Su objeto de protección, conforme lo dice el artículo 671 del Código Civil, es el ingenio materializado en las obras. Los derechos de autor protegen la relación de propiedad entre un autor y su ingenio, pero circunscrito a su carácter literario, científico, y artístico. Ello a su vez es lo que los distingue de los derechos que otorga la propiedad industrial en quien se concentra sobre el ingenio de naturaleza industrial.

La regulación constitucional y legal en Colombia son de vieja data. Su primera regulación legal histórica, evidenciamos, se remonta a la Ley 32 de 1886 y el Decreto Reglamentario 665 de 1886, que difieren de la Convención de Berna en unos pocos meses. Son también vetustos algunos tratados bilaterales o trilaterales actualmente vigentes en la legislación colombiana y que fueron reseñados.

Se pudo evidenciar cómo en la actualidad están presentes, por supuesto, en la Constitución Política, de modo genérico en el Código Civil y en algunos tipos consagrados en el Código Penal. Las leyes preponderantes las encontramos a partir la Ley 48 de 1975 y en lo siguiente en la Ley 23 de 1982, la Ley 33 de 1987, la Ley 44 de 1993 así como aquellas en las que se incorporaron, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1979, la Declaración Universal de los Derechos de 1948 y la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones de 1993.

Por otra parte, pudo entreverse que los derechos que, en cuanto a su disciplina específica y conforme la mayoría de legislación internacional, ya hoy incorporada a la legislación nacional, se desprenden otra clase de derechos tales como los derechos patrimoniales y morales, que dependen de la naturaleza del objeto donde se vierte el ingenio. Por dicha razón existen derechos de participación en venta, de oposición a su modificación, de traducción, de reproducción, de citación o reconocimiento de cita, una serie diversas de autorizaciones, de representación y ejecución pública, así como la transmisión pública, de radiodifusión, de comunicación pública mediante altavoz, de adaptación y reproducción, de recitación pública, de arreglo y transformación. Sin embargo, toda esta multiplicidad se puede sintetizar en los derechos de integridad, de modificación, de retracto, de divulgación, de inédito, y entre los cuales, el más importante para la presente investigación ha

sido el derecho de paternidad.

En palabras resumidas puede decirse que este es el derecho que tiene el autor para que siempre que aparezca su obra se le asocie a su nombre y de esta se deriva a su vez, su protección más importante, como lo es el poder jurídico de reivindicar su paternidad. En este trabajo, lo que más interesó, fue entender cómo se ligaba la violación de la paternidad de cara a la conducta de plagio. De manera que, la vulneración en la que incurre la conducta de plagio radica en desvincular el nombre del autor con la obra de su ingenio literario, artístico o científico, es decir, el plagio vulnera el núcleo central de la paternidad misma.

Justamente fue en este escenario en el que se desarrolló la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que se comentó críticamente a lo largo de la presente investigación. Ante el marco fáctico presentado, la CSJ entrevió lo que se conoce dentro de la teoría general del derecho como una laguna o vacío legal en el artículo 270 de Código Penal, señaló que cada numeral sanciona conductas distintas que dependen de la prerrogativa que se busca proteger, así, el numeral 1 ibidem protege la obra inédita, vulnerando lo que la Corte (2010) denomina como derecho de inédito, la cual contribuye a que la obra permanezca anónima o inédita hasta cuando lo determine el autor. De allí que, el ámbito de protección del numeral 1° es el de la publicación y no de la divulgación pues “el primero supone un acto de reproducción en cantidad tal que sea suficiente para tomar conocimiento de ella. La segunda se determina por el simple hecho de que el público haya tenido acceso a la obra”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. N.º 31403, 2010, p. 67)

Este numeral es en el cual se centra la discusión desarrollada en la sentencia y en la investigación ya que para la Corte (2010) se presentan ciertas dificultades con la lectura del mismo, por un lado, si se entiende que el artículo proteger únicamente el derecho de lo inédito, se estaría dejando sin protección el derecho de paternidad, específicamente en los casos en que “la publicación de la obra inédita se haga a nombre de persona distinta a su titular.” (p. 69). Ahora, de otra parte, considera que la interpretación “exegética de la norma deja por fuera la protección del derecho moral de paternidad o reivindicación en los eventos en que la publicación abusiva (falseando el nombre del autor) recae, total o parcialmente, sobre una obra ya divulgada a través de otros medios” (p. 69) siendo esta una de las formas más recurrentes del plagio.

