

# El concepto de *conducta* como elemento indispensable en la Responsabilidad Civil por Infracciones al Derecho de Autor\*

---

The concept of *behavior* as a necessary Civil Responsibility element due to Copy Right violation

Luis Carlos Plata López\*\*  
Universidad del Norte (Colombia)

---

\* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación "Derecho de Autor y Responsabilidad Civil, una mirada desde el AED", financiado por la Universidad del Norte y ejecutado entre 2006 y 2007.

\*\*Abogado Universidad Pontificia Bolivariana, Magíster en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia, docente investigador de tiempo completo en el Programa de Derecho de la Universidad del Norte, miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP) de la misma universidad. [lcplata@uninorte.edu.co](mailto:lcplata@uninorte.edu.co)

## Resumen

*El objetivo de este trabajo es profundizar en uno de los elementos centrales para la existencia del deber de indemnizar: el acontecimiento de una conducta que usurpe o vulnere alguna de las esferas protegidas por el derecho de autor; analizando, en primer lugar, si es requisito para la configuración de la misma la existencia del elemento subjetivo (culpa o dolo) o si, por el contrario, es posible predicar la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva en cuanto al tema de derecho de autor se refiere; además establecerá los requisitos de la conducta para que sea causante del deber de indemnizar.*

**Palabras clave:** Derecho de autor, responsabilidad civil, conducta, culpa, dolo.

## Abstract

*The aim of this study is to deepen into one of the key elements for the existence of civil liability in copyright, which is the event of a conduct which appropriates or violates any of the areas protected by copyright, analyzing first whether it is required to configure it.*

*It will also determine the existence of the subjective element (fault or intention), or if on the contrary, if it is possible to predicate the existence of a system of strict liability in the issue of copyright concerns, also it will be possible to set behavioral requirements to be causing that lead to the duty to indemnify.*

**Key words:** Copyright, civil liability, conduct, fault, intention.

*Fecha de recepción:* 25 de mayo de 2010

*Fecha de aceptación:* 2 de septiembre de 2010

## INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que la doctrina universal ha separado la responsabilidad originada por hechos ilícitos (responsabilidad extracontractual) de la que se origina por el desfallecimiento o infracción de los deberes surgidos de la voluntad de las partes (responsabilidad contractual), también se puede afirmar que se han identificado los elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad.

Efectivamente, si se acepta la posición según la cual la obligación de indemnizar encuentra su origen en el hecho ilícito, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual existen elementos comunes para identificar la ocurrencia del mismo, *ambas responsabilidades exigen una conducta del demandado; en algunas oportunidades esa conducta del demandado debe ser culposa, es necesario que haya un daño y que ese daño sea causado por la conducta del agente* (Tamayo Jaramillo, 2007).

El objetivo de este trabajo es profundizar en uno de los elementos centrales para la existencia del deber de indemnizar, éste es: el acontecimiento de una conducta que usurpe o vulnere alguna de las esferas protegidas por el derecho de autor; analizando, en primer lugar, si es requisito para la configuración de la misma la existencia del elemento subjetivo (culpa o dolo) o si, por el contrario, es posible predicar la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva en cuanto al tema de derecho de autor se refiere.

En segundo lugar se presenta una teoría general, que sea predicable tanto de la responsabilidad contractual como de la extracontractual, en la cual se identifiquen los requisitos que debe reunir la conducta para entender que ésta puede ser considerada como atentatoria contra el derecho de autor; estos requisitos son: a. Que la conducta atente contra una obra protegida por el derecho de autor, b. Que la conducta afecte de manera ilegítima o usurpatoria derechos patrimoniales o morales de autor, C. Que no haya expirado el término de protección de los derechos patrimoniales, D. Que la conducta no

esté amparada bajo alguno de los supuestos de excepciones o limitaciones al derecho de autor.

Finalmente, el artículo se ocupará de las más comunes y dañinas conductas usurpatorias del derecho de autor, a saber: el uso o la comunicación pública de obras sin el pago de los respectivos derechos, infracciones al derecho de autor en internet y la piratería.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN**

Las discusiones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor (Plata, 2008), las dificultades para la valoración del daño producido por infracción a los mismos y sus importantes diferencias con la propiedad común hacen necesaria la definición de unos perfiles propios de la responsabilidad civil por las conductas ilícitas que afecten dichas atribuciones tanto en la esfera patrimonial como extra patrimonial.

Por lo tanto, este artículo responderá fundamentalmente al siguiente interrogante: ¿qué características especiales debe reunir una conducta para que pueda ser considerada como jurídicamente relevante para generar responsabilidad civil por la infracción a los derechos de autor?

## **PRESENTACIÓN DE RESULTADOS**

### **a. El concepto de Conducta y la necesidad de un elemento Subjetivo**

No podrá predicarse la existencia de responsabilidad alguna en ausencia de una conducta humana, más precisamente, una conducta del sujeto a quien se atribuye la causación del daño.

Ahora, la conducta puede revestir dos formas de manifestación: bien sea *por acción*, esto es, cuando el agente despliega alguna actividad física de la cual se desprende la producción del daño, o por

*omisión*, cuando la inactividad o quietud del agente, en presencia de un deber legal o contractual de actuar, genera de forma directa el daño que se pretende reparar.

En el campo de las infracciones al derecho de autor, al igual que ocurre en la teoría general, la conducta puede ocurrir tanto por acción como por omisión, y vale la pena plantear de entrada que para que la conducta sea considerada como violatoria o atentatoria del derecho de autor debe recaer sobre el derecho mismo, o más bien, sobre el objeto de protección de éste.

De igual manera, cabe afirmar que los derechos morales son susceptibles de ser afectados por conductas tanto activas como omisivas, y que estas conductas por igual pueden generar responsabilidad contractual y extracontractual.

A título de ejemplo y sin entrar en detalle puede considerarse la infracción al derecho moral de divulgación, tanto por acción como por omisión.

Si un tercero da a conocer al público por primera vez una obra sin la debida autorización del autor, esta conducta, así desplegada, consistirá en una infracción por vía de acción al derecho moral de divulgación y originará, según las precisiones que se harán más adelante, el deber de indemnizar los daños causados al titular del derecho con esta conducta.

De igual manera, según un sector de la doctrina (Martínez Espín, 1996) también puede presentarse una infracción por omisión al derecho de divulgación cuando la comunicación pública de la obra por vez primera, con ocasión de un contrato, corresponde al editor o realizador, pero éste, habiendo dado su acuerdo sobre la versión definitiva, se niega a que ésta sea presentada al público, sin importar cuáles sean sus motivos.

