

**LA LICENCIA CREATIVE COMMONS NO COMERCIAL
Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE SU INFRACCIÓN**

EFRAÍN DE JESÚS FANDIÑO LÓPEZ

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
BUCARAMANGA
2012**

**LA LICENCIA CREATIVE COMMONS NO COMERCIAL
Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE SU INFRACCIÓN**

EFRAÍN DE JESÚS FANDIÑO LÓPEZ

**Trabajo de Grado para obtener el título de
ABOGADO**

Director

Dr. MARIO GUEVARA MENDOZA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

BUCARAMANGA

2012

"If I have seen further than others, it is by standing upon the shoulders of giants."
Isaac Newton

"Men are only as good as their technical development allows them to be"
George Orwell

*"El mundo era tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas
había que señalarlas con el dedo."*
Gabriel García Márquez en Cien años de Soledad

*"Nadie rebaje a lágrima o reproche
esta declaración de la maestría
de Dios, que con magnífica ironía
me dio a la vez los libros y la noche."*
Poema de los dones. Jorge Luis Borges

A mis padres,

CONTENIDO

| | pág. |
|---|-------------|
| 1. Introducción | 10 |
| 1.2 Marco normativo | 11 |
| 1.2.1 Preceptos constitucionales | 11 |
| 1.2.2 Bloque de Constitucionalidad | 12 |
| 1.2.2.1 Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas | 12 |
| 1.2.2.2 Decisión Andina 351 de 1993 por el cual se adopta el régimen común sobre derechos de autor y conexos | 12 |
| 1.2.3 Preceptos legales | 12 |
| 1.2.4 Decretos | 13 |
| 2. La propiedad intelectual | 14 |
| 3. El derecho de autor | 15 |
| 3.1. ¿Qué es el derecho de autor? | 15 |
| 3.2. Copyright y derechos de autor | 15 |
| 3.3. Historia del derecho de autor | 16 |
| 3.3.1. Antecedentes e historia de la protección de derechos de autor en el mundo | 16 |
| 3.3.2. Antecedentes e historia de la protección de derechos de autor en Colombia | 18 |
| 3.4 Naturaleza Jurídica de los derechos de autor | 19 |
| 3.4.1 Primera teoría | 19 |
| 3.4.2 Segunda teoría | 20 |
| 3.4.3 Tercera teoría | 20 |
| 3.5 Características del derecho de autor | 21 |
| 3.6 Principios rectores del derecho de autor | 21 |
| 3.6.1 Principios esenciales | 22 |
| 3.6.2 Principios secundarios | 24 |
| 3.7 Derechos morales | 25 |

| | | |
|---------|---|----|
| 3.7.1 | Concepto de derecho moral | 26 |
| 3.7.2 | Características de los derechos morales | 27 |
| 3.7.3. | Derechos morales | 27 |
| 3.8 | Derechos patrimoniales | 27 |
| 3.8.1 | Concepto de derechos patrimoniales | 28 |
| 3.8.2 | Características de los derechos patrimoniales | 28 |
| 3.8.3 | Derechos patrimoniales | 28 |
| 3.9 | Objeto de protección de derechos de autor | 29 |
| 3.9.1 | Obras protegidas por el derecho de autor | 30 |
| 3.9.2 | Tipos de obras protegidas por el derecho de autor | 30 |
| 3.10 | El Sujeto del derecho de autor | 32 |
| 3.10.1. | Diferencia entre autor y titular del derecho de autor | 32 |
| 3.10.2. | Autoría | 33 |
| 3.10.3. | Titularidad | 33 |
| 3.10.4. | Clases de titularidad según la obra | 35 |
| 4. | El libro | 37 |
| 4.1 | El libro en la sociedad | 37 |
| 4.2 | Historia del libro | 37 |
| 4.3 | ¿Qué es un libro? | 39 |
| 4.4. | ¿Qué es un libro electrónico? | 40 |
| 4.5. | Actualidad del libro | 40 |
| 5. | Limitaciones al derecho de autor | 40 |
| 5.1 | Regla de los tres pasos | 40 |
| 5.2. | Limitaciones y Excepciones al derecho de autor | 41 |
| 6. | Dominio público | 44 |
| 7. | El contrato de licencia | 45 |
| 7.1 | Consideraciones | 45 |
| 7.2 | Origen de la licencia | 45 |

| | |
|--|----|
| 7.3 Definición de contrato de licencia | 45 |
| 7.4 Titular del contrato de licencia | 46 |
| 7.5 Tipos de contrato de licencia | 46 |
| 8. Licencia creative commons | 47 |
| 8.1 Del copyright al copyleft | 47 |
| 8.1.1. Copyleft | 48 |
| 8.2 ¿Qué es Creative Commons? | 48 |
| 8.3 Historia | 49 |
| 8.4 Licencias creative commons | 49 |
| 8.4.1. Licencia creative commons como contrato | 50 |
| 8.4.2. ¿Cómo se materializan las licencias? | 51 |
| 8.4.3. Tipos de licencia creative commons | 51 |
| 8.4.4. Licencia creative commons no comercial | 54 |
| 8.4.4.1. Motivos no comerciales | 54 |
| 8.4.4.2. Características de la licencia creative commons no comercial | 54 |
| 8.4.4.3. Licencia creative commons no comercial | 56 |
| 8.5. Jurisprudencia | 56 |
| 8.5.1. Estados Unidos: Jacobsen vs Katzer | 56 |
| 8.5.2. Holanda: Curry vs Audax | 59 |
| 8.5.3. Bélgica: Julien Allard y otros vs L'ASBL Festival de Theatre de Spa | 61 |
| 9. Responsabilidad civil | 62 |
| 9.1. Concepto de responsabilidad civil | 62 |
| 9.2. Elementos de la responsabilidad | 62 |
| 9.2.1 Conducta | 63 |
| 9.2.1.1 Conducta activa | 63 |
| 9.2.1.2 Conducta omisiva | 63 |
| 9.2.2. Nexo Causal | 64 |
| 9.2.2.1. Tipos de causalidad | 64 |