Siguiendo la línea planteada por la CSJ, en el numeral 2 *ibidem* el verbo rector se circunscribe a la inscripción de la obra en registro de autor, ya que como lo precisa la Corte (2010) lo que se prohíbe es la conducta de fraude en el registro.

En relación con el numeral 3 del artículo 270, la Corte da cuenta que, a diferencia del verbo anterior, el derecho que se protege en este numeral se puede agrupar bajo el derecho de integridad que compone uno de los derechos morales de autor.

Teniendo en cuenta que, los tipos penales existentes que protegían los derechos de autor dejaban desprotegido el núcleo central de la paternidad como derecho humano, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, entendió que una interpretación literal o exegética resultaba insuficiente. Por lo que, para alcanzar su núcleo, se valió del criterio de interpretación *pro homine* en el cual se busca la mayor posibilidad de satisfacción de los derechos humanos. Sin embargo, las largas consideraciones desarrolladas en virtud de dicho criterio de interpretación desbordaron su ámbito de aplicación y se dio paso a un auténtico establecimiento de nuevos supuestos de hecho que, se sitúan más allá de una interpretación *pro homine* y se llegaba a una auténtica legislación en tanto consagraron *nuevos* supuestos de hecho.

No obstante, una vez que con dicha interpretación, se incrementó el ámbito de protección de la norma penal, se generó una tensión con otro derecho fundamental y humano como lo es el principio de legalidad y debido proceso, que se encuentran consagrados en el artículo 29 de la Constitución política y el artículo 6 de la Ley 599 del 2000 y en virtud de los cuales, toda persona debe ser juzgada conforme a una norma estricta, previa, cierta y escrita.

De este modo, una vez que la Sala Penal realizó la determinación de estos *nuevos* supuestos, se entró en un conflicto entre principios. Precítese entonces que, no es que la interpretación *pro homine* entrara en colisión principalmente con el principio de legalidad, sino que la forma en que la Corte utilizó el criterio de interpretación hizo que entraran en tensión el derecho de paternidad como derecho humano y el principio de legalidad como derecho de la misma naturaleza. Por cuanto, en ese escenario debía realizarse un juicio de ponderación según el cual se estableciera una regla de precedencia condicionada, esto es, una prevalencia para el caso en concreto. La omisión según la cual la Sala desconoció la tensión de dos principios fue la crítica sobre la cual la presente investigación se centró.

Sin embargo, si bien es cierto que la interpretación *pro homine* tiene en consideración los

derechos humanos y su mayor nivel de satisfacción posible, no debe nunca descuidarse que en el ámbito penal siempre está en juego, para el acusado, el principio de legalidad que le asiste y que este, a su vez, tiene la naturaleza de ser un derecho humano. Omisión que se dilucidó en el presente trabajo. Por lo cual debe insistirse que la CSJ debe tener mayor precaución a la hora de una interpretación *pro homine* para no entrar, entonces, en una colisión de principios y de, ser entonces necesaria o ineludible su tensión, se pueda resolver de modo en que lo establece la ponderación y no de forma unilateral como lo realizó la Corte.

Con el análisis realizado en la presente investigación surgen una serie de recomendaciones que podrían ayudar a solucionar la dificultad que refleja la actual regulación penal del plagio en Colombia y, de esta manera, evitar pronunciamientos interpretativos por parte de la Corte Suprema de Justicia o cualquier juez del país a la hora de fallar, así como procurar por una Seguridad Jurídica.

Por un lado, es factible y recomendable que el legislador modifique el artículo 270 del Código Penal para ampliar las acciones que constituyen el delito sobre los derechos morales de autor, tomando los mismos verbos rectores que configura una violación del derecho de paternidad en materia de propiedad intelectual. Como se puede observar, el artículo 270 ídem contempla únicamente la acción de publicar como conducta punible que transgrede el derecho de paternidad y reivindicación de la obra.