Por otra parte, en los derechos de explotación económica no parece tan clara la idea de que éstos puedan ser vulnerados por conductas pasivas u omisivas, sino que, por el contrario, se requiere el despliegue de una actividad física del infractor para configurar la ocurrencia de la conducta como elemento de responsabilidad.

Podría pensarse en el campo de las obligaciones derivadas de un contrato de edición por medio del cual el editor se comprometa a reproducir cierta cantidad de ejemplares y no lo hace. Esta omisión, acogiendo el planteamiento de Martínez Espín (1996), no puede configurar más que un simple incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales pero nunca una infracción del derecho patrimonial de reproducción.

*Para este autor constituye una infracción al derecho de autor toda explotación ilícita que se extiende más allá de los derechos concedidos; es decir, toda extralimitación en sus diferentes formas: explotación en la modalidad convenida y explotación en la modalidad diferente a la autorizada.*

Como primera conclusión se puede afirmar que el derecho de autor en su esfera moral o personal puede ser vulnerado tanto por acción como por omisión; en cambio, en la esfera patrimonial, o atinente a los derechos de explotación económica, éstos solamente pueden ser vulnerados por conductas activas o que impliquen el despliegue de una actividad física.

### **b. Los elementos subjetivos de la conducta: culpa y dolo**

Teniendo claridad acerca de la exigencia de la ocurrencia de la conducta para que sea viable la imputación de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, queda preguntarse si esta conducta debe estar acompañada de un elemento subjetivo, culpa o dolo, para que pueda ser una conducta apta para generar tal efecto.

En el universo jurídico se ha planteado como principio general la exigencia de culpa o dolo para que surja el deber de indemnizar el daño causado; sin embargo, se plantean cada vez más excepciones a este principio en los casos de responsabilidad objetiva, fundados, principalmente, en la llamada *teoría del riesgo*.

La responsabilidad subjetiva o con culpa parte de una concepción humanista del derecho basada en la libertad del hombre para elegir sus comportamientos y el deber de responder por las consecuencias derivadas de los mismos.

Existe un fundamento económico para privilegiar la responsabilidad subjetiva, esto es, la responsabilidad con culpa. Y es que entrar de lleno en el mundo de la responsabilidad objetiva implicaría que los ciudadanos no tuvieran incentivos para tomar riesgos, y en ausencia de este incentivo, la quietud y la inactividad serían la respuesta ante el temor de tener que afrontar indemnizaciones por cualquier daño ocasionado, aun en ausencia de negligencia, descuido y en general de culpa.

La función de la responsabilidad es prevenir los daños, más que repararlos, sin embargo, y en este sentido, es dable pensar que el sistema de responsabilidad objetiva responde mejor a este fin que el de responsabilidad subjetiva, pues en este sistema es posible que algunos daños no sean reparados por ausencia del elemento subjetivo en la conducta del causante (LA CULPA): *Este principio [el de precaución] conduce a considerar como culpable al individuo que en presencia de una incertidumbre que crea el riesgo de causar daño a otros [...] no ha adoptado las medidas para evitarlos* (Le Tourneau, 2003).

Al otro extremo de las concepciones se encuentran quienes insisten en que *la Ley, desviándose del principio de la culpa, obliga a responder de los daños causados sin incurrir en ella, sin que el responsable se pueda eximir por ninguna prueba de descargo* (Von Tuhr, 2007).

Para los partidarios de la llamada teoría del riesgo, aquel que realiza una actividad que implica un riesgo para otro, y que correlativamente trae un beneficio para el agente de la conducta, está obligado a resarcir los daños así causados, sin necesidad de probar en su contra culpa alguna.

Para la generalidad de la doctrina, nuestro régimen general de responsabilidad civil es un régimen de responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa; así las cosas, los casos de responsabilidad objetiva deben ser especialmente consagrados en la ley. *Los regímenes especiales instaurados por ley descartan normalmente en su ámbito los regímenes del derecho común (de los artículos 1832 y siguientes<sup>1</sup>). La ley especial debe aplicarse en toda su extensión a las situaciones que regula; la ley general vendrá a completar solamente si existen lagunas (Le Tourneau, 2003).*

En el caso de la responsabilidad civil por infracción a los derechos de autor cabe entonces la pregunta si ésta se regula por las normas generales de responsabilidad subjetiva o si, por el contrario, existe para ella un régimen especial de responsabilidad por riesgo.

Si se aplicara el principio enunciado por Le Tourneau, se debería afirmar que en los supuestos de responsabilidad extracontractual se regulan por el régimen común, debido a la ausencia de normas expresas sobre el tema y la remisión expresa a las normas generales hechas en la misma Ley 23 de 1982.

En el caso de la responsabilidad contractual se debe indagar si la regulación existente en cuanto a las modalidades cesión y transferencia de los derechos patrimoniales de autor es suficiente para estructurar unos principios de reparación basados en responsabilidad

---

<sup>1</sup> Art. 2341 y siguientes del Código Civil colombiano; para el caso de la responsabilidad extracontractual, Art. 1602 y siguientes para el caso de la responsabilidad contractual.

objetiva o si también será necesario acudir a las normas generales con fines de complementarla o adicionarla.

Aunque parece claro que a la luz de las disposiciones vigentes el régimen colombiano de responsabilidad por infracciones al derecho de autor consagra un sistema de responsabilidad por culpa, además culpa probada, según el cual le correspondería al autor o al titular de los derechos patrimoniales la carga de probar no sólo la conducta sino también que ésta ha sido cometida con culpa.

Es posible afirmar que en el campo de la responsabilidad extracontractual es dado aplicar el principio general de la responsabilidad con culpa probada, esto es, la exigencia que se hace al demandante, para obtener una decisión a su favor, de probar la vulneración del derecho de autor con dolo, esto es, a sabiendas de estar atentando contra un derecho legítimamente reconocido, tenga o no la intención de causar un daño; o culpa, esto es, con un actuar negligente, imprudente o descuidado. En consecuencia, el causante del daño no será sancionado si el demandante no logra la prueba del ya citado elemento subjetivo.

Sin embargo, hay una situación en la cual sería posible proponer la inversión de la carga de la prueba de la diligencia, 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 (Cooter & Ulen, 1998). 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.

Existen otras concepciones según las cuales es simplemente ilícita toda utilización de una obra que se haga sin el consentimiento del autor, independientemente de la existencia de culpa o dolo, y por ende, corresponderá al infractor la carga de probar las causales de exclusión de responsabilidad; en este caso no serán suficientes las medidas adecuadas de diligencia y cuidado, sino que deberá haber una ruptura del nexo causal a través de la prueba de causa extraña (Antequera, 2009).

