

# **LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, “ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y POSIBLES SOLUCIONES”.**

---

**PRESENTADO POR: PEDRO JUAN MUNAR HUERTAS**



**UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA**

**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS (CISJUC)**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**BOGOTA**

**2015**

## CONTENIDO

1. CONTEXTO.....	5
2. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE AUTOR: ACCIONES CONTEMPLADAS POR NUESTRA LEGISLACION .....	8
2.1 Acciones penales .....	11
2.2 Acciones civiles: .....	11
3. DECLARACIÓN EXPRESA DE LOS DERECHOS DE AUTOR .....	11
3.1 DERECHOS MORALES.....	12
3.2 DERECHOS PATRIMONIALES: .....	12
4. LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA.....	13
4.1 LA PIRATERIA:.....	13
4.2 EL PLAGIO .....	14
4.3 CONDENAS A LA ADMINISTRACION: .....	15
5. DESARROLLO DEL PROBLEMA.....	17
5.1 La Doctrina de daños: .....	17
5.2 La identificación del Daño Emergente:.....	18
5.3 La identificación del Lucro Cesante: .....	18
5.4 La aplicación de la Responsabilidad Objetiva como posible medio de protección: ..	19
6. POSIBLES SOLUCIONES Y CONCLUSIONES .....	21
6.1 La aplicación de los acuerdos ADPIC: .....	21
6.2 La regulación por parte del legislador para la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva en materia de derechos de Autor:.....	22
Bibliografía.....	24



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

## ABSTRACT

“This paper aims to address the issue of monetary compensation against offenses committed against copyright, treatment in different jurisdictions and application of international mechanisms as additional measures for their protection.

Without proper protection intellectual creators lose any incentive and motivation to continue their creative activity and might not receive financial remuneration, translated material welfare, which is derived from the use of Works”.

## INTRODUCCION

El presente trabajo pretende abordar la problemática de la indemnización patrimonial frente a las infracciones cometidas en contra de los derechos de autor, su tratamiento en las distintas jurisdicciones (Civil, Penal y Administrativa) y las aplicaciones de los mecanismos internacionales como medidas adicionales para su protección. Para tal efecto, se hará un breve repaso de los “derechos de propiedad intelectual”, se revisarán las normas internacionales, vigentes en derecho colombiano, sobre indemnización de perjuicios por infracción a estos derechos, y por último se hará un recuento jurisprudencial y sus conclusiones.

---

<sup>1</sup> Este artículo es producto de la investigación dirigida por la Dra. Olenka Woolcott, adelantado por el autor dentro del programa de pregrado de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

## 1. CONTEXTO

Tratándose de la responsabilidad patrimonial, Colombia ha seguido los pasos de culturas jurídicas de corte civilista como la francesa y la española, que conciben la responsabilidad como un mecanismo esencialmente indemnizatorio frente al daño sufrido por la víctima, con lo cual se adopta una postura resarcitoria con respecto al fenómeno del daño patrimonial, daño que se ve reflejado en el menoscabo que sufre el autor al momento de producirse una reproducción ilegal de su obra, llámese: Libro, partitura, libreto, etc.

Al respecto, es fundamental resaltar que la muy reducida normatividad vigente relativa a la regulación de la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ubicada principalmente en el Código Civil, gira en torno -aparentemente- de la noción de reparación del daño. Nuestro estatuto civil cuenta con apenas 20 artículos que regulan -de manera no exclusiva- el tema de la responsabilidad civil extracontractual dentro del Título XXXIV denominado “Responsabilidad común por los delitos y las culpas” Art. 2341 al 2360, en los cuales se regula la responsabilidad por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad por el hecho de las cosas y la responsabilidad por actividades peligrosas. Existen, sin embargo, otros artículos en nuestro Código Civil que se refieren a temas de reparación de perjuicios en materia extracontractual, un ejemplo de esto, son los artículos 982,983, 984, 988, 990 entre otros.

Un informe de la revista Poder<sup>2</sup> reveló que en 2007 el nivel de piratería en la industria de la música llegaba al 65% y las pérdidas superaban los 73 millones de dólares; en la industria audiovisual el panorama no era menos grave: aproximadamente el 90% de los videos que se venden en el país son piratas; cerca del 70% de los usuarios de televisión pagada reciben señales ilegales, lo cual causa pérdidas cercanas a los 40 millones de dólares.