| | |
|---|----|
| 9.2.2.2. La prueba del nexo causal | 64 |
| 9.2.3. Daño | 65 |
| 9.2.3.1. Diferencia entre daño y perjuicio | 65 |
| 9.2.3.2. Daño civil indemnizable | 65 |
| 9.2.3.3. Elementos de la existencia del daño | 66 |
| 9.2.3.4. Indemnización del daño | 67 |
| 9.2.3.4.1. Legitimación de la víctima para reclamar la indemnización del daño | 68 |
| 9.3. Instituciones de la responsabilidad civil | 68 |
| 9.3.1. Responsabilidad civil contractual | 68 |
| 9.3.1.1. Requisitos para la existencia de responsabilidad civil contractual | 69 |
| 9.3.2. Responsabilidad civil extracontractual | 69 |
| 9.3.2.1. Responsabilidad por el hecho propio | 70 |
| 9.3.2.2. Responsabilidad por el hecho ajeno | 70 |
| 9.3.2.3. Responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades peligrosas | 70 |
| 10. La responsabilidad civil en materia de derechos de autor | 71 |
| 10.1. ¿De dónde nace la responsabilidad civil en el derecho de autor? | 71 |
| 10.2. Conductas que atentan contra el derecho de autor | 71 |
| 10.2.1. Principales conductas que atentan contra el derecho de autor | 72 |
| 10.3. Medidas de protección de los derechos de autor en materia civil | 73 |
| 10.4. Procedimientos civiles para la protección del derecho de autor | 74 |
| 10.5. ¿Cuál es la jurisdicción a la que se debe acudir en los casos de violación al derecho de autor? | 76 |
| 10.6. Naturaleza de la responsabilidad civil frente a la infracción del derecho de autor | 77 |
| 10.6.1. Responsabilidad civil contractual en los derechos de autor | 77 |
| 10.6.2. Responsabilidad civil extracontractual en los derechos de autor | 78 |
| 10.7. La reparación del daño | 78 |
| 10.7.1. Legitimación para reclamar indemnización del daño | 78 |

| | |
|---|----|
| 10.7.2. El daño patrimonial | 79 |
| 10.7.3. El daño moral | 79 |
| 10.7.4. Valoración del daño | 79 |
| 11. La licencia creative commons no comercial y la responsabilidad civil derivada | |
| De su infracción | 80 |
| 11.1. Fuente de la responsabilidad civil derivada de la infracción | 80 |
| 11.2. Infracción de la licencia creative commons no comercial y la violación | |
| de derechos de autor | 81 |
| 11.3. Tipo de responsabilidad civil por la infracción creative commons | 81 |
| 12. Conclusiones | 82 |
| BIBLIOGRAFÍA | 85 |
| WEBGRAFÍA | 86 |
| ANEXOS | |
| -Texto de la licencia creative commons no comercial | |
| -Sentencia Jacobsen vs Katzer | |
| -Sentencia Curry vs Audax | |
| -Sentencia Julien Allard y otros vs L'ASBL Festival de Theatre de Spa | |

1. Introducción

Dice contundentemente la tratadista Delia Lipszyc que “tanto el derecho de autor como los derechos conexos nacieron como respuesta a los desafíos que en su momento plantearon otras formidables tecnologías”¹. Por tal razón, inventos como la imprenta de Gutenberg, el fonógrafo de Edison, el cinematógrafo de los hermanos Lumière, entre otros; han sido fuentes indirectas de derecho. Con el desarrollo de internet, surgió la necesidad por parte de los usuarios, de compartir y proteger los diferentes contenidos que suben a la web y por ello, se crearon instrumentos jurídicos alternativos al ortodoxo sistema de derechos de autor con los cuales se pudiera eliminar barreras legales que obstaculizaran la difusión de nuevas invenciones sin que se desprotegieran los derechos del titular. Uno de los promotores de los citados instrumentos es el movimiento “copyleft” (cuyo nombre es un juego de palabras donde cambia la palabra right de copyright por left), cuya teleología es la de permitir ciertos usos que el derecho de autor tradicional no autoriza, sin que por ello, el titular vea menoscabado su derecho. Las licencias creative commons fueron hijas del movimiento copyleft y sus creadores se basaron en la licencia GPL al momento de concebirlas.

En Colombia no existen normas que regulen lo concerniente a las licencias creative commons ni tampoco hay jurisprudencia sobre el tema. Por tal razón, el autor que licencia una obra bajo alguna de las licencias creative commons (por lo general) no tiene conocimiento de qué protección tiene su obra licenciada y cual es la vía idónea para reclamar los perjuicios acontecidos por la infracción de la licencia. Por tal razón, este trabajo busca investigar cuál es la validez de las licencias creative commons frente al ordenamiento colombiano, cuales son los efectos de la misma y qué protección jurídica le ofrece el estado al autor licenciante para definir, finalmente, si la infracción de una obra

¹ LIPSZYC, Delia. Nuevos temas de derecho de autor. Argentina: Zevalía editor, UNESCO y Bogotá: CERLAC, 2004. p. 279.

con licencia creative commons, genera una sanción pecuniaria para el infractor. Todo ello con el ánimo de resolver, sí la responsabilidad civil contractual o extracontractual, es la vía jurídica adecuada para que el creador de una obra licenciada bajo licencia creative commons no comercial pueda solicitar la indemnización de perjuicios por los daños que se ocasionen con motivo de la infracción de la licencia.