### **c. Presupuestos para que la Conducta sea considerada como violatoria del Derecho de Autor**

Queda claro que no puede predicarse la responsabilidad civil sin que de por medio exista una conducta activa o pasiva de aquel de quien se predica es causante del daño, y que dicha conducta, en principio, debe ser cualificada con un elemento subjetivo, es decir, la conducta debe ser o bien culposa a título de dolo o culposa a título de culpa.

Aun así, no puede afirmarse que todas las conductas que en apariencia generen un daño al titular del derecho de autor son susceptibles de ser sancionadas con la obligación de indemnizar. *Para prevalecer en un juicio, el demandante de una infracción, debe probar, primero, que el demandado realice una copia de la obra del demandante, y segundo, que esta es una copia no permitida porque constituye una apropiación indebida*<sup>2</sup> (Schechter & Thomas, 2003).

#### ***- La Conducta debe atentar contra una obra protegida por el Derecho de Autor***

Por “obra” debe entenderse *un producto del ingenio humano, que tenga la nota de originalidad y cuya tutela comienza una vez se ha exteriorizado, sin necesidad del cumplimiento de formalidad alguna* (Salvo, 1997).

---

<sup>2</sup> “in order to prevail, an infringement plaintiff must prove, first, that the defendant actually did copy plaintiff’s work, an second, that this copying was impermissible because it constitutes improper appropriation”.

Más allá de que no es la intención de este artículo volver sobre el concepto de "obra", sí es importante hacer referencia de las excepciones contenidas en la legislación acerca de cuáles creaciones no son susceptibles de protección por el derecho de autor y, por lo tanto, las conductas de explotación de los mismos no implican infracción a dichos derechos por inexistencia de los mismos.

En el artículo 4 de la Decisión Andina 351 se establece que no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

Entonces, si, por ejemplo, un investigador divulga mediante la publicación de un artículo científico un descubrimiento importante — por ejemplo, un novedoso tratamiento contra una grave enfermedad —, todo aquel que tenga acceso al artículo podrá implementar el tratamiento, pues éste no se encuentra protegido por las normas de derecho de autor, más allá de que pueda protegerse por las normas de propiedad industrial.<sup>3</sup>

Tampoco podrá constituir una conducta ilegítima contra el derecho de autor la de el estudiante de finanzas que se hace rico usando el método incorporado en un libro o la de la adolescente que entristecida por una decepción amorosa se refugia en las técnicas de meditación de un texto ligero de autoayuda.

El derecho de autor *no protege un derecho genérico de creación artística sino que la protección va ligada a una obra concreta* (Martínez Espín, 1996).

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, mediante una patente de invención o procedimiento.

**- Que la Conducta afecte de manera ilegítima Derechos Patrimoniales o Morales de Autor**

El derecho de autor está protegido desde diversos ámbitos normativos, entre ellos el penal<sup>4</sup>, en el que se consagran conductas que el legislador ha elevado a la categoría de delito por su relevancia y grado de afectación al interés socialmente protegido que va inscrito en el derecho de autor, y el ámbito civil, que implica el derecho que tienen los titulares de las diferentes facultades concedidas por el derecho de autor de reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados en virtud de una conducta que atente contra las mismas.

Queda en el ambiente la duda respecto a si existe o no un listado de conductas que se puedan considerar como infracciones del derecho de autor, tanto en su esfera moral como patrimonial; en otras palabras, si el principio de tipicidad, que es desarrollo del de legalidad, está consagrado tanto en materia de responsabilidad penal como de responsabilidad civil.

Es importante enfatizar que existen múltiples diferencias en los principios que gobiernan ambos tipos de responsabilidad, pero tal vez la más importante de ellas es la que atañe al objeto de protección de las mismas; mientras la responsabilidad penal se fundamenta en el deber del Estado de proteger el interés común, el bienestar colectivo, la responsabilidad civil, busca proteger un interés particular, esto es, el patrimonio privado del afectado con la conducta dañina (Tamayo Jaramillo, 2007).

Es por esto que tratándose de las conductas penalmente relevantes que atenten contra el derecho de autor, bien sea en su aspecto moral o patrimonial, éstas deben estar expresamente consagradas como delitos en la legislación penal; esto es en razón de que como afirma Ledesma (1992): *Una conducta ilícita no sólo agrieta la esfera del derecho intelectual de autor en su aspecto moral y patrimonial, sino que también afecta la cultura de la comunidad.*

---

<sup>4</sup> Artículos 270, 271 y 272 del Código Penal.

Es unánime la doctrina, tanto nacional como internacional, en afirmar que aunque existen en algunas legislaciones listados exhaustivos de las conductas que configuran una explotación indebida, *civilmente es preferible prescindir de esta casuística, que normalmente es incompleta y redundante* (Bercovitz, 2003).

Dicha afirmación encuentra sustento en el hecho de que los derechos patrimoniales no están sujetos a un elenco predeterminado e invariable y abarcan todas las modalidades de explotación de la obra, las conocidas e incluso las que lleguen a desarrollarse en virtud de los nuevos desarrollos tecnológicos; es por esto que

siendo necesario determinar como presupuesto previo de toda hipótesis de responsabilidad la existencia de un derecho, es menester tener muy presente que las enunciaciones contenidas en textos normativos no tienen naturaleza taxativa. Así mismo, en lo relativo a las infracciones también debe tenerse presente que las conductas descriptas (sic) deben ser interpretadas dentro del contexto del derecho autoral (Salvo, 1997).

Es oportuno entonces concluir que para que exista responsabilidad penal, la conducta debe estar necesariamente tipificada como delito en la legislación; en cambio, para predicar la existencia de responsabilidad civil no se requiere que la conducta se encuentre descrita en la Ley.

Sin embargo, es bueno conceptuar algunas conductas particulares que constituyen infracción tanto a los derechos patrimoniales como morales de autor.

#### • Conductas que atentan contra el derecho patrimonial de autor

El concepto de lesión de un derecho patrimonial *es equivalente al de explotación usurpatoria de un derecho inmaterial absoluto, y se produce cuando un sujeto, contratante o no, se apropia de una facultad de la que no es titular o se extralimita en el ejercicio de los derechos cedidos* (Martínez Espín, 1996).

De este concepto se pueden extraer importantes consideraciones en cuanto a las conductas que atentan contra los derechos patrimoniales de autor.

En primera medida, se debe recalcar que ésta debe ser una explotación, esto es, una actividad que tenga como fin la obtención de una utilidad o beneficio con la conducta desplegada, aunque dicho fin no se consiga, por ejemplo, porque el titular del derecho hace uso de las medidas preventivas.