---

<sup>2</sup> Citado por Luis Carlos Plata, Revista Poder, edición de junio de 2002, consultada en: <http://banners.noticiasdot.com/termometro/boletines/autor/boletines-autor-poder.htm>

En el sector del software la situación es similar; en el llamado business software el estudio reveló que principalmente en empresas pequeñas y medianas el software ilegal llega al 50%, y aunque en el campo de los videojuegos no hay datos, es muy probable que el nivel de ilegalidad sea muy superior. Para la industria editorial, el informe manifiesta que los índices han disminuido en los últimos años, gracias a la acción de las autoridades; sin embargo, manifiesta la preocupación frente a los altos niveles de reproducción ilegal de textos, sobre todo en colegios y universidades, donde estima que entre el 20 y 25% del mercado es pirata.

Sin una adecuada protección los creadores intelectuales perderían cualquier estímulo y motivación para continuar su actividad creadora y no podrían percibir la remuneración económica, traducida en bienestar material, que se deriva de la utilización de las obras.

Así como el obrero es digno de su salario, "...el creador o "trabajador" del intelecto no es menos merecedor de percibir los rendimientos o frutos de su esfuerzo creativo, el cual, por lo demás, generalmente está destinado al goce del público y constituye un aporte para elevar el nivel cultural de la sociedad y dignificar al ser humano, pues permite una mayor participación de los ciudadanos en los bienes y procesos culturales" (Jaramillo, 2010).

Según la OMPI, cuya definición es la más acertada: La propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio.

La Propiedad Intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. La Propiedad Intelectual comprende:

- El derecho de autor y los derechos conexos;
- La propiedad industrial (que comprende la protección de los signos distintivos, de las nuevas creaciones, los circuitos integrados, los secretos industriales); y
- Las nuevas variedades vegetales

El presente artículo solo hará referencia a los **derechos de autor** advirtiendo tal y como lo hace el Profesor Luis Felipe Botero que “es pacífico sostener hoy en día que la indemnización de perjuicios es sólo uno de los modos de la reparación dentro del desarrollo proteccionista a la propiedad intelectual, no sólo porque se tenga también la alternativa de la satisfacción in natura del interés de la víctima, sino porque muchas veces ese interés lesionado sólo resulta reparado mediante la imposición de obligaciones diferentes a la de pagar una suma de dinero”(Botero, 2010)

En todo caso, el eje de la responsabilidad patrimonial en el derecho colombiano contemporáneo gravita sobre la idea de la reparación integral y/o equitativa de un perjuicio ocasionado al interés de una persona. Para efectos de la propiedad intelectual más específicamente en materia de derechos de autor, ese interés tutelado recae en un objeto inmaterial que, a su turno, satisface diversas necesidades.

En el ámbito del fenómeno de daños continua aclarando el profesor “la reparación de los derechos o intereses que recaen sobre bienes inmateriales parece ser –por obvias razones sensoriales- más compleja que la reparación de daños a bienes materiales”.

Con los bienes inmateriales no parece acontecer lo mismo. Constatar allí el daño con algún grado de precisión e identificación es más complejo. No hay forma de explicar sensorialmente la afectación a una idea. Piénsese, por ejemplo, en qué consiste el daño material sufrido por el autor de una obra que a pesar de estar en el comercio no ha sido adquirida por nadie y que es copiada masivamente por otro, sin su autorización, con el único fin de donarla en distintos circuitos comerciales. No basta una “inspección” sensorial y técnica que nos permita precisar el grado de la lesión al objeto inmaterial (Botero, 2010).

Por lo tanto tratar de especificar el tipo de indemnización que merece una infracción al derecho de autor hoy por hoy resulta supremamente complejo en razón de una carencia jurisprudencial en la materia y de la falta de legislación interna contemporánea.

## 2. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE AUTOR: ACCIONES CONTEMPLADAS POR NUESTRA LEGISLACION

Una vez sentado el contexto mediante el cual se va a desarrollar la problemática durante el presente escrito, es menester aclarar que en Colombia para que una conducta pueda ser entendida como usurpatoria de los derechos de autor debe cumplir algunos requisitos, entre ellos:

1. Que sea cometida en forma culposa o dolosa
2. Que atente contra una obra protegida por el derecho de autor
3. Que afecte derechos patrimoniales o morales de autor - Que la obra no se encuentre en el dominio público
4. Que la conducta no se encuentre amparada por alguna de las excepciones o limitaciones al derecho de autor

Si se configura efectivamente una infracción, entonces entendemos que en Colombia existen 3 tipos de acciones que pueden incoarse en la búsqueda de la protección de los derechos de autor.