Para cumplir con lo anterior, este trabajo de grado iniciará con una investigación sobre el estado actual del derecho de autor, haciendo un pequeño énfasis en el libro (como objeto clásico del derecho de autor por antonomasia). Luego, se procederá analizar la condición de las licencias creative commons en nuestro ordenamiento jurídico para determinar la protección que brinda al autor que decida licenciar su obra bajo la misma. Se continuará con una síntesis de la responsabilidad civil en Colombia, haciendo hincapié en este instituto jurídico frente al derecho de autor, para finalizar con las conclusiones. Todo ello con la intención de aportar un pequeño grano de arena a los estudios de los nuevos instrumentos del derecho de autor (en especial de la licencia creative commons) en Colombia.

1.2 Marco normativo

El marco jurídico de normas que regulan lo concerniente al derecho de autor y que tienen relación con el presente trabajo de grado es el siguiente:

1.2.1 Preceptos constitucionales.

- Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.
- Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

1.2.2 Bloque de Constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad es una herramienta jurídica introducida a nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 93 de nuestra Carta Constitucional, que nos permite dar aplicación a normas y principios que no están contenidos en su texto, sino que han sido adoptados por vía de convenios y tratados internacionales aceptados y ratificados por Colombia. En tal sentido, las normas jurídicas relacionadas con el desarrollo de esta tesis son las siguientes:

1.2.2.1 Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. Este tratado internacional ratificado por Colombia y aprobado por la ley 33 de 1987, regula lo concerniente a la protección de derechos de autor sobre obras literarias y artísticas; incluyendo dentro de sus normas las protecciones y excepciones de las mismas.

1.2.2.2 Decisión Andina 351 de 1993 por el cual se adopta el régimen común sobre derechos de autor y conexos. Este instrumento de derecho internacional, consagra normas concernientes al derecho de autor, que tienen “por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino”².

1.2.3 Preceptos legales. Las normas legales del derecho de autor que tienen relación con esta tesis son las siguientes:

- Ley 23 de 1982: Esta ley, regula la protección al derecho de autor en Colombia.
- Ley 44 de 1993: Ley que modificó y adicionó la ley 23 de 1982 y la ley 29 de 1944.
- Código Civil: De este código van a ser utilizadas en el desarrollo de esta tesis, las normas relativas a la Responsabilidad Civil.
- Código Penal: Aunque no van a ser estudiadas las normas aquí plasmadas, es importante mencionar el código penal en sus artículos 270, 271 y 272 (modificados por

² DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993. Artículo 1.

la ley 1032 de 2006 y posteriormente por la ley 1520 de 2012) por medio de los cuales se tipifica la violación a los derechos morales y patrimoniales de autor y derechos conexos; y la violación a los mecanismos de protección de derecho de autor, derechos conexos y otras defraudaciones.

- Ley 1450 de 2011: Por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Esta norma contiene dos normas que reforman lo estipulado anteriormente sobre las obras colectivas y sobre la transmisión de derechos patrimoniales.
- Ley 1520 de 2012: Esta norma fue creada según compromisos adquiridos por el acuerdo de promoción comercial suscrito entre Colombia y Estados Unidos. Endurece las penas consagradas anteriormente en el código penal y consagra más prohibiciones respecto al uso de obras y en general, modifica normas relativas al derecho de autor. Se encuentra demandada ante la Corte Constitucional.

1.2.4 Decretos. Aunque existen gran variedad de decretos del gobierno por medio de los cuales reglamentan varias normas del marco legal del derecho de autor, las siguientes son las que se relacionan con temas directos o indirectos de este trabajo de grado:

- Decreto 460 de 1995: Por medio del cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el depósito legal.
- Decreto 2041 de 1991: Por medio del cual, se crea la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial, se establece su estructura orgánica y se determinan sus funciones

2. La propiedad intelectual.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) define propiedad intelectual como “las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio”³. La anterior definición, es ampliada por la Corte Constitucional en el sentido que “la propiedad intelectual comprende la regulación de todas aquellas relaciones que surgen con ocasión de los derechos de autor y conexos, los derechos sobre la propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, invenciones y mejoras útiles”⁴. La doctrina por su parte, agrega a los dos anteriores postulados que “la propiedad que recae sobre cosas inmateriales o incorpóreas, tales como las ideas o pensamientos productos del intelecto, imaginación, genialidad o talento de las personas”⁵. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede definir la propiedad intelectual como la rama del derecho que regula las relaciones jurídicas surgidas por la existencia de un derecho de autor o de propiedad industrial.

Según el campo donde se gestó la creación intelectual, esta rama del derecho se subdivide en propiedad industrial y derechos de autor. La primera vislumbra la protección jurídica de invenciones susceptibles de aprovechamiento en el comercio, marcas y otros elementos relacionados con la industria; y la segunda, vislumbra los derechos que recaen sobre obras artísticas, literarias o científicas producidas por un autor o autores que las crean.

La protección de la Propiedad Intelectual está consagrada como precepto constitucional en el artículo 61 de la carta política que dispone “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). Definición de propiedad intelectual. Disponible en: <http://www.wipo.int/about-ip/es/>. (consultada el 09/04/2011).

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-053/01 MP(e): Dra. Cristina Pardo Schlesinger

⁵ CANAVAL PALACIOS, Juan Pablo. Manual de Propiedad Intelectual. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008. p. 29.

3. El derecho de autor

3.1. ¿Qué es el derecho de autor? El derecho de autor es la rama del derecho que engloba “los derechos que recaen sobre obras artísticas, literarias o científicas producidas por autores o artistas producto de su capacidad inventiva o talento, como también a los derechos morales y patrimoniales de que goza el autor de una obra”⁶.