Dado a la naturaleza del delito, la acción típica es aquella que se enuncia de manera taxativa en la ley penal, de acuerdo con el principio de tipicidad, según el cual “el legislador no solo está obligado a describir las conductas que califica como hechos punibles o infracciones disciplinarias, sino además a hacerlo de forma completa, clara e inequívoca, de manera que permita a sus destinatarios tener certidumbre o certeza sobre los comportamientos ilícitos” (Sentencia C-796 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)). Por lo tanto, si el legislador incluye las acciones propias del plagio, se evitarían conflictos de interpretación. En este sentir, incluir también como acción típica el verbo “divulgar”, así como “copiar”, “inscribir”, “distribuir” y/o “comunicar”.

En este orden de ideas, las expresiones anteriores pueden ser reunidas en el concepto de “utilización pública”, como lo sugiere la abogada María Alejandra Echavarría Arcila, quien considera que este término reúne todas las modalidades de plagio para no “dejar así en la impunidad otras manifestaciones del plagio que no se contemplan de manera expresa, pero que son igualmente

lesivas del bien jurídico penalmente tutelado, que quedaría, de esta forma, expósito.” (Echavarría, 2016)

Por otro lado, una alternativa menos gravosa consistiría en derogar el artículo 270 del Código penal, para que, de esta forma, únicamente se regule la violación al derecho de paternidad por vía de materia civil, toda vez que el poder punitivo del Estado ostenta la característica de ultima ratio, lo que implica que

(...) debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas “formales e informales”. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso. (Carnevali, 2008)

De manera que, a sabiendas que la ley civil regula ampliamente el tema y cuenta con las herramientas adecuadas para la protección del derecho moral de autor en discusión, se torna superfluo una regulación punitiva del mismo tema al ser un instrumento de ultima ratio que protege de manera lesiva los bienes jurídicos.



## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centros de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). Los principios como “mandatos de optimización” en Ruiz, R. (2012), la distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad*, 10(20), 143-166. <https://doi.org/10.19053/16923936.v1.n20.2012.4860>
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 13-51. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25632redc066011.pdf>
- Álvarez A., J. C., Ceballos Bedoya, M. A., & Muñoz Sierra, Álvaro M. (2013). De los delitos contra los derechos de autor en el Código Penal colombiano. *Nuevo Foro Penal*, 9(81), 93–115. <https://doi.org/10.17230/nfp.9.81.3>
- Álvarez, S. (2014). El derecho de propiedad intelectual en la industria musical colombiana. *Sujetos de derecho y protección jurídica. Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia). <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47672/derecho-propiedad-intelectual-industria-musical-colombiana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Antequera, R. (2007). *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Editorial Reus.
- Antequera, R. (2012). *Derechos Intelectuales y Derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*. Madrid, España: Editorial Reus.
- Báez, D. (2015). El Plagio. Especial Referencia a La Obra Cinematográfica (Plagiarism. Special Reference to Cinematographic Work). *Revista La Propiedad Inmaterial*, No. 19, 113-166. <https://ssrn.com/abstract=2631256>
- Ballesteros, S. y Bulla, J. (2016). Incidencia de la propiedad intelectual en el desarrollo nacional y empresarial en el contexto de globalización actual. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 22, 5-18. <http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n22.01>
- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. (1979, September 28). De: [https://wipolex.wipo.int/en/treaties/textdetails/berne\\_convention/trtdetails/berne\\_convention/trtparties/2/treaty\\_dates.htm](https://wipolex.wipo.int/en/treaties/textdetails/berne_convention/trtdetails/berne_convention/trtparties/2/treaty_dates.htm)