La primera de ellas es la acción **PENAL**: La protección dispensada por la legislación penal al derecho de autor y los derechos conexos se refleja en tres frentes: protección al derecho moral (art. 270 del Código Penal), protección a los derechos patrimoniales (art. 271 ibíd.), y protección a las medidas tecnológicas y a la información esencial para la gestión de derechos (art. 272 ibíd.). No obstante, estos tipos penales destinados a la protección del derecho de autor deben ser interpretados armónicamente con la legislación que regula la materia, pues las conductas allí descritas carecen de una descripción formal.

La segunda acción es la **CIVIL**: Existen entonces varios criterios de protección, uno abierto contenido en nuestro código civil<sup>3</sup>, abierto pues permite al Juez Civil determinar

---

3 ARTICULO 670. DERECHO SOBRE LAS COSAS INCORPORABLES. Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.



la producción del daño y su eventual indemnización y un criterio cerrado o de distinción contenido en la ley 23 de 1982 y 44 de 1993, Capítulo II<sup>4</sup>, que establece sanciones concretas por las infracciones a los derechos de autor en materia administrativa.

Lo anterior ligado al **SISTEMA DE NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR**<sup>5</sup>, que se erige como un compendio de normas internacionales que complementan el sistema de propiedad intelectual en Colombia.

---

3. ARTICULO 671. PROPIEDAD INTELECTUAL. Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores.

Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales

<sup>4</sup> Por lo tanto, la diferencia entre las sanciones civiles y penales podría radicar en últimas, en la postura axiológica del legislador al considerar qué ilicitudes merecen tener un rango de protección penal y cuáles uno civil. Así, en materia privada, quien principalmente gozará del producto de la sanción será la víctima, mientras que en materia penal es el Estado quien a través de las multas se reserva el producto de las sanciones pecuniarias según lo establecido en el Art. 42 del Código penal: “Los recursos obtenidos por concepto del recaudo voluntario o coactivo de multas ingresarán al Tesoro Nacional con imputación a rubros destinados a la prevención del delito y al fortalecimiento de la estructura carcelaria. Se consignarán a nombre del Consejo Superior de la Judicatura en cuenta especial.”

<sup>5</sup>A continuación se enlistan las principales normas vigentes en Colombia en materia de regulación del derecho de autor y los derechos conexos.

#### **Instrumentos Internacionales**

- El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Ley 33 de 1987)
- La Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Ley 48 de 1975)
- El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (Ley 170 de 1994)
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor (WCT) (Ley 565 de 2000)
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT) (Ley 545 de 1999)

#### **Normas internas**

- Constitución Política de Colombia
- Decisión Andina 351 de 1991, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- Ley 23 de 1982, Sobre derechos de autor
- Ley 44 de 1993, Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944
- Ley 232 de 1995, Por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales
- Ley 599 de 2000 (Código Penal), artículos 270, 271 y 272
- Decreto 460 de 1995, Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal
- Decreto 1070 de 2008, Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993.
- Decreto 1879 de 2008, Por el cual se reglamentan la Ley 232 de 1995, el artículo 27 de la Ley 962 de 2005, los artículos 46, 47 y 48 del Decreto Ley 2150 de 1995 y se dictan otras disposiciones.

Y finalmente la acción **ADMINISTRATIVA o PÚBLICA:**

Que desde la legalidad sustancial se encuentra integrada por la **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA**<sup>6</sup>.

Y por último la **LEY 1493 DE 2011**<sup>7</sup>, que otorgo funciones jurisdiccionales a la **DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR**, unidad administrativa especial del Ministerio del Interior, funciones de las que tratan los artículos 24 y Subsiguientes.

En este contexto normativo, encontramos que el derecho de autor es una forma de protección jurídica en virtud de la cual se otorga al creador de una obra literaria o artística un conjunto de prerrogativas de orden moral y patrimonial, las cuales le permiten proteger su personalidad en relación con la obra, así como controlar la explotación de la misma por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocer(Chavarro, 2010).

El objeto de protección del derecho son las obras artísticas o literarias, entendidas como toda creación intelectual original de naturaleza artística o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida de cualquier forma-

Algunos ejemplos de obras son: Obras expresadas por escrito, obras musicales, pinturas, dibujos, esculturas, mapas, croquis, planos, audiovisuales, programas de

---

6 ARTICULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

<sup>7</sup> **Artículo 30. Medidas cautelares.** El Director de la Unidad Administrativa Especial –Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

- a) El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derecho de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos;
- b) Suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;
- c) La suspensión de la personería jurídica y de la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras.

computador (software), conferencias, obras de teatro, coreografías, obras de fotografía, compilaciones bases de datos, entre otras.