La Corte Constitucional por su parte, comparte junto a la doctrina, la teoría de que el derecho de autor “es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: la primera que se traduce en el derecho personal o moral que nace con la misma obra, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa”⁷ y “la segunda dimensión es la de los denominados derechos patrimoniales, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra)”⁸.

Con base en lo anterior y a modo de síntesis, se puede decir que el derecho de autor es el conjunto de normas y principios que protegen las obras artísticas, literarias o científicas (acepción objetiva) producidas por un autor, los cuales abarcan los derechos patrimoniales y morales que tiene el creador por su obra (acepción subjetiva).

3.2. Copyright y Derechos de Autor. Copyright y derechos de autor no son dos términos equivalentes. El primero se refiere al modelo jurídico para proteger los derechos de autor

⁶ CANAVAL PALACIOS. Op. cit., p. 30.

⁷ SOLANO DE JINETE, Nancy y GARCÍA DE VANEGAS, David. Derechos de Autor en el ámbito universitario. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2008. p. 58. Igualmente se puede encontrar este concepto en la sentencia C-118/05 de la Corte Constitucional.

⁸ *Ibíd.*, p. 59.

en países anglosajones y el segundo, al modelo jurídico utilizado en países de derecho continental como el nuestro. En el primero no existe el concepto de derecho moral de autor, puesto que para el citado sistema jurídico “el derecho de autor es, básicamente, un derecho de propiedad, de manera que una obra intelectual es en esencia un artículo de consumo, con el que se puede comerciar bajo el control de la persona o institución que tiene los derechos sobre él”.⁹ Por tal razón es que en Estados Unidos (país en el cual nació creative commons como veremos más adelante) la legislación interna no le reconoce derechos morales a los autores, salvo a los creadores de obras visuales en virtud a la Visual Artist Rights Act de 1990.

3.3. Historia del derecho de autor

3.3.1. Antecedentes e historia de la protección de derechos de autor en el mundo. El antecedente más antiguo de la protección a los derechos de autor puede encontrarse en la República Ateniense donde “se exigía un control a la integridad de la obra, pudiéndose realizar copias de obras depositadas en archivos, siempre y cuando fueran copias exactas y literales”¹⁰. Siglos después del citado antecedente helénico, el siguiente precedente del derecho de autor es de la edad media, época en la cual, los autores no se identificaban con una marca o nombre distintivo sino “se conformaban con la obtención de ganancias con los soportes originales, lo que hacía que los copistas fueran los directos beneficiarios con los derechos patrimoniales”¹¹. No obstante lo anterior, los derechos morales, por mandato de las normas sociales de la época, si eran respetados por la comunidad.

Siguiendo con nuestra cronología, en el periodo histórico conocido como la Alta Edad Media (más exactamente en el año 560 D.C.) tuvo lugar en Irlanda la primera controversia

⁹ MARANDOLA, Marco. ¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons. Barcelona: Derecho de Autor, S.L., 2005. p. 13.

¹⁰ VARGAS SÁNCHEZ, Pedro Camilo. Historia del derecho de autor. Disponible en: <http://www.mincultura.gov.co/?idcategoria=7401>. (consultada el 09/04/2011).

¹¹ BUITRAGO LÓPEZ, Elker. Derecho Intelectual. 2ª. Ed. Colombia: Librería ediciones del profesional LTDA., 2003. p. 3.

relacionada con derechos de autor de la que se tiene conocimiento: San Columba contra San Finnan. En aquel litigio, Finnan acusaba a Columba de haber plagiado una traducción en latín del libro de los salmos que había hecho previamente, razón por la cual, se fueron en litigio ante el rey de Irlanda que falló en favor de San Finnan¹², esgrimiendo que “de la misma forma en que a cada vaca le pertenece su ternero, a cada libro le pertenece su copia”¹³.

Continuando con los antecedentes históricos del derecho de autor, el siguiente precedente, no es de carácter jurídico sino histórico, y tiene lugar en el año de 1440, momento en el cual, Gutenberg creó en aquel año un artilugio imprescindible para el desarrollo de este instituto jurídico: La Imprenta. Este artefacto logró que se masificara de forma abrumadora la impresión de libros en Europa haciendo “inmediata la necesidad de proteger los derechos tanto del autor como de quien publica la obra de los primeros piratas”¹⁴. De igual forma vale la pena resaltar que “una de las primeras funciones reconocidas del copyright (o derecho de autor) fue la censura y el control de las publicaciones e impresiones por parte de las autoridades centrales”.¹⁵ Por lo anterior, la reimpresión de libros estuvo prohibida en su inicio¹⁶.

En el año de 1710, se profirió en Inglaterra la primera legislación que regulaba lo concerniente a los derechos de autor (y más exactamente al copyright) llamada “The Statute of Anne”. Esta norma “reconoció el copyright como un derecho del autor”¹⁷ y le dio una protección de 40 años a la obra, los cuales podían ser prorrogables si este seguía vivo después de esos años. No obstante lo anterior, hay que hacer la aclaración que “el

¹² EARLY WRITINGS & THE BEGINNING OF BOOK PRINTING. Consultada en la web de History of Copyright. Disponible en: http://www.historyofcopyright.org/pb/wp_27fa9cd0/wp_27fa9cd0.html?0.6171595859341323 (consultada el 09/04/2011).

¹³ *Ibid.*, EARLY WRITINGS & THE BEGINNING OF BOOK PRINTING (consultada el 09/04/2011)

¹⁴ *Ibid.*, EARLY WRITINGS & THE BEGINNING OF BOOK PRINTING (consultada el 09/04/2011)

¹⁵ MARANDOLA, Marco. Opt Cit. Pág 14.

¹⁶ LESSIG, Lawrence. Free Culture. Estados Unidos: The penguin Press., 2004. p. 87.