- Boytha, G. (1980). Glosario de derecho de autor y derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ginebra, Suiza: OMPI.
- Bugallo, B. (2012). Sobre el plagio...esa plaga. *Revista de Derecho Público*, 44, 13-42. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4992017>
- Bustamante, D. (s.f). El Diseño de la Investigación Jurídica Facultad de Derecho. Universidad San Buenaventura USB. Encontrado en: [https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/guia\\_para\\_la\\_elaboracion\\_del\\_proyecto\\_de\\_investigacion.pdf](https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/guia_para_la_elaboracion_del_proyecto_de_investigacion.pdf)
- Calderón, L., y Ramírez, S. (2016). Test de proporcionalidad un recurso indispensable para los operadores judiciales [Trabajo de pregrado, Universidad La Gran Colombia]. UGC Repositorio. [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2820/Test\\_proporcionalidad\\_recurso.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2820/Test_proporcionalidad_recurso.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento. Laudo Arbitral Fersoft Limitada y Félix Eduardo Rodríguez Cárdena contra Granahorrar Banco Comercial S.A., A. Juan Pablo Cárdenas, Jorge Santos Ballesteros y Hernán F. López Blanco; 25 de mayo de 2007.
- Canaval, J. (2008). Manual de propiedad intelectual. Universidad del Rosario. Colombia.
- Cavalli, J. (2006) Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886. Dirección Nacional de Derechos de Autor.
- Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 26 de mayo de 1873 (Colombia).
- Código Civil Colombiano [CC]. Ley 84 de 1873. Mayo 26 de 1873 (Colombia).
- Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012 . julio 12 de 2012, (Colombia)
- Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia).
- Código Penal Colombiano [CP]. Ley 44 de 1993. Febrero 5 de 1993 (Colombia).
- Código Penal Colombiano [CP]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).
- Código Penal Colombiano [CP]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 29. Noviembre 22 de 1969 (Costa Rica).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sección tercera. Art. 31. Mayo 23 de 1969 (Austria).

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. 28 de septiembre de 1979.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. 20 de marzo de 1883.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022 de 1996, MP. Carlos Gaviria Díaz; 23 de enero de 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1118 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández; 1 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1183-00 de 13 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-133 de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz; 3 de marzo de 1999.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-144 de 2015, MP. Martha Victoria Sáchica Méndez; 6 de abril de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-148 de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, 7 de abril de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-155 de 1998, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; 28 de abril de 1998.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil. 15 de marzo de 2006.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-290 de 2019, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; 26 de junio de 2019.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313 de 2014, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 29 de mayo de 2014.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-317 de 2012, MP. María Victoria Calle Correa; 3 de mayo de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-334 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero; 12 de agosto de 1993.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, MP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; 10 de mayo de 2006.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, MP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; 10 de mayo de 2006.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-710 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño; 5 de julio de 2001.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-966 de 2012, MP. María Victoria Calle Correa; 21 de noviembre de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-017 de 2018, MP. Alejandro Linares Cantillo; 5 de febrero de 2018.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-425 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; 26 de septiembre de 1995.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Decisión del 13 de noviembre de 1981 (JZ Rodolfo Piza).

Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, 17 de julio de 1998 (Italia).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, MP. José Fernando

Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones. Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Decreto Reglamentario 1258. Por el cual se reglamenta la Ley 86 de 1946 sobre Propiedad Intelectual, y se sustituye el Decreto número 1097 de 1948. 5 de mayo de 1949 (Colombia).

Decreto Reglamentario 665. Reglamentario de la ley 32 de 1886, sobre propiedad literaria y artística. 26 de noviembre de 1886 (Colombia).