De otro lado, dicha explotación debe ser usurpatoria, esto es, sin consentimiento o aquiescencia del titular de dichas facultades de explotación, pues en el caso contrario se estaría frente a una explotación lícita o legítima.

Como bien se ha dicho, las formas de explotación de una obra son tantas como los avances de la ciencia y la tecnología lo permitan, sin embargo, es importante hacer referencia a las que se considera pueden dar una idea general del concepto.

***Facultad de Reproducción:*** Se entiende por “reproducción” la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento<sup>5</sup>.

La Dirección Nacional de Derechos de Autor ha manifestado que *bajo este entendido, siempre que se pretenda realizar la reproducción de una obra, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación al público o la obtención de copias, se requiere de manera previa y expresa la autorización de su titular de derechos patrimoniales*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Decisión 351 CAN, Artículo 14.

<sup>6</sup> Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 2-2007-2473, de marzo de 2007.

Respecto a la facultad de reproducción, aunque frecuentemente está ligada a la de distribución y comunicación, es completamente independiente de éstas, y puede ser objeto exclusivo de cesión sin estar atada a ningún otro atributo.

Cualquier procedimiento de reproducción afecta el derecho exclusivo, bien sea manual, mecánico o digital, sin embargo, *en el caso en que los procedimientos no sean puramente mecánicos, en los que la ejecución de la copia tenga carácter creativo [...] el supuesto empieza a compartir algunas características con el derecho de transformación* (Bercovitz, 2003).

***Facultad de Comunicación Pública:*** Se entiende por “comunicación pública” todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas<sup>7</sup>.

La comunicación se considera pública, independientemente de sus fines, cuando tiene lugar en un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de éste, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (Lipszyc, 1993).

***Facultad de Distribución:*** Se entiende por “distribución” el ofrecimiento de ejemplares de una obra al público en general o parte de él, principalmente a través de los canales comerciales adecuados<sup>8</sup>; sin importar si se hace a título de venta, alquiler, préstamo o de cualquier otro modo.

En consecuencia, la persona natural o jurídica que pretenda por medio de la venta o alquiler distribuir una obra o sus ejemplares será

---

<sup>7</sup> CAN, Art. 15.

<sup>8</sup> Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ginebra, 1982, voz 82.

responsable de acreditar la consabida autorización proferida por el titular del derecho sobre la misma.

La persona que pretenda comercializar en Colombia obras protegidas por el derecho de autor, sin importar la naturaleza de éstas, deberá contar con la previa y expresa autorización del titular de derechos sobre la misma, pues de lo contrario tal conducta podría ser tipificada como delito con las sanciones penales respectivas, sin descontar la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para reclamar las indemnizaciones correspondientes.

***Facultad de Transformación:*** El derecho de Transformación es el derecho exclusivo a modificar o transformar una obra, adquiriendo así la titularidad de la obra derivada o compuesta resultante de dicha transformación.

#### • **Conductas que atentan contra el derecho moral de autor**

Los actos que atentan contra la dimensión moral o subjetiva no requieren un ánimo o intención de lucro, puesto que éstos no afectan el patrimonio del autor sino su personalidad misma, en cuanto vulneran la relación personal que ata al autor con su creación.

Procede entonces examinar el contenido de las atribuciones o derecho moral de autor para establecer con claridad cuáles son las conductas que atentan contra los mismos.

En la legislación vigente, la decisión 351 de la CAN<sup>9</sup> reconoce como derechos morales de autor el de divulgación, el de paternidad y el de integridad, sin embargo, también deja abierta la posibilidad para

---

<sup>9</sup> CAN, artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a. Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b. Revindicar 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.

que las legislaciones internas de los países miembros reconozcan otros derechos diferentes<sup>10</sup>.

La Ley de derecho de autor colombiana reconoce otros derechos adicionales, como el derecho al anonimato, el de modificación y el de retracto<sup>11</sup>.

***Derecho de Divulgación:*** Consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad (Lipszyc, 1993).

Es un derecho primario, en el sentido en que precede a los restantes derechos morales y, sobre todo, a los patrimoniales, siendo un presupuesto para el ejercicio lícito de los mismos (Martínez Espín, 1996).

Este autor coincide con Bercovitz cuando afirma que la divulgación aparece como la primera manifestación del derecho moral, porque antes de declarar la paternidad o el respeto de la obra, se encuentra la vocación lógica de toda obra: su conocimiento al público (Bercovitz, 2003).

Para que pueda entenderse que una obra ha sido divulgada de forma que vulnere la esfera moral del derecho de autor debe entender-

---

<sup>10</sup> CAN, artículo 12.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral.

<sup>11</sup> Ley 23 de 1982, artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

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

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

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

D. A modificarla, antes o después de su publicación;

E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.

se que ésta ha sido dada a conocer al público mediante una expresión material o física, que dicha comunicación haya sido la primera vez que la obra se dé a conocer y que ésta se haya hecho sin consentimiento del autor.

***Derecho de Paternidad:*** El derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra; en virtud de éste, el autor tiene derecho de identificarse con el signo distintivo que prefiera, su nombre de pila, un nombre abreviado, un seudónimo o nombre artístico o incluso de mantener su identidad oculta como anónimo.

En los casos de cesión de los derechos patrimoniales, el cesionario tendrá dos tipos de obligaciones en relación con el derecho de paternidad; de un lado, una obligación positiva o de “hacer”, consistente en publicar la obra mencionando en cada ejemplar o representación y en la publicidad de la obra el nombre, firma o signo del autor (Martínez Espín, 1996). El incumplimiento de este deber por parte del cesionario generaría responsabilidad por omisión.

De entenderse la vertiente negativa del derecho de paternidad, que implica un deber de abstención o una obligación de “no hacer”, que se refiere a la obligación de no revelar la identidad del autor que divulga su obra bajo un seudónimo o como anónimo.

A este respecto vale la pena anotar que el deber de respetar el derecho de paternidad, en el caso de cesión de los derechos patrimoniales constituye una obligación de resultado; por lo tanto, el incumplimiento de la misma generará indefectiblemente el deber de indemnizar los perjuicios causados, sin que le sea dado al demandado exonerarse mediante la prueba de diligencia y cuidado.

Puede entonces afirmarse que la responsabilidad contractual derivada de la infracción al deber de respetar el derecho de paternidad es un tipo de responsabilidad objetiva, o responsabilidad sin culpa, en virtud del cual, comprobada la conducta, el daño y nexo de cau-

salidad entre ambos, poco importa si el daño se ocasiono por culpa o negligencia del infractor.