¹⁷ *Ibid.*, EARLY WRITINGS & THE BEGINNING OF BOOK PRINTING (consultada el 09/04/2011)

copyright consistía exclusivamente en el derecho a imprimir copias”¹⁸. Posteriormente en países como Francia y Alemania la anterior concepción fue cambiando hacia un derecho de autor diferente, donde entraron conceptos como los derechos morales, que en los países anglosajones no eran reconocidos por su respectiva legislación. A partir de ahí, se fue expandiendo esta tendencia y se fue creando un derecho de autor diferente del existente en países anglosajones.

3.3.2. Antecedentes e historia de la protección de derechos de autor en Colombia. Los antecedentes del derecho de autor en Colombia inician en el año de 1737, cuando llegó a la entonces Nueva Granada, la imprenta traída por la Compañía de Jesús y cedida a la corona para que emitiera sus avisos y panfletos. No obstante lo anterior, no sería sino hasta el año de 1811 que se crearía la primera norma relativa al derecho de autor en Colombia en la Constitución de Cundinamarca*.

Continuando con la cronología del derecho de autor en Colombia, en el año de 1834, Francisco de Paula Santander “sancionó la ley del 10 de mayo de 1834”^{*} en donde se protegía las producciones literarias y algunas otras¹⁹; gestándose normas de carácter legal concernientes a la sanción al infractor al derecho de autor y a asuntos de propiedad intelectual, para lo cual “era necesario que el autor se dirigiera a la autoridad competente (gobernador de la provincia) antes de difundirla”²⁰. La duración de la citada protección era de “de quince años contados a partir de la consecución de la patente, al expirarse el tiempo, si el autor vivía, se le prorrogaba por el mismo tiempo”²¹.

¹⁸ LESSIG, Lawrence. Op cit. Pág 88. De ahí su nombre: copy (copia) right (derecho). Derecho a copia.

* En el título I, Numeral 18, la Constitución consagra: “Igualmente garantiza a todo ciudadano la libertad perfecta en su agricultura, industria y comercio, sin más restricción que la de los privilegios temporales en los nuevos inventos a favor de los inventores, o de los que lo sean respecto de esta provincia, introduciendo en ella establecimientos de importancia, y de las obras de ingenio a favor de sus autores”.

* En aquella época las leyes se conocían no por un nombre, sino por la fecha de sanción.

¹⁹ BUITRAGO LÓPEZ. Op. cit., p. 6.

²⁰ *Ibid.*, p. 6.

²¹ *Ibid.*, p. 6.

Luego de los anteriores antecedentes, se gestaron otras pequeñas normas sueltas en la constitución de 1863 y el código civil de 1873; pero no es sino hasta el año 1886, que llega un cambio revolucionario en materia de derechos de autor con la consagración dentro de la ya derogada constitución de 1886(en su artículo 35) de la protección a la propiedad literaria y artística, que también fue regulada por la ya derogada ley 32 de 1886. En la actualidad la protección del derecho de autor en Colombia, se encuentra regulada en las normas citadas al comienzo de este trabajo.

3.4. Naturaleza Jurídica de los derechos de autor. Existen varias teorías sobre el derecho de autor, que ha hecho que en palabras de Guillermo Zea Fernández, se haya “evitado la formación de un estatuto sobre la materia”²².

3.4.1. Primera teoría. La primera teoría “asimila el derecho intelectual a la propiedad sobre las cosas y por tanto a un derecho real y de dominio”²³. Según la anterior teoría, los derechos de autor son una vertiente del concepto de propiedad consagrado en nuestro código civil, representado a través de la figura de los bienes incorporeales dispuestos en el artículo 664 del citado código. Frente al actual sistema jurídico, esta teoría está perdiendo vigencia en razón a que la doctrina (en conceptos recogidos por la jurisprudencia) ha elaborado un sistema jurídico especial donde el objeto del derecho no son los bienes incorporeales como tal, sino una figura más específica llamada bienes intelectuales, definidos por Guillermo Zea como “una cosa que no se puede tocar (incorporal), sobre la cual recaen derechos subjetivos de contenido patrimonial, en los términos y características que para cada bien en particular, establece la normatividad especial que le es aplicable”²⁴.

²² ZEA FERNÁNDEZ, Guillermo. Derechos de autor y derechos conexos ensayos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 26.

²³ ZEA FERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 27.

²⁴ ZEA FERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 73.

3.4.2. Segunda teoría. Para Guillermo Zea, “el segundo sistema reconoce que en esta materia se consideran hechos y relaciones jurídicas sui géneris”²⁵. Esta teoría no tiene vigencia y es descartada por la mayoría de tratadistas, ya que expone un modelo anfibológico que no ofrece una alternativa real para resolver la inquietud sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor.

3.4.3 Tercera teoría. La tercera teoría y la que se puede estimar como vigente, “considera los derechos sobre las obras literarias y artísticas como parte de una nueva categoría dentro de la clasificación general de los derechos, con autonomía y desenvolvimiento propios: los derechos intelectuales”²⁶. Al respecto hay que agregar que esta teoría se muestra como la más ajustada al derecho de nuestra época, al consagrar el derecho de autor como una rama del derecho propia.

Esta teoría fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Febrero 10 de 1960, donde se dijo que “en cuanto su naturaleza, en la propiedad intelectual hay algo moral y algo patrimonial...en tanto que en la propiedad común nada de eso ocurre: el adquirente no queda sometido a ninguna potestad del dueño anterior”.

Además de lo anterior, la Corte Constitucional en su jurisprudencia determina la naturaleza jurídica de los derechos morales y patrimoniales de la siguiente manera:

- Frente a los derechos morales la corte considera que

“Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al

²⁵ *Ibíd.*, p.73

²⁶ *Ibíd.*, p.73

hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre”²⁷.