En Colombia a través de un análisis jurisprudencial se ha podido determinar que las acciones más utilizadas y concretas frente a las infracciones al derecho de autor son:

**2.1 Acciones penales:** su objetivo es reprimir las infracciones al derecho de autor. Su regulación se encuentra en el Código Penal, Título VIII, Capítulo Único, artículos 270 a 272.

**2.2 Acciones civiles:** los autores cuentan con una pluralidad de medidas civiles. El criterio para optar por uno u otro mecanismo judicial, varía y se determina por las especificidades de cada caso, las pretensiones en juego, y la afectación del derecho de autor, entre otros aspectos. A título enunciativo pueden señalarse:

1. **Procedimientos cautelares**<sup>8</sup>
2. **Procesos ejecutivos**<sup>9</sup>
3. **Procesos declarativos:** 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 (UNESCO, 2009).

### 3. DECLARACIÓN EXPRESA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Concretamente la declaración expresa de los derechos de autor, se encuentra dentro de la más valiosa pronunciación de La Comunidad Andina de Naciones, órgano de trascendencia transnacional, compuesto por Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia, la

---

<sup>8</sup>“Existen dos clases de procedimientos cautelares aplicables a los asuntos de derecho de autor: aquellos que se solicitan anunciando demanda, como en el caso de los artículos 244 y 246 de la Ley 23 de 1982, para el secuestro preventivo de toda obra, producción, edición y ejemplares o del producido de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares y del producido de la venta y alquiler de los espectáculos cinematográficos, teatrales, musicales y otros análogos. El evento del proceso cautelar sin demanda ocurre cuando se solicita la interdicción o suspensión de la obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes. (Artículo 245, Ley 23 de 1982)”.

<sup>9</sup>“Es posible formular procesos ejecutivos para el cumplimiento de una prestación relacionada con un acto o un hecho vinculados al derecho de autor o los derechos conexos.”

**Decisión 351 de 1993**, junto con la ley 23 de 1982 conforman el marco normativo de los derechos de autor en Colombia:

Derechos de los autores y titulares de derechos conexos

### **3.1 DERECHOS MORALES**

Conforme a:

- 1. Decisión Andina 351 de 1993<sup>10</sup>**
- 2. Conforme a la Ley 23 de 1982<sup>11</sup>**

### **3.2 DERECHOS PATRIMONIALES**

- 1. Conforme a la Decisión Andina 351 de 1993<sup>12</sup>**
- 2. Conforme a la Ley 23 de 1982<sup>13</sup>**

---

10 a. Conservar la obra inédita o divulgarla;  
b. Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,  
c. Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

11 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.  
b. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos;  
c. A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;  
d. A modificarla, antes o después de su publicación,

12 a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;  
b. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;  
c. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;  
d. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;  
e. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;  
f. La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;  
g. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

13 a. Reproducir la obra;  
b. Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra, y  
c. Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio”.

#### 4. LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

Conviene establecer qué se entiende por violación de los derechos de autor. De acuerdo al glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (voz 131, p.134) se expresa que la infracción (lesión) de los derechos de autor:

“...Es toda utilización no autorizada de una obra protegida por derecho de autor cuando la autorización para tal utilización es necesaria en virtud de una ley. La infracción del derecho de autor consiste característicamente en la propia utilización no autorizada (por ej. exposición, reproducción, representación o ejecución, o cualquiera otra transmisión o comunicación de una obra al público hechas sin permiso; la transmisión –distribución-, la exportación, la importación de ejemplares, de una obra, que no hayan sido autorizadas; el plagio; el uso de una obra derivada sin el consentimiento del autor, etc); en los países en que se concede la protección a los derechos morales, la infracción de los derechos de autor puede consistir también en la deformación de una obra, omisión de la mención de paternidad, etc.”

Sin embargo, debe aclararse que la mencionada definición de la OMPI se refiere mayormente a las violaciones de tipo patrimonial. A ella es preciso agregar las **infracciones morales**, que pueden producirse incluso habiendo autorización para la explotación de la obra, como sería, por ejemplo, el caso de un licenciatario que la publicara omitiendo el nombre del autor o realizando modificaciones sustanciales a espaldas del autor.

A continuación se presentan algunas:

##### 4.1 LA PIRATERIA:

La piratería de obras y productos culturales es la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción. Consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial, ilegal, de ejemplares (libros e

impresos en general, discos, casetes, etc) de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de las mismas, de programas de ordenador y de bancos de datos. La expresión “piratería” se utiliza también para denominar la representación, la reemisión y toda otra utilización no autorizada de una obra, de una emisión de radiodifusión, etc<sup>14</sup>.