En este caso, la prueba de diligencia y cuidado exoneraría al infractor de indemnizar los perjuicios causados, pero no del cumplimiento de la obligación principal; sin embargo, siguiendo el precepto del artículo 1510 del Código Civil, en los casos en que la obligación principal no pueda ser cumplida, como en el evento de las obligaciones de no hacer, la víctima debe ser compensada con una indemnización sustitutiva.

Ahora, es importante recordar que la infracción al derecho de paternidad no se limita a la esfera de la responsabilidad contractual; éste también puede vulnerarse en ausencia de cesión de los derechos patrimoniales; sin embargo, es importante diferenciar este supuesto del concepto de plagio, pues éste constituye *una conducta mixta de reproducción o transformación in consentida (sic) y de negación del derecho de paternidad* (Bercovitz, 2003).

***Derecho de Integridad:*** La norma comunitaria andina define el "derecho de integridad" como la facultad de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

*El derecho moral a la integridad tiene por objeto la protección de la obra en la misma forma y sustancia elegida por el autor, incluso después de haberla vendido, o de haber autorizado su explotación, exhibición pública o custodia* (Martínez Espín, 1996).

A este respecto puede decirse que la violación al derecho de integridad puede generarse bien sea porque se afecte o deteriore el soporte físico de la obra o bien porque materialmente se altere o modifique el contenido de la misma.

En el primer caso, vale la pena mencionar un caso de la jurisprudencia española, en el cual el demandante (un pintor) reclamaba una indemnización de perjuicios debido a que el soporte material de sus obras (los marcos de los cuadros) se habían deteriorado en poder de una entidad religiosa a la cual le había cedido temporalmente y a título gratuito el derecho de exhibición sobre los mismos.

En este caso sentenció el Tribunal Supremo que

la Sala sienta la conclusión de la realidad concurrente, de haber sufrido el promotor del presente recurso de casación, no sólo daños materiales en los cuadros que prestó al Patronato para su muestra pública, sino también daños de índole moral, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística, al ver mermada la integridad de sus pinturas, por consecuencia de los desperfectos y minoraciones que las afectan, ya que de tal manera se le causó una grave lesión espiritual, que no puede dejarse de lado y menos marginarla, en la ocasión de este proceso y que, consecuentemente, si bien son de difícil reparación, sí susceptibles de aminoración, mediante compensaciones indemnizatorias<sup>12</sup>. (El resaltado no es del texto original).

Todo esto para finalmente concluir que en razón de lo expuesto era dable condenar a los demandados a sufragar una indemnización de los perjuicios morales por valor de un millón de pesetas.

Sin embargo, con posterioridad a este fallo, el Tribunal Supremo, en sentencia 1086 de noviembre de 2006, resolvió un caso de un arquitecto que intentaba una indemnización por daño moral derivado de la modificación de un puente por él diseñado llevada a cabo por la municipalidad de La Coruña.

Argumentó el Tribunal que el derecho moral de integridad estaba subordinado al interés general y que en este caso la modificación del puente (obra arquitectónica protegida por el derecho de autor)

---

<sup>12</sup> RJA 4407; CCJC, 1996, STS 3.6.1991.

tenía por objeto garantizar la movilidad de un número importante de habitantes de dicha comunidad.

Respecto a la violación del derecho de integridad por modificación o alteración del contenido material de la obra, existe en la jurisprudencia nacional una sentencia de unificación de la Corte Constitucional, en la cual revisa los fallos de tutela proferidos en contra de un escritor en los que se le obliga a modificar los nombres y algunos hechos de su obra por una supuesta afectación al buen nombre de unas personas.

Sin embargo, en sede de revisión la Corte Constitucional sostuvo que

se equivocaron los juzgadores de instancia al disponer el cambio de los nombres de las personas que aparecen mencionadas y descritas en el libro y al ordenar las rectificaciones a las informaciones contenidas en la obra que, además, implicaban la alteración de su entorno narrativo, y una afrenta a los derechos y a la creación intelectual del actor<sup>13</sup>.

Y dicha equivocación la atribuye a un desconocimiento del derecho moral de integridad en los siguientes términos:

Lo anterior encuentra respaldo igualmente en los artículos 1, 3, 8 y 30 de la Ley 23 de 1982, disposiciones que en desarrollo de los preceptos constitucionales enunciados, reconocen a los autores de obras literarias y científicas, diferentes derechos, entre otros, el de poder oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de las mismas, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o impliquen demérito de la obra, y de demandar la correspondiente reparación de perjuicios. De este modo, se aspira a salvaguardar el derecho a la integridad de la obra, a que se conserven los elementos esenciales y a que ninguna persona

---

<sup>13</sup> Sentencia SU - 056 de 1995. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

o autoridad, ya deliberadamente o por falta de comprensión, altere su contenido<sup>14</sup>.

De este fallo debe surgir indudablemente la siguiente pregunta: ¿Sería posible demandar al Estado por falla en la administración de justicia y reclamar la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por la infracción o violación del derecho de paternidad?

A primera vista, la respuesta pareciera positiva, toda vez que en virtud de los fallos de instancia el autor no sólo debió retirar del mercado los ejemplares que se encontraban en distribución, y además invertir en nuevas ediciones que contuvieran las correcciones ordenadas, lo cual *a priori* se puede clasificar como lucro cesante y daño emergente, sino que personalmente hubo de padecer el ver modificada y transformada su obra primigenia, además de la disminución de su buen nombre y credibilidad, perjuicios éstos de índole extrapatrimonial que en todo caso deben ser indemnizados.

***Derecho de retracto o de arrepentimiento:*** Con respecto a una obra determinada, consiste en la facultad de retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada, *cuando ya no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales* (Lipszyc, 1993), previa indemnización de daños a los titulares del derecho de explotación.

Nótese como se exigen unos motivos calificados para garantizar al autor el derecho de retracto, por tanto *debemos señalar que los cambios en las convicciones morales no pueden ser objeto de fiscalización por parte de la autoridad judicial, quien debe limitarse a comprobar que los intereses que laten tras la decisión del autor son de orden moral y no económico* (Bercovitz, 2003).

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra, deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias<sup>15</sup>.

El derecho moral de arrepentimiento puede afectarse si después de que el autor ha usado esta facultad, un tercero vinculado o no al autor contractualmente divulgue la obra en contra de su voluntad o se niegue a retirarla de circulación.

En estas infracciones sería difícil pensar en perjuicios materiales a título de lucro cesante, pues efectivamente es esa la intención del autor al sacar del mercado su obra, por lo tanto no habría lugar a perjuicios materiales, por lo menos a la luz de la Ley 44 de 1993, pues ésta estima los perjuicios materiales por el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación; a diferencia de otras<sup>16</sup> que también incluyen el valor recibido por el infractor.