- Delgado, A. (1988). “Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual”, Madrid: Ed. Civitas. ,
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2018). Relatoría nº 16, Referencia: 1-2017-67118, P. Carlos Andrés Corredor Blanco; 05 de septiembre de 2018.
- Echavarría, M. (2014). ¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 44(121), 699-720. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5002799.pdf>
- Echavarría, M. (2016). El Delito de Plagio: Una Propuesta de Regulación Penal de la Infracción al Derecho de Autor. Cuadernos de Derecho Penal, 15, 85-102. <https://doi.org/10.22518/20271743.577>
- Echavarría, M. (2017). Plagio: ¿qué es y cómo se regula penalmente?: análisis del plagio como infracción a los derechos de autor. Editorial UPB. Colombia.
- Emery, M. (2001). “Propiedad Intelectual”, Buenos Aires: Astrea, 284.
- Espinoza, E. (2020). El plagio, un flagelo en el ámbito académico ecuatoriano. Universidad y Sociedad, 12(3), 407-415. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1602>
- García, T. (2016). Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 252–273.
- Gaviria, V. (2003). Delitos contra los derechos de autor. En Lecciones de derecho penal. Parte especial. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. (Original publicado en 1997).
- Ginsburg, J. (2004). El derecho a reivindicar la autoría en la legislación estadounidense sobre derechos de autor y marcas registradas. 41 Hous. L. Rev., 263, [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1696&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1696&context=faculty_scholarship)
- González, M. (1993). El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual. Madrid: Marcial Pons. 177
- Grompone, R. (1977). El Derecho de Autor en Uruguay. Montevideo: Publicaciones AGADU. 143.
- Guzmán, A. (1997) Derecho Privado Romano. Editorial Jurídica de Chile.

- Guzmán, C. (2019). Propiedad intelectual y acceso al conocimiento en la investigación científica colombiana. *Revista Guillermo de Ockham*, 17(1), 51-63.  
<https://doi.org/10.21500/22563202.3374>
- Hernández, I. M. (2016). El plagio académico en la investigación científica. Consideraciones desde la óptica del investigador de alto nivel. *Perfiles Educ*, 38(153), 120–135
- Huertas Díaz, O. (2021). El principio de legalidad en Colombia, su monopolio y las posibilidades de flexibilización. *Logos Ciencia & Tecnología*, 14(1), 120–131.  
<https://doi.org/10.22335/rict.v14i1.1475>
- Jhering, R. von. (2018). *La Lucha por el Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27845/lucha\\_jhering\\_hd68\\_2018.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27845/lucha_jhering_hd68_2018.pdf).
- Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del derecho*. Porrúa. Alemania.
- Laverde-Rubio, Eduardo. (2010). El concepto de "original". *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 39(3), 601-609. Retrieved April 07, 2023, de: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-74502010000300012&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502010000300012&lng=en&tlng=es).
- Ledesma, J. C. (1992). *Derecho penal intelectual*. Buenos Aires: Universidad.
- Ley 1060 de 2006. Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad. 26 de julio de 2006. D.O. No. 46341.
- Ley 12 de 1959. Por la cual se aprueba la Convención entre Colombia y Francia sobre Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Abril 18 de 1959. D.O No. 29932
- Ley 139 de 1963. Por el cual se aprueba el Convenio Cultural entre Colombia y España. Diciembre 31 de 1963. D.O. No. 31301
- Ley 15 de 1908. Por la cual se aprueba un Tratado. Agosto 19 de 1908. D.O. No. 13372
- Ley 18 de 1913. Por la cual se aprueba un Acuerdo sobre patentes y privilegios de invención. Octubre 04 de 1913. D.O. No. 15017

Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. Febrero 19 de 1982. D. O. No. 35.949

Ley 24 de 1964. Por la cual se aprueba el Convenio entre la República de Colombia y la República Federal de Alemania sobre protección recíproca de las obras científicas, literarias y artísticas, suscrito en Bogotá el día 11 de mayo de 1959. Diciembre 3 de 1964. D. O. No. 32.174. 31537

Ley 28 de 1964. Por la cual se aprueba el Convenio Cultural entre Colombia y Ecuador. Diciembre 12 de 1964. D.O No. 31541.

Ley 31 de 1925. Sobre protección a la propiedad industrial y por la cual se dicta una disposición sobre impuesto sobre la renta. Febrero 28 de 1925. D.O. No. 19844

Ley 32 de 1886. Sobre propiedad literaria y artística. Octubre 26 de 1886. D.O. No. 6842

Ley 33 de 1987. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas, el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971. Octubre 26 de 1987. D.O. No. 38112

Ley 44 de 1993. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29. Febrero 05 de 1993. D.O. No. 40.740.