En Colombia a través de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) se evidencian pronunciamientos en contra de “La Piratería”, a manera de ejemplo la Sentencia del 11 de marzo de 2003, Expediente 20008, en donde se condenó al infractor por la reproducción ilegal de mercancías con el logo de los Looney Tunes<sup>15</sup>. No obstante lo anterior, no es posible determinar el monto indemnizatorio por parte de ente sancionador, puesto que no se configuro incidente de reparación y no se hace mención alguna ante la jurisdicción civil para solicitar los daños y perjuicios, a pesar de ser solo un ejemplo, este caso es la regla general dentro de los fallos condenatorios por el delito de “Piratería”.

## 4.2 EL PLAGIO

El Glosario de la OMPI define 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..”. Delia Lipszyc señala que el plagio es el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor presentándolos como propios. En el Proceso N° 31403, la Sala de Casación penal<sup>16</sup>, condenó a la académica LUZ MARY GIRALDO DE

---

<sup>14</sup> LIPSYC, Delia. Violaciones a los derechos de autor y los derechos conexos-Sanciones civiles y penales. Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Jueces de Centroamérica y Panamá. San José, Costa rica. 1994.p.14

<sup>15</sup> Los hechos, ocurridos en Medellín, fueron declarados por el juzgador de la manera siguiente: “El Dr. Jaime Humberto Tobar Ordóñez, apoderado de la sociedad TIME WARNER ENTERTAINMENT COMPANY LP., por medio de denuncia escrita, expuso que la sociedad que representa había inscrito en la Oficina de Registro de Derechos de Autor de los Estados Unidos, las siguientes obras: DAFFY DUCK (Pato Lucas), TWEETY (Piolín), SYLVESTER (Silvestre), PORKY Y PETUNIA, TASMANIA DEVIL (El demonio de Tasmania), BUGS BUNNY, WILE E. COYOTE (El correcaminos), personajes que integran el elenco de los LOONEY TUNES, “Manifestó también en su denuncia, adjuntando pruebas para demostrarlo, que el 29 de mayo de 1997, mediante escrito y en nombre de la Compañía que representa se le informó al señor JOSÉ DARÍO VANEGAS RESTREPO, que las figuras o ilustraciones que estaba estampando en las prendas que comercializaba su sociedad, eran de propiedad de la sociedad TIME WARNER ENTERTAINMENT COMPANY LP

<sup>16</sup> Magistrado Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, Aprobado Acta No. 174.

JARAMILLO a la pena principal de 24 meses de prisión, multa de 5 s.m.l.m.v. y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual a la pena privativa de la libertad, como autora del delito de violación de los derechos morales de autor pues reprodujo apartes y párrafos de la tesis de grado de una de sus estudiantes, sin comillas ni precedidos de signo alguno que indicara a los lectores que las ideas se tomaban textualmente de autor diverso a quien firmaba el artículo. Una vez más es imposible determinar el monto indemnizatorio al que la víctima tendría derecho por la infracción cometida, puesto que solo se condena al infractor pero no se resarce el perjuicio moral.

#### **4.3 CONDENAS A LA ADMINISTRACION:**

Los tres casos se refieren a la violación de derechos de autor por parte de la administración postal. En el primero, se condenó a la Administración Postal Nacional por violar la Ley 23 de 1982 en su artículo 30, en relación con el trabajo ejecutado por los señores Luis Eduardo Cuartas Galvis y Ricardo Aurelio Bernal Morales, por el boceto, diseño y arte de una estampilla, ordenada por ella en el mes de abril de 1983, para la conmemoración de los doscientos años de la fundación del Colegio Compañía de María la Enseñanza. Así fue la condena:

Confirmase la sentencia de octubre 28 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con la sola modificación de que la condena no será la equivalente en pesos a doscientos gramos oro (200) sino de cuatrocientos (400) para cada uno de los demandantes.

La justificación de la reparación del daño moral dada por el Consejo de Estado resulta bien importante y sería deseable que se convirtiera en la guía de las reflexiones sobre la indemnización de este tipo de daños.

La Sala no comparte la condena hecha por el Tribunal, ya que la considera baja.

Doscientos gramos oro, en su equivalencia en pesos, no alcanza a ser un adecuado resarcimiento para el daño sufrido. Este puede considerarse restablecido con una condena equivalente a los 400 gramos oro para cada uno.

En el segundo, se trató de una emisión postal conmemorativa del centenario del nacimiento de Federico Lleras Acosta en la que se reprodujo, como motivo, parte del retrato pintado por el maestro Sergio Sierra Doval del profesor Lleras Acosta. Se demostró que ni la Administración Postal obtuvo ni solicitó autorización para reproducir dicha obra en las estampillas citadas.