*- Que no haya expirado el término de Protección de los  
Derechos, esto es, que la obra no se encuentre en el  
Dominio Público*

Como se ha dicho reiteradamente, “a través de la protección que el derecho concede al autor se promociona la cultura, propiciando la creación de obras, así como su difusión, propiciando así el enriquecimiento del acervo cultural de la sociedad. Se trata de asegurar que quien cree y divulgue una obra tendrá derecho de exclusiva sobre su explotación durante un periodo de tiempo, transcurrido el cual, la obra pasará al dominio público, será de todos, podrá ser libremente explotada por todos, sin perjuicio del respeto debido a su integridad y al reconocimiento de su autoría (Bercovitz, 2003).

<sup>15</sup> España, Ley de Propiedad Intelectual, artículo 14.

<sup>16</sup> España y Uruguay, por ejemplo.

La Constitución reitera la necesidad de limitar en el tiempo la protección del derecho de autor cuando afirma que la propiedad intelectual se protegerá por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley<sup>17</sup>; con lo cual, una vez expirado el término de protección del derecho de explotación de la obra, ésta pasa a ser del dominio público y, por ende, cualquiera podrá beneficiarse de ella.

Sin embargo, es importante diferenciar el término de duración del derecho de autor en el ámbito patrimonial y en cuanto al derecho moral.

#### • Duración del derecho moral de autor

La totalidad de los tratadistas consideran que las características fundamentales del derecho moral de autor es que éste es un derecho imprescriptible, inalienable, irrenunciable y perpetuo, por lo que en principio podría pensarse que el derecho de autor en su vertiente personal o subjetiva carece de limitación en el tiempo.

El artículo 11 de la Decisión Andina 351 preceptúa que a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo de duración de los derechos patrimoniales. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

A su vez, la Ley de Derecho de Autor colombiana<sup>18</sup> ordena que a la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad. Y posteriormente complementa diciendo que la defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan

---

<sup>17</sup> Constitución Política, Art. 61.

<sup>18</sup> Ley 23 de 1982, artículo 30.

titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.

### • Duración del derecho patrimonial

En este sentido, la norma general es que el derecho de autor se protege como propiedad transferible durante un periodo de tiempo equivalente a la vida del autor y ochenta años más.<sup>19</sup> En caso de colaboración debidamente establecida, el término de ochenta años se contará desde la muerte del último coautor<sup>20</sup>.

Las obras anónimas serán protegidas por el plazo de ochenta años a partir de la fecha de su publicación y a favor del editor; si el autor revelare su identidad, el plazo de protección será a favor de éste<sup>21</sup>.

#### *- Que la conducta no esté amparada bajo alguno de los supuestos de Excepciones o Limitaciones al Derecho de Autor*

Si bien es cierto que el derecho de autor concede un privilegio temporal de exclusividad al titular del mismo para la explotación económica de la creación objeto de protección, con el fin de garantizar una retribución por el esfuerzo y los recursos desplegados en la realización del trabajo creativo, también es cierto que la legislación consagra excepciones y limitaciones al mismo con la finalidad de asegurar a la sociedad el acceso a dichas obras con fines tales como educación, información o conservación, siempre y cuando estas actividades sean sin ánimo de lucro.

Las excepciones al derecho de autor están orientadas por tres principios básicos: el primero es que éstas sólo pueden aplicarse una vez se ha divulgado la obra, puesto que es a partir de este momento que surgen los derechos patrimoniales; el segundo es que éstas se

---

<sup>19</sup> Ley 23 de 1982, artículo 11 y 21.

<sup>20</sup> *Ibid.*, artículo 21.

<sup>21</sup> *Ibid.*, artículo 25.

limitan única y exclusivamente a las establecidas en la Ley de forma taxativa; y tercero, el llamado regla de los tras pasos, según el cual estas limitaciones deben reunir los siguientes requisitos<sup>22</sup>: que se trate de casos especiales, que con su aplicación no se atente contra la explotación normal de la obra y que con ella no se cause un perjuicio (Rodríguez, 2004).

La diferencia entre una conducta que atente contra el derecho de autor, pero que no genere el deber de indemnizar, por alguna razón, frente a la conducta amparada en una causal de excepción o limitación al derecho de autor es relativamente importante desde el punto de vista teórico, aunque no desde el punto de vista práctico.

Piénsese en un productor que se compromete a divulgar en el mercado una obra incluida en un fonograma en un plazo de terminado, pero no lo hace, aceptemos para validar el ejemplo, amparado en algún evento que pueda considerarse como causa extraña.

En este caso, la conducta es ilegítima genera un daño patrimonial y moral al autor, no por vulneración al derecho patrimonial de explotación, pues en este caso la conducta genera un incumplimiento contractual, pero sí al derecho moral de divulgación que el autor había decidido ejercer a través del productor en el tiempo estipulado.

Si se acepta que en este caso la prueba de causa extraña exonera al productor del deber de indemnizar perjuicios, no puede hacerlo del cumplimiento de la obligación principal, esto es, de divulgar la obra y en todo caso de respetar los derechos que continúan aún en cabeza del autor.

---

<sup>22</sup> Decisión Andina 351, artículo 21.- Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

En conclusión, cuando una conducta no está descrita taxativamente entre las que constituyen limitaciones o excepciones al derecho de autor, por el hecho de que amparado en una causa extraña o en la falta de culpa, el agente de la conducta se exonere de la obligación de indemnizar, no quiere esto decir, primero, que la conducta no sea ilícita y, segundo, que con ella no se haya causado un perjuicio.

Por el contrario, cuando la conducta se adecua a algunas de las excepciones o limitaciones al derecho de autor descritas en la Decisión Andina 351<sup>23</sup> o en la Ley 23 de 1982, artículos 31 a 44, no es propio

---

<sup>23</sup> Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

a) Citar en una obra otras obras publicadas, 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;

b) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de las obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;

c) Reproducir en forma individual una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,

2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

d) Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;

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

f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;

h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de

afirmar que el agente se exonera de la responsabilidad, sino que falta uno de los elementos necesarios para la responsabilidad es decir no hay conducta.

Podría usarse el siguiente corolario: en el derecho penal sólo son susceptibles de generar responsabilidad aquellas conductas expresamente tipificadas por el legislador; en responsabilidad civil, solamente habrá ausencia de una conducta dañina en los casos que el legislador taxativamente ha consagrado para tal efecto.

#### **d. Principales conductas que vulneran el Derecho de Autor**

No cabe duda de la importancia económica de las actividades relacionadas con el derecho de autor, y los altos niveles de ingresos que representan para los países desarrollados la industria que se sustenta sobre la protección y explotación de los mismos.