- Sobre los segundos la Corte consagra que “los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado”²⁸.

3.5. Características del derecho de autor. Las principales características del derecho de autor son las siguientes:

- El derecho de autor nace desde el momento mismo de la creación de la obra y por tanto, no necesita del reconocimiento de una autoridad administrativa.
- Tiene inherente un derecho moral que es de orden fundamental y que le permite al autor, gozar de unas prerrogativas frente a terceros, como por ejemplo la conservación de la paternidad de la obra entre otras.
- Tiene inherente un derecho patrimonial que le permite al autor o a un tercero autorizado por él, sacar provecho de tipo económico de su obra.
- Tiene una duración temporal.
- La ley consagra sanciones por su violación.

3.6 Principios rectores del derecho de autor. Los principios del derecho de autor son los pilares que edifican este instituto jurídico. Según la doctrina se pueden dividir en principios esenciales y secundarios, siendo los primeros indispensables para la existencia del derecho de autor en cualquier sistema jurídico del mundo y los segundos, importantes en algunas legislaciones del mundo más no en todas.

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155/1998. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155/1998. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

3.6.1 Principios esenciales

- **Existencia de la creación intelectual.** El requisito sine qua non para que exista una protección del derecho de autor es la existencia de una obra o creación intelectual. Esto por cuanto (como más adelante se va a profundizar) una idea no es un objeto sobre el que recae la protección antes citada y por tanto, solo las creaciones intelectuales tienen protección del derecho de autor.

- **Perceptibilidad.** El profesor Márquez Robledo dice que “la perceptibilidad es la cualidad que se tiene que ser captado por los sentidos”²⁹. Este principio lo podemos encontrar en el artículo 2.2. del Convenio de Berna, donde se dispone que es indispensable para que la creación intelectual tenga una protección del derecho de autor, que esté exteriorizada de tal forma que pueda ser perceptible por personas diferentes de su creador. Hay que aclarar que este principio no es equivalente al principio de fijación, según el cual, las obras deben estar fijadas en soporte material para cobijarse bajo la protección del derecho de autor; ya que este último no es válido en varias legislaciones como la de Colombia.

- **No se protegen las ideas.** Este principio, que podemos encontrar consagrado en el artículo 7 de la Decisión 351 de 1993 y en el Artículo 6 de la ley 23 de 1982, dispone que el derecho de autor no protege las ideas, sino la obra producto de la creación individual que las contiene.

El fundamento de este principio según el profesor Márquez Robledo conlleva “a que el sistema del derecho de autor tenga un fin lógico y justo. Su inexistencia ocasionaría que el derecho de autor fuese un sistema para el estancamiento de ideas, para la

²⁹ MÁRQUEZ ROBLEDOS, Santiago. Principios de derecho de autor. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas (Savegraf). Colección Profesores No. 39. p. 18.

monopolización de las mismas y por tanto para el estancamiento del desarrollo humano”³⁰.

- **Originalidad.** Consagrado en los artículos 2.3 del convenio de Berna, artículo 3 de la decisión 351 de 1993 y el artículo 5 de la ley 23 de 1982, este principio dispone la necesidad, para que una obra sea protegida por el derecho de autor, de ser necesariamente original, lo cual no quiere decir que tiene que ser originaria; ya que este segundo hace referencia a “las obras que son novedosas, es decir, las que son primitivamente creadas”³¹.

Sobre el requisito de originalidad de la obra, “la OMPI en su manual de estudios para el curso d2-101 dice que el requisito de originalidad en los países de commonlaw es poco exigente, puesto que tan solo es necesario que la obra no sea una copia de otra ya existente, mientras que en los países de derecho civil, este requisito es más exigente, puesto que la obra debe llevar el sello, la impronta de personalidad del autor”³².

- **Originalidad objetiva.** La originalidad objetiva implica que “no es necesario que la obra lleve la impronta de su creador, por lo que es tan solo necesario que no sea una copia de otra ya existente”³³. Esta teoría es propia del derecho anglosajón y es conocida por la jurisprudencia estadounidense con el nombre de “the sweat of brow doctrine”*, donde se estipula que la única exigencia para que una obra sea original es que no sea igual a otra, por lo que es irrelevante si tiene una impronta característica del autor o no.

³⁰ MÁRQUEZ ROBLEDO. Op. cit., p. 26.

³¹ *Ibíd.* P. 26.

³² MÁRQUEZ ROBLEDO. Op. cit., p. 28 y 29

³³ MÁRQUEZ ROBLEDO. Op. cit., p. 34

* La doctrina del sudor de la frente.

Para el profesor Márquez Robledo, en esta teoría de originalidad, “el autor requiere de un trabajo intelectual propio que conlleve en la creación de algo nuevo, una obra diferente a las ya existentes. En todo caso como dice Satanowsky, la originalidad se presume y quien la niega debe probarlo”³⁴.

- **Originalidad subjetiva.** Dentro de la teoría de la originalidad subjetiva que predomina en países de derecho civil como el nuestro, la originalidad “no debe ser entendida como novedad, sino como singularidad o individualidad”³⁵. Lo anterior quiere decir que al momento de evaluar la originalidad de la obra, el elemento preponderante para evaluar si la creación es original o no, es la impronta o sello personal del autor (estilo llaman algunos) con la cual, no se puede confundir con ninguna otra.

2.1.6.2 Principios secundarios

- **Ausencia de formalidades y protección inmediata.** Según los artículos 5.2 del Convenio de Berna, 52 de la Decisión 351 de 1993 y el artículo 9 de la ley 23 de 1982, la protección que recae sobre una obra se obtiene por el simple hecho de su creación. Por lo anterior, no se le puede exigir a un autor formalidad o registro alguno para que su obra este protegida por el derecho de autor.