Ley 48 de 1975. Por medio de la cual se autoriza la adhesión de Colombia a los siguientes Instrumentos Internacionales: “Convención Universal sobre Derecho de Autor”, sus Protocolos I y II, revisada en París el 24 de julio de 1971 y se aprueba la “Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión”, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961. Diciembre 12 de 1975. D.O. No. número 34472

Ley 565 de 2000. Por medio de la cual se aprueba el Tratado de la OMPI - Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Derechos de Autor (WCT), adoptado en Ginebra, el veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Diario Oficial No.43.883.

- Ley 6 de 1970. Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, firmada en Washington el 22 de junio de 1946”. Noviembre 23 de 1970. D.O. No. 32972
- Ley 7 de 1936. Por la cual se aprueba una Convención sobre propiedad literaria y artística. Enero 14 de 1936. D.O. No. 23095
- Ley 86 de 1946. Sobre propiedad intelectual. Diciembre 26 de 1946. D.O. No. 26317
- Ley 94 de 1931. Adicional y reformatoria de la Ley 31 de 1925, sobre protección de la propiedad industrial y por la cual se dictan otras disposiciones. Julio 09 de 1931. D.O. No. 21748
- Magalla, A. (2015). El verdadero significado de los derechos de autor. Propiedad intelectual y desarrollo de la ciencia y la tecnología. [https://www.researchgate.net/publication/283015654\\_THE\\_TRUE\\_MEANING\\_OF\\_COPYRIGHT](https://www.researchgate.net/publication/283015654_THE_TRUE_MEANING_OF_COPYRIGHT)
- Mantilla, F. y Ternera, F. (2016). El concepto de derechos reales. Revista de Derecho privado, Universidad de los Andes. <https://pure.urosario.edu.co/ws/portalfiles/portal/22130469/pri152.pdf>
- Martín, S. G. (2020). ¿Qué es plagio? Revista Methodo: Investigación Aplicada a las Ciencias Biológicas, 171–174. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7588584>
- Maurel-Indart, H. (2014). Sobre el plagio (1.a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Monroy, J. (2022). Derecho de autor y derechos conexos. Legislación, doctrina y jurisprudencia concordada y comentada. Bogotá.
- Mouchet, C., & Radaelli, S. (1948). Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas (Vol. II). Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft Ltda. 35.
- Munar, P. (2015). Las infracciones al derecho de autor en Colombia y la responsabilidad patrimonial. Análisis jurisprudencial y posibles soluciones. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/flip/?pdf=https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/2e41e719-8643-4d1b-8835-f2a235fcd4e1/content>
- Mutter, K. (2006). Propiedad intelectual y desarrollo en Colombia. Estudios Socio-Jurídicos, 8(2), 85-101. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-)



- 05792006000200004&lng=en&tlng=es
- Núñez, C. (2017). Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica. *Materiales de Filosofía del Derecho*, 17(2), 1-46. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf>
- Orduz, C. (2010). El principio de legalidad en la ley penal colombiana. *Criterio Jurídico Garantista*, 2(2), 100-107. <http://dx.doi.org/10.26564/21453381.318>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_909\\_2016.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf)
- Osterberg, R. y Osterberg, E. (2003). Similitud sustancial en la Ley de Propiedad Intelectual. Nueva York, Estados Unidos de América: Instituto de Derecho Práctico (pli-Practicing Law Institute). [http://www.pli.edu/public/booksamples/631\\_sample3.pdf](http://www.pli.edu/public/booksamples/631_sample3.pdf)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 5. Marzo 23 de 1976 (Estados Unidos).
- Palacio, M., y Bernal, E. (2020). La flexibilización del derecho moral de integridad por la jurisprudencia andina. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 20(38), 81-94. <https://doi.org/10.22518/jour.ccsch/2020.1a01>
- Parra, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado*. 16.<sup>a</sup> ed. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2007.
- Pérez, N. (1949) El Derecho Moral de los Autores. *Anuario De Derecho Civil*, 4, 1334-1346, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1949-10000700027](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1949-10000700027)
- Perromat, K. (2014) Los viejos antecedentes andalusíes de la intertextualidad y su posible influencia en el Occidente cristiano. 452°F. *Revista electrónica de teoría de la literatura y literatura comparada*, 3, 132-147. <https://revistes.ub.edu/index.php/452f/article/view/10803>
- Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterio hermenéutico y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregú, M., y Courtis C. (Eds). *Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