Sin embargo, tampoco cabe duda de que debido al alto nivel de infracciones cometidas en contra de estos derechos, los autores, las compañías editoriales, productoras y, en fin, toda la industria relacionada reporta anualmente inmensas pérdidas, que se expresan en millones de dólares y que pone en peligro el cumplimiento de los objetivos de la propiedad intelectual.

---

una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;

j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de los alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;

k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.

Un informe de la revista *Poder*<sup>24</sup> reveló que en 2002 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.

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.

A continuación se presenta una relación de las principales y más dañinas conductas que se consideran como infracciones o ataques al derecho de autor.

***El Plagio.*** El plagio es una infracción al derecho moral de paternidad, que consiste en la atribución fraudulenta de la autoría de una obra por alguien que no es su creador; pero también implica una infracción al derecho patrimonial de explotación económica de la obra que le corresponde exclusivamente al autor o sus causahabientes.

---

<sup>24</sup> Revista *Poder*, edición de junio de 2002, consultada en: <http://banners.noticiasdot.com/termometro/boletines/autor/boletines-autor-poder.htm>

Plagio se considera *la acción y efecto de copiar la obra [...] creada por otra persona, para hacer creer a los lectores<sup>25</sup> que quien aparece en ella con su nombre es el verdadero autor; y es obra reproducida mecánicamente para ser difundida públicamente* (Agúndez, 2005).

Este concepto es extensible todas las obras protegidas por el derecho de autor, sin importar su carácter de artísticas, científicas o literarias, sea ésta copia total o parcial, en lo sustancial conforme a coincidencias básicas y fundamentales y la exclusión de las accesorias, añadidas y no fundamentales.

La jurisprudencia española<sup>26</sup> ha definido el plagio como *todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial: se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano*.

De estos conceptos se puede concluir que en la actividad del plagio existe un claro aprovechamiento del trabajo, talento e ingenio de otra persona, usurpando sus ideas y tomándolas por propias, aunque no exista ánimo de lucro en dicha usurpación, puesto que la sola negación de la paternidad de quien realmente es autor genera un perjuicio susceptible de ser reparado, tal como lo ha dicho la justicia argentina, *el derecho de un autor a los frutos de su obra intelectual implica la no reproducción de ésta por otros, la sola violación de este derecho le causa un daño susceptible de apreciación pecuniaria<sup>27</sup>*.

**La Piratería.** A diferencia del plagio, la piratería en pocas ocasiones atenta contra el derecho moral de autor; por el contrario, es la forma más tradicional y dañina de infringir y dañar el derecho exclusivo de explotación económica que sobre la obra tiene el autor.

---

<sup>25</sup> Entiéndase como “lectores” al público en general.

<sup>26</sup> S.S. 1ª TS 23 de marzo de 199

<sup>27</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E. Fecha:17-5-1973.

*La piratería es el término común con el que se conoce la violación del derecho patrimonial del autor y de los derechos conexos, que consiste en: la reproducción, transporte, almacenamiento, oferta, venta, conservación, distribución, suministro, representación, exhibición pública, alquiler, comercialización, fijación, disposición, retransmisión o recepción, de obras o prestaciones protegidas, sin la previa autorización expresa del titular de los derechos<sup>28</sup>.*

De la anterior definición se pueden extraer los requisitos necesarios para predicar de una conducta si constituye o no un acto de piratería:

- a. La ausencia de autorización del titular de derechos;
- b. La reproducción o la explotación de la obra o prestación, con independencia del soporte utilizado; y
- c. La distribución al público del material reproducido.

Obsérvese que el ánimo o la intención de lucro o de obtener beneficios económicos para el agente de la conducta o para otro no es un elemento necesario para que se configure el acto de piratería, por lo que cualquier conducta que cumpla con los requisitos expuestos será considerada como tal. Salvo las excepciones y limitaciones al derecho de autor.

Los actos constitutivos de piratería, en la legislación colombiana, comprenden las conductas sancionadas por el delito de “Defraudación a los derechos patrimoniales de autor” (art. 271 del Código Penal), y se refieren tanto a las obras literarias y artísticas como a las de cualquier otro tipo de prestación protegida por los derechos conexos (ejecuciones e interpretaciones, fonogramas y emisiones de radio o televisión). La sanción, según la norma reseñada, es de dos

---

<sup>28</sup> Convenio Antipiratería para Colombia, 2004. *Cartilla Práctica sobre Piratería*. Fredy Herrera (comp.).

(2) a cinco (5) años de prisión y multa de veinte (20) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que en los actos de reproducción, alquiler o fijación no se obtenga un número superior a cien (100) unidades, caso en el cual la pena se rebajará hasta al mitad.

Dentro de las más comunes formas de piratería se pueden encontrar: La imitación o falsificación (*contrefaçon*): sucede cuando se busca "imitar" las características de la obra original, con el propósito de confundir al público de su legitimidad; la copia simple o burda: reproducción que no busca pasar por original, sino simplemente obtener copias sin la debida autorización; la copia plagiara: similar a la copia simple, sucede cuando se cambia la identificación del autor por la de otra persona; la copia digital: cuando la reproducción se hace, sin autorización, en un disco removible (CD o DVD), un disco duro, un escáner o en un medio digital; la copia en línea: acto de reproducción y/o de comunicación pública a través de una red de transmisión pública o privada, sin autorización.

En la jurisprudencia nacional, los juzgados y tribunales han tomado partido en el sentido de aplicar de manera drástica e inflexible las disposiciones legales, sancionando a los infractores con las máximas penas establecidas en la Ley y aplicándoles además las penas accesorias de multas y decomiso del material ilícito.<sup>29</sup>

### ***Ejecución Pública de Obras sin el pago de los respectivos Derechos.***

Uno de los elementos importantes del derecho de autor en su vertiente patrimonial tiene que ver con la facultad que tiene el titular de los mismos de exigir una remuneración a cambio de la ejecución pública de las obras protegidas por el derecho de autor o sus derechos conexos.

---

<sup>29</sup> Al respecto véanse como ejemplos las sentencias del 16 de abril de 1998, Radicado 17305 del Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín, del 27 de abril de 1998 del Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín y del 3 de agosto de 1998 del Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que

el recaudo de los derechos que corresponden a los autores por concepto de ejecución, representación, exhibición, uso o explotación de las obras generadas en su creatividad o concepción artística o intelectual, que representan una forma de propiedad constitucionalmente protegida, no puede librarse a la voluntad puramente contractual, al acuerdo o al convenio entre quien explota el material al que se refieren aquéllos y el autor correspondiente o quien sus derechos representa, sino que, a juicio de esta Corte, involucra necesariamente la actividad estatal e implica la consagración de normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales<sup>30</sup>.