Por concepto de perjuicios morales el equivalente a 500 gramos oro; equivalencia que certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo. Esta condena se entiende en concreto; y por concepto de perjuicios materiales, en abstracto, lo que se liquide en forma incidental (artículo 137 del C. de P.C.) y con sujeción a las pautas dadas en la parte motiva. Incidente que deberá formularse en el término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

En el tercer caso, similar a los anteriores, se condenó a ADPOSTAL por poner al servicio una emisión postal conmemorativa del centenario del nacimiento de Porfirio Barba Jacob en la que se reprodujo, sin la autorización del autor, una obra pintada por el señor George Franklin del poeta Porfirio Barba Jacob. La condena por daños fue impuesta así:

Condénese a la Administración Postal Nacional, Adpostal, a pagar a George J. Franklin, por concepto de los perjuicios que se le ocasionaron, actualizados hasta la fecha, la suma de diecisiete millones seiscientos noventa y un mil trescientos seis pesos (\$17.691.306.00) moneda corriente.

La Sala para efecto de liquidar la condena no valora el dictamen que obra a los folios 76 - 79 del C. 1, ya que sus estimativos resultan muy altos, pues al



hacerlos no se tuvo en cuenta, pese a ser de público conocimiento, que las estampillas no se venden el mismo día de su emisión e incluso que por regla general su colocación demanda largo tiempo.

Para obtener el quantum de la indemnización, se tendrá en cuenta que el valor del millón de estampillas emitidas fue de \$9.070.000.00 y que de ellos le correspondería al actor el 20%, es decir, \$1.814.000.00.

A falta de prueba en contrario, se parte de que las estampillas fueron vendidas en su totalidad entre la fecha de emisión y la de presentación de la demanda y en consecuencia se estima que desde esta última fecha el actor tenía derecho a recibir la suma así liquidada.

Respecto a esta decisión se extraña la condena por perjuicios morales (aunque ello puede ser imputable a la formulación de la demanda) y no se advierte qué motivó la benevolencia en el cálculo del daño material al calcular la reparación sólo a partir de la presentación de la demanda(Botero, 2010).

## **5. DESARROLLO DEL PROBLEMA**

### **5.1 La Doctrina de daños:**

Al respecto La doctrina clásica sobre derechos de daños ha desarrollado la idea de que la indemnización representa, en principio, una compensación que se otorga como consecuencia del perjuicio o daño sufrido por una persona sobre un derecho subjetivo, esto no solo en materia de derechos de autor sino en general de toda la teoría de la responsabilidad en Colombia. Dentro de la doctrina comparada Delia Lipszyc(Lipszyc) establece que “toda conducta antijurídica en infracción a los derechos de autor o derechos conexos causa per se un daño que debe ser reparado”. La autora dice que para el derecho común, a pesar de que medie una conducta antijurídica, puede darse el

caso que no exista responsabilidad civil resarcitoria. Por el contrario, afirma que en el caso del derecho de autor, el daño se genera por el sólo hecho de la infracción.

Entonces surgen dentro de este planteamiento 2 problemas fundamentales:

## **5.2 La identificación del Daño Emergente:**

Los juristas chilenos Rodriguez y Barros explican claramente que “El daño emergente constituye el detrimento patrimonial efectivo al tiempo de concretado el perjuicio que afecta a un sujeto determinado. El problema que se presenta al aplicar el daño emergente a los casos en que existe un perjuicio que afecte el derecho de autor, se relaciona con la necesidad de identificar elementos que permitan determinar cuál es el valor que constituye el daño emergente, en el caso que el perjuicio recaiga en un derecho patrimonial(Barros, 2006).

Enrique Barros logra una buena identificación de este conflicto. Este autor dice que, en los casos que se afecte a un derecho patrimonial, el daño emergente no se plantea de la misma forma que el perjuicio que se identifica en los bienes corporales.

“Esto se debe a que la obra intelectual no pierde valor intrínseco por su abusiva utilización por un tercero. La pérdida para el autor se puede producir, por ejemplo, cuando la divulgación imperfecta de la obra hace que su valor económico disminuya, como sería el caso de una obra musical que clandestinamente fuese difundida en una versión de técnica deplorable, que depreciara su valor económico”.

## **5.3 La identificación del Lucro Cesante:**

Pablo Rodríguez define el lucro cesante como la utilidad, provecho o beneficio económico que una persona deja de obtener como consecuencia del hecho ilícito. Una de las fórmulas que en general se utilizan para establecerlo, es considerar el monto

esperado y multiplicarlo por la probabilidad de que ocurra. En relación con lo anterior, Barros ha dicho que esta acción la puede ejercer el autor contra una persona que se encontraba de buena o mala fe, ya que su fundamento radica en el enriquecimiento sin causa.