Frente a este principio es menester aclarar que el Registro Nacional del Derecho de Autor existente en Colombia y regulado en el decreto 460 de 1995 tiene como finalidad de conformidad con el artículo 3 de la citada norma y el artículo 4 de la ley 44 de 1993, “dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que se transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley”, “dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derechos de autor y derechos conexos y a los actos y documentos que a se refiere” y “brindarle a los titulares del derecho de autor y derechos conexos un medio de prueba y de publicidad a sus derechos así como a los actos y contratos que transfieran o

³⁴ MÁRQUEZ ROBLEDO. Op. cit., p. 34

³⁵ MÁRQUEZ ROBLEDO. Op. cit., p. 31

cambien ese dominio amparado por la ley, y garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derecho de autor y de derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere”; sin que esto en ningún momento signifique que de no registrar la obra, el autor pierda los derechos que tiene sobre la misma, como tampoco que esta sea inoponible a terceros.

Los actos jurídicos entre vivos donde se transmiten derechos patrimoniales de autor deben constar en escritura pública o documento privado reconocido ante notario y estar registrados en la Oficina de Registro de Derechos de Autor con las formalidades establecidas legalmente para que este tenga validez y sea oponible a terceros. Para finalizar, vale la pena reiterar que las formalidades mencionadas anteriormente no son requisito obligatorio para proteger la obra bajo el manto legal de derechos de autor.

- **La obra se protege sin importar el mérito ni fin de la obra.** Este principio dispone que toda obra que cumpla con los requisitos legales debe ser protegida, sin importar el mérito que merezca ni el fin para la cual haya sido creada. Vale la pena hacer dos comentarios sobre este fundamento:

- Opera solo para el derecho de autor, pero no para la Propiedad Industrial, ya que la Decisión Andina 486 del año 2000 en su artículo 14, exige para las invenciones que “sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial”.
- Este principio tiene una supuesta excepción en el artículo 89 de la ley 23 de 1982, al requerir mérito artístico a una obra fotográfica para que esta pueda ser protegida por el derecho de autor; la cual no opera ya que es contraria a lo consagrado en el artículo 1 de la Decisión 351 de 1993, que es norma de jerarquía superior.

- **La obra es producto de la creación Intelectual Humana.** Para que opere el derecho de autor, la creación intelectual debe ser humana. Así lo ha resuelto la Corte Constitucional*, razón por la cual ni las máquinas, animales ni personas jurídicas pueden ser creadores de una obra en estrictu sensu.

- **Independencia de las utilizaciones.** Este principio, según la Dirección Nacional de Derechos de Autor, consiste en que “la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación no faculta para utilizarla en otra modalidad distinta (artículo 77 Ley 23 de 1982)”³⁶. Lo anterior quiere decir que el autor es quien señala los límites para la explotación de su obra, sin perjuicio de las normas relativas a las excepciones al derecho de autor.

3.7. Derechos morales

3.7.1. Concepto de derecho moral. Para la Corte Constitucional, los derechos morales son

Aquellos que nacen con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido³⁷.

La doctrina define el derecho moral como “el derecho del que goza al autor por ser el creador, mentor o dar origen a una obra. Este derecho nace desde el momento en que el

* Véase por ejemplo la sentencia C-781 de 2010 donde dice que “la especial protección de la propiedad intelectual tiene como objeto amparar la creación producto del talento, trabajo y esfuerzo humano”.

³⁶ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2011-18667.

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-871 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

autor crea la obra, facultándolo para oponerse a cualquier deformación de la misma y rechazar las agresiones que su reputación sufra por acciones de terceros”³⁸.

3.7.2. Características de los derechos morales. Las características de los derechos morales son las siguientes:

- Es un derecho absoluto y por tanto, todas las personas deben respetarlo
- Es un derecho inalienable e irrenunciable, razón por la cual es inherente a la persona y esta no puede renunciar obligada ni voluntariamente.
- Es un derecho que no se puede comercializar.
- Es un derecho imprescriptible, razón por la cual, este derecho no le prescribe a su titular ni tampoco puede lo pueden obtener por esta vía.
- Es un derecho inembargable, razón por la cual no puede ser objeto de las medidas cautelares dispuestas en el código de procedimiento civil.

3.7.3. Derechos morales

- **Derecho de divulgación.** En virtud de este derecho, el autor tiene la facultad de publicar o no su obra, elegir la forma en que la da a conocer al público, divulgarla como anónimo o con seudónimo.
- **Derecho de paternidad.** Es el derecho que tiene el autor para ser reconocido como el creador de la obra, indicándose su nombre o seudónimo cuando esta se publique y reivindicando dicha calidad cuando no sea reconocida.
- **Derecho de integridad.** Es el derecho que tiene el autor a modificar, transformar, mutilar o deformar su obra, y de la misma manera, exigir a terceros que no lo hagan cuando esos actos puedan causar perjuicios a su honor o reputación, so pena de exigir reparación por lo anterior.
- **Derecho de arrepentimiento.** En virtud a este derecho, el autor puede hacer cambios en su obra luego de publicarla. De igual forma, esta prerrogativa le concede al autor la

³⁸ CANAVAL PALACIOS. Op. cit., p. 50.

potestad de sacar la obra de circulación, indemnizando los posibles perjuicios que pudiera ocasionarle a terceros.

3.8. Derechos patrimoniales

3.8.1. Concepto de derechos patrimoniales. Para la Corte Constitucional, los derechos patrimoniales son aquellos “sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra)”³⁹.

Para la doctrina por su parte, “son los derechos derivados de la creación de una obra que permite su explotación económica ya sea por el autor o por personas que él o la ley autoricen”⁴⁰.