- Rengifo, E. (2010). ¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?. *La Propiedad Inmaterial*, 4, 303-318. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2483/2119>
- Ríos, W. (2011). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Universidad de Los Andes. Colombia.
- Sagüés, N. (1998). *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Argentina.
- Sanabria, L. (2013). Conceptualización jurídica del plagio en Colombia. *Revista Colombiana de Cirugía*, 29(2), 88-97. <https://www.redalyc.org/pdf/3555/355534003002.pdf>
- Sanabria, L. (2014). Conceptualización jurídica del plagio en Colombia. *Rev Colomb Cir*, 29, 88–97. <https://www.revistacirugia.org/index.php/cirugia/article/view/417/375>
- Sánchez, L. (1991). *Procesos de Investigación Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, México, 1991.
- Sinha, S. y Hariharan, A. (2020). *Derechos de autor en las películas y plagio*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3727191>
- Tamayo, J. (2009) *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. II. Editorial Temis.
- Timal, S., y Sánchez, F. (2017). El plagio en el contexto del derecho de autor. *Tla-melaua*, 11(42), 48-66. Recuperado en 07 de abril de 2023, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-69162017000200048&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162017000200048&lng=es&tlng=es).
- Tobón, N. (2005). Los Derechos de Autor en las Compilaciones Legales el caso de las compilaciones de normas jurídicas en Colombia y Estados Unidos. *INTERNATIONAL LAW*, 117–141.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1999). Proceso 10-ip-99. Lexis S.A. vs. la empresa Productora e Información Compañía Ilimitada (prodinfo). Sentencia del 11 de junio de

1999. Recuperado de <http://view.offi-ceapps.live.com/op/view.aspx?=http%3A%2F%2Fintranet.comunidadandina.org%2FDocumentos%2FProcesos%2F10-ip-99.doc>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2004). Proceso 139-ip-2003. Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 1, 4 literal a), 8, 11 literales a), b), c), 52, 54, 55 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Quito, Ecuador. 7 de marzo de 2004. Recuperado de <http://view.offi-ceapps.live.com/op/view.aspx?=http%3A%2F%2Fintranet.comunidadandina.org%2FDocumentos%2FProcesos%2F139-ip-2003.doc>
- Universidad Nacional de Colombia. (s.f.). Derechos de autor. Propiedad intelectual. Recuperado de <https://propiedadintelectual.unal.edu.co/acerca-de/derechos-de-autor/>
- Valdés, E. (1953). Derechos de autor. Régimen jurídico uruguayo. Montevideo: Publicaciones de la Facultad de Derecho. 185-186.
- Vallejo, F. (2012). Influencia de las Interpretaciones Prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones en los Fallos de Propiedad Intelectual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Revista e-mercatoria*, 11(1), 1-42. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3200>
- Vega, A. (2010). Cartilla derecha de autor. Dirección Nacional de Derecho De Autor. De: <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>
- Velásquez, F. (1982). Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana. *Nuevo Foro Penal*, 12(21), 609–635. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4452>
- Velásquez, F. (2012). La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravian a la humanidad. *Cuadernos De Derecho Penal*, 7, 91–106. <https://doi.org/10.22518/20271743.399>
- Villegas del Catillo, C. (2004). Análisis del derecho de propiedad a propósito de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿hacia una redefinición del derecho de propiedad? [Monografía de grado, Universidad de los Andes]. Repositorio Universidad de los Andes,

Facultad de Derecho. <https://repositorio.unian-des.edu.co/bitstream/handle/1992/21659/u251341.pdf?sequence=1>

Zuluaga, N., y Porras, L. (2021). Criminalización por la violación a los derechos de autor en Colombia. Análisis crítico. Universidad EAFIT.