El problema que surge al aplicar la noción doctrinaria de lucro cesante a los casos de perjuicios que afecten a un derecho patrimonial sobre derecho de autor, se basa principalmente en la dificultad de establecer criterios para la determinación de su valor en dinero. Así, es difícil que un juez deduzca cual debe ser el desarrollo ordinario de los acontecimientos que razonablemente hayan podido producirse, en el caso particular, con el objeto de determinar en monto del valor que se dejó de percibir por la explotación ilícita de una obra. Frente a éste problema, Barros propone que la valoración judicial del daño material deba justificarse sobre antecedentes del autor que la avalen. Por otro lado, propone como segunda herramienta para facilitar la determinación del lucro cesante, que éste sea probado a través de presunciones (Barros, 2006).

#### **5.4 La aplicación de la Responsabilidad Objetiva como posible medio de protección:**

De la observancia de ambos problemas referenciados, se determina que el sistema que debe primar frente a las infracciones al derecho de autor es el de la responsabilidad objetiva.

Para entender la relación de este sistema con la problemática del presente análisis se hará una referencia muy breve frente a las nociones básicas de la responsabilidad civil:

- **Conducta:** Entendido como todo hacer humano jurídicamente relevante, que puede darse por la acción u omisión de su comportamiento, esta conducta puede ser dolosa (conocimiento y voluntad) o culposa (obrar sin el debido cuidado, por ejemplo: Imprudencia).

- **Daño:** El daño es entendido como "la aminoración patrimonial sufrida por la víctima" bajo esta definición entendemos que el patrimonio está formado por bienes materiales e inmateriales, siendo daño, por ejemplo, tanto el lucro cesante como el moral o a la vida de relación(Henao, 1998).
- **Nexo Causal:** Que se configura como aquella circunstancia que entrelaza el origen del daño (Conducta) y el resultado lesivo cuyo resarcimiento se reclama.

Entonces tal y como lo propone el jurista Colombiano Luis Carlos Plata López mediante el presente escrito propongo la inversión de la carga de la prueba en materia de infracción a los derechos de autor, esto es, establecer una presunción legal de culpa a favor de la víctima y en contra del causante del daño.

En estos casos, la exoneración del deber de reparar el daño sólo podrá presentarse mediante la prueba de que éste interiorizó las externalidades generadas, asumiendo los costos de tomar las medidas necesarias para evitar que el daño se produjera. En otras palabras, mediante la prueba de ausencia de culpa o diligencia y cuidado. Esta situación ocurriría en todos los casos en que el autor hubiese acudido a la Oficina Nacional de Derechos de Autor con la finalidad de registrar su obra, o aun que por algún medio hubiese anunciado o noticiado la titularidad de la misma(Lopez, 2010).

Todo lo anterior puesto que al hablar de responsabilidad patrimonial por actos ilícitos cometidos en el ámbito de los derechos de autor, surge necesariamente como *quid* de la cuestión determinar el grado de aquella. En otras palabras, ¿se está ante una responsabilidad subjetiva u objetiva? Si se considera la primera postura forzosamente se tendría que demostrar no sólo el hecho generador del ilícito sino también el dolo o la culpa por parte del infractor. La posición acá expuesta es la de la responsabilidad objetiva, que por el solo hecho de la violación del derecho exclusivo del autor se produce un perjuicio susceptible de reparación, independientemente de que se pruebe o no el daño.

## 6. POSIBLES SOLUCIONES Y CONCLUSIONES

Si bien durante el desarrollo del presente artículo se han esbozado algunos criterios y observaciones frente al planteamiento de la indemnización por las infracciones cometidas en contra del derecho de autor, se propone como posible solución, elevar la problemática a la aplicación de instrumentos internacionales, como los que a continuación se hacen referencia:

### 6.1 La aplicación de los acuerdos ADPIC:

El Anexo **1C del GATT** (acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio), también conocido como ADPIC o TRIPs.

Sobre los derechos de propiedad intelectual, este instrumento internacional incluye unas normas sobre la indemnización de los perjuicios derivados de su infracción:

**Artículo 45:** Perjuicios **1.** Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora.**2.** Las autoridades judiciales estarán así mismo facultadas para ordenar al infractor que pague los gastos del titular del derecho, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. Cuando así proceda, los Miembros podrán facultar a las autoridades judiciales para que concedan reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento por perjuicios reconocidos previamente, aun cuando el infractor, no sabiéndolo o no teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora.