Obsérvese pues que bajo esta óptica, el pago de los derechos por ejecución, reproducción o exhibición pública de una obra protegida no es un asunto relegado a la regulación estrictamente contractual, sino que, por el contrario, es una obligación de carácter legal, proveniente de mandato imperativo, no susceptible de pacto en contrario por los particulares.

Surge la inquietud respecto a si no guardará esta interpretación una contradicción con la naturaleza misma del derecho patrimonial, que como ya se dijo es esencialmente transferible a cualquier título, puede extinguirse por prescripción y además es renunciable, por lo que no parece claro el hecho de que el pago por la ejecución pública de obras no pueda someterse a una renuncia expresa por su titular.

Sin embargo, el parágrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982<sup>31</sup> establece que en los casos en que no exista contrato, las tarifas para

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-519/99. M. P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>31</sup> Artículo 73.- En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos con-

el pago de estos derechos serán las que fije la entidad competente, teniendo en cuenta factores como la categoría del establecimiento donde se ejecute, la duración del espectáculo y su finalidad.

*Infracciones al Derecho de Autor en internet.* El avance de la tecnología y las comunicaciones ha hecho surgir nuevas formas de transmitir y obtener información; la más popular y difundida de todas es, en la última década, por supuesto, la internet.

El sorprendente desarrollo de este medio de comunicación ha traído consigo el surgimiento de nuevas prácticas que no han sido previstas por la legislación; prácticas que tienen como objetivo transferir y difundir información cada vez a mayor velocidad, a un mayor número de personas y por un costo muy bajo; prácticas que en algunos casos pueden lograr vulnerar los derechos que recaen sobre estas obras.

Ejemplos precisos son los famosos intercambios de archivos musicales en formato MP3, películas, videojuegos y casi cualquier tipo de archivo a través de *software* especializados que permiten compartir información contenida en el disco duro de los ordenadores, también la aparición de bibliotecas digitales donde se puede acceder a un alto número de publicaciones y textos en forma gratuita, y claro está, el tema de las fotografías, que con el auge de las cámaras digitales y los sitios de internet personalizados como *Facebook* o *hi 5* se han expandido casi sin control.

Aunque este tema constituye un novedosísimo campo de trabajo en el tema de derecho de autor, no es el punto central de este tra-

---

tratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.

**Parágrafo.** En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta, entre otros factores, la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares.

bajo, por lo que se remite a las conclusiones propuestas por Esteve González, quien desarrolla un interesante y valioso trabajo sobre el tema.

*Esta autora manifiesta que el acto de reproducir una creación, texto, fotografía o música, introduciéndola en un servidor de internet no está amparado por la excepción de copia digital privada y es, por lo tanto, necesario contar con la autorización de los autores o titulares (Esteve, 2006).*

Al referirse a la excepción de copia privada, como argumento de defensa en estos casos, afirma que *ésta sólo puede entrar en funcionamiento cuando el uso de la obra no es comercial, ni directa ni indirectamente, y cuando su uso no es colectivo, sino exclusivamente privado o doméstico.*

Frente al tema de quién es el responsable por estas infracciones, la citada autora concluye que el autor o titular tendrá la opción de dirigir sus pretensiones o bien contra el directo infractor o demandar al proveedor del servicio de internet *IPS*, donde se alojan los contenidos ilícitos o a los intermediarios P2P que permiten que se produzcan tales infracciones.

En todo caso y aunque ese no es el objetivo primordial de este estudio, es importante establecer que en el estado actual del desarrollo tecnológico es muy importante analizar las responsabilidades que le caben no sólo a quienes usan las herramientas tecnológicas con fines ilícitos sino también la de los proveedores de los canales informáticos o de los portales que facilitan los medios para compartir los archivos.

A este respecto se ha creado una doctrina coherente y bastante estricta acerca del nivel de diligencia, supervisión y cuidado que deben emplear los proveedores del servicio sobre el contenido que es alojado y puesto en circulación a través de sus servidores (Ríos, 2009).

## CONCLUSIONES

La responsabilidad civil en materia de derecho de autor es un tema poco explorado en la doctrina y la jurisprudencia colombiana, de allí que es ampliamente justificado el interés en profundizar en el estudio de los elementos que dan lugar a ésta.

Para que una conducta pueda ser entendida como usurpatoria de los derechos de autor debe cumplir algunos requisitos, entre ellos:

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

Cada uno de estos requisitos es aplicable tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual, con los matices y consideraciones hechas en el cuerpo del trabajo.

Además de estos criterios generales existen unas conductas puntuales como el plagio, la piratería, la comunicación pública sin el pago de derechos y las infracciones a través de medios informáticos, las cuales se han convertido en el mayor reto para las autoridades policivas y administrativas encargadas de la protección y el respeto efectivo de los derechos de autor.

Finalmente, queda expresa la invitación al legislador para que en aras de garantizar mejores herramientas en pro de un adecuado incentivo para la producción de obras protegidas por el derecho de autor se ocupe de tres tareas fundamentales: Modernizar los criterios de valoración del daño por violación al derecho de autor, establecer normativamente las características de las conductas, in-

cluyendo expresamente los casos de responsabilidad objetiva y, tercero, adecuando la legislación existente a los retos y desafíos derivados de las nuevas tecnologías.

## REFERENCIAS

- Agúndez, A. (2005). *Estudio jurídico del plagio literario*. Granada: Comares.
- Antequera, R. (2009). *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Temis.
- Bercovitz, R. (2003). *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cooter, R. & Ulen, T. (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Esteve, L. (2006). *Aspectos internacionales de las infracciones del derecho de autor en internet*. Granada: Comares.
- Le Tourneau, P. (2003). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- Ledesma, J. (1992). *Derecho penal intelectual: obras y producciones literarias, artísticas y científicas*. Buenos Aires: Universidad.
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavalia.
- Martínez Espín, P. (1996). *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Plata L., L. C. (2008). Naturaleza jurídica del derecho moral de autor en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. En *La investigación en asuntos provados y temas especiales del derecho* (pp. 24-39). Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Ríos, W. (2009). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, S. (2004). *La era digital y las limitaciones y excepciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Salvo, N. (1997). *Infracciones y sanciones civiles en derecho de autor y derechos conexos. 110 años de protección internacional del derecho de autor*. Ginebra.
- Schechter, R. & Thomas, J. (2003). *Intellectual property: the law of copyrights, patents, and trademarks*. N.Y.: Thomson West.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis.
- Von Tuhr, A. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Granada: Comares.