**Artículo 48:** Indemnización al demandado **1.** Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar a una parte a cuya instancia se hayan adoptado medidas y que haya abusado del procedimiento de observancia que indemnice adecuadamente a la parte a que se haya impuesto indebidamente una obligación o una restricción, por el daño sufrido a causa de tal abuso. Las autoridades judiciales estarán asimismo

facultadas para ordenar al demandante que pague los gastos del demandado, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes.

2. En relación con la administración de cualquier legislación relativa a la protección o a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, los Miembros eximirán tanto a las autoridades como a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras adecuadas sólo en el caso de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe para la administración de dicha legislación.

## **6.2 La regulación por parte del legislador para la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva en materia de derechos de Autor:**

Como conclusión también se puede señalar que la responsabilidad objetiva implica que se debe reparar el daño con base en el perjuicio que ha sido causado en forma efectiva a otro. Su imputabilidad material es atribuida a la actividad humana, no a la culpa. Al respecto se señalan dos posibilidades: (i) si se actúa con dolo, habrá responsabilidad por el hecho de proponer conscientemente la realización de la conducta frente a cualquier tipo de infracción; (ii) si actúa con culpa (aún la más mínima) ocasionando un daño, también habrá responsabilidad, pues en este caso basta con la simple infracción de la norma moral o legal, generando en ambos caso una indemnización a favor del autor.

Alessandri en su obra explica en forma muy clara la característica principal de la responsabilidad objetiva. Afirma, en efecto, que “La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad”<sup>17</sup>. Lo anterior en aras de invertir la carga de la prueba hacia la víctima

---

<sup>17</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.

(Autor) y derivarla en el infractor, este planteamiento permitiría disminuir costos en materia probatoria (peritos y consultorías e intervenciones de sociedades de gestión colectiva).

Hoy día, en Colombia claramente podemos evidenciar los beneficios de la aplicación de dicho régimen, tal y como se planteó en materia de competencia desleal<sup>18</sup> y más recientemente en la Ley 1333 de 2009 en donde se establece el proceso sancionatorio ambiental. En ambos ejemplos la reducción en las infracciones ha sido enorme en comparación con los sistemas de responsabilidad subjetiva utilizadas en años anteriores.

Para acentuar dicho planteamiento es menester ratificar que la responsabilidad objetiva, afirma que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo.

Lo relevante en materia de la indemnización por infracciones al derecho de autor debe ser que al momento de establecer una responsabilidad ser la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida (infracción) y el daño. No es necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente. De ese estudio NO depende que se indemnice o no el perjuicio. Para indemnizar el perjuicio solo bastara con demostrar la realización de una acción o la omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño, aras de proteger los intereses tutelados del derecho de autor.

De acuerdo a la Constitución Política de Colombia, se hace la invitación abierta por medio del presente artículo para que tal y como se establece al tenor del Artículo 88, el Legislador defina para el presente caso el régimen de responsabilidad civil objetiva frente a las infracciones a los derechos de autor, haciendo un llamado igualmente a todas y cada una de las instituciones encargadas en la materia para que contribuyan a la protección de los bienes inmateriales y la producción intelectual, a través de normatividad que obedezca a la coyuntura actual y no por el contrario, sigan basando nuestro sistema en normas del siglo pasado.

---

<sup>18</sup> Ley 256 de 1996

## Bibliografía

- Barros, P. R. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Juridica.
- Botero, L. F. (2010). la indemnización de perjuicios en las acciones de infracción a los derechos de propiedad intelectual frente a los retos de la globalización. *La propiedad Inmaterial*, 10-15.
- Chavarro, J. M. (2010). La Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ambito Penal. *Dirección Nacional de Derecho de Autor*, 8-10.
- Echaiz, F. M. (2000). Remuneraciones Devengadas en la Ley de Derechos de Autor Peruana. *II Curso Internacional de Postgrado en Derecho de Autor*, 12.
- García, R. Q. (2003). LA INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR Y EL ROL DE INDECOPI EN SU PREVENCIÓN. *Tesis (Dr.)--Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela de Post-Grado*.
- Henao, J. C. (1998). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. En J. C. Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (pág. 84). Santafe de Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, A. V. (2010). Manual de Derecho de Autor. *Dirección Nacional de Derecho de Autor*, 6-7.
- Lipszyc, D. (s.f.). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, 11.4, Pag: 573. UNESCO.
- Lopez, L. C. (2010). El concepto de conducta como elemento indispensable en la Responsabilidad Civil por Infracciones al Derecho de Autor. *REVISTA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL NORTE*, 1-20.
- UNESCO. (2009). *OBSERVATORIO MUNDIAL DE LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA*.