3.8.2. Características de los derechos patrimoniales

- Son derechos exclusivos, ya que sólo el autor puede ejercerlo o cederlo a terceros para que estos sean sus titulares.
- Es un derecho limitado en el tiempo, ya que solo tiene vigencia durante el tiempo que viva el autor más 80 años después de su muerte antes de ingresar al dominio público.
- Es un derecho transmisible, pues se puede negociar o comercializar por acto entre vivos y a su vez, transmitir por causa de muerte.

3.8.3. Derechos patrimoniales

- **Derecho de reproducción.** El derecho de reproducción es “el mecanismo por el cual el autor pone en un medio (reprografía, fotografía, etcétera) su obra para comunicación, pudiendo reproducirla total o parcialmente u obtener por dicho medio tantas copias o

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-871 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁰ CANAVAL PALACIOS. Op. cit., p. 53.

ejemplares desee de la misma”⁴¹. Este derecho concede al autor la prerrogativa de obtener un beneficio de carácter pecuniario por la reproducción o copia de su obra, y de prohibir las reproducciones o copias sin su consentimiento.

- **Derecho de distribución.** Es una potestad en virtud de la cual, el titular del derecho puede repartir copias de su obra al público por la vía que quiera (por ejemplo la venta).

- **Derecho de comunicación pública.** En virtud de este derecho, el autor tiene la facultad de poner en conocimiento de un número no determinado de personas su obra, sin que haya una distribución previa de la misma.

- **Derecho de transformación.** Es una facultad que tiene el titular del derecho para consentir o no que transformen la respectiva obra.

- **Droite de Suite.** “Droite de Suite” o derecho de seguimiento es “la remuneración que recibe el titular del derecho de autor por cada venta posterior distinta a la primera de su obra, pero debe ser una obra de arte plástica (artistas) o un manuscrito de su autoría (para escritores o compositores)”⁴². Este derecho patrimonial no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico en virtud a que, aunque está consagrado en el artículo 16 de la decisión 351 de 1993, no se ha reglamentado en nuestra legislación.

3.9. Objeto de protección de derechos de autor. El objeto de protección del derecho de autor según el artículo 2 de la ley 23 de 1982, y el artículo 4 de la decisión andina 351 de 1993 es la obra, la cual se puede definir como “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”⁴³.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² CANAVAL PALACIOS. *Op. cit.*, p. 55.

⁴³ SOLANO DE JINETE, Nancy y GARCÍA DE VANEGAS, David. *Op. cit.*, p. 59.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, complementa la anterior definición al expresar que obra es “toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean aptos de ser hechos públicos y reproducidos [...] expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral”⁴⁴.

Hay que recalcar que el derecho de autor protege “las creaciones formales, no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades”⁴⁵.

3.9.1. Obras protegidas por el derecho de autor. El artículo 2 de la ley 23 de 1982 dispone que son obras protegidas por el derecho de autor todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico; sin importar el modo de expresión, mientras sean originales y puedan divulgarse, reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer. Al respecto vale la pena precisar que aunque en el artículo 8 literal A de la ley 23 de 1982, existe un compendio de obras protegidas por el derecho de autor, estas no son taxativas sino enunciativas, razón por la cual, no son las únicas cobijadas por la protección del derecho de autor.

3.9.2. Tipos de obras protegidas por el derecho de autor. Los tipos de obras del derecho de autor, se encuentran consagradas en el artículo 8 de la ley 23 de 1982. Estas son las siguientes:

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Proceso No. 139-IP-2006. En: PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Ediciones Uninorte, Grupo Editorial Ibañez, 2010. p. 36.

⁴⁵ SOLANO DE JINETE, Nancy y GARCIA DE VANEGAS, David. Opt Cit. Pág 59

- **Obra individual.** Obra individual es la creación producida por una sola persona natural.

- **Obra en colaboración.** La obra en colaboración es la que es producida por dos o más personas naturales y cuyos aportes no pueden ser separados.

- **Obra colectiva.** Por obra colectiva puede entenderse aquella creación producida por un grupo de autores bajo la tutoría de una persona natural o jurídica que se encarga de coordinar, divulgar y publicar bajo su nombre.

- **Obra anónima.** La obra anónima es aquella donde no se revela el nombre del autor, en razón a que éste decidió no publicarlo o porque no se conoce.

- **Obra seudónima.** En la obra seudónima, el autor se oculta bajo un seudónimo que lo identifica.

- **Obra inédita.** La obra inédita es la obra que no ha sido dada a conocer al público de ninguna manera.

- **Obra póstuma.** La obra póstuma es la que se publica luego de que muere el autor.

- **Obras originarias.** La ley 23 de 1982 consagra que la obra originaria es la primigeniamente creada. En una definición más amplia, podemos entender por obras originarias “aquellas que se producen en la etapa final del proceso de creación, es decir, el momento en que estas son expresadas por vez primera por el autor”⁴⁶. Hay que aclarar que obra originaria no es lo mismo que obra original en razón a que “la obra originaria,

⁴⁶ PLATA LÓPEZ. Op. cit., p. 38.

además de llevar la impronta del autor, es decir ser original, es nueva, puesto que no es una reproducción de una obra ya existente”⁴⁷.

- **Obras derivadas.** Se pueden entender como derivadas “las obras que se basan en una obra preexistente”⁴⁸ u originaria. La figura de la obra derivada se encuentra consagrada en el artículo 5 de la decisión 351 de 1993 y en el artículo 13 de la ley 23 de 1982. Frente a lo anterior, debe precisarse que no siempre por el hecho de basarse en una obra originaria, la obra obtiene inmediatamente el estatus de obra derivada, puesto que “también es posible que la obra originaria tan solo sirva de inspiración para una nueva creación, es decir que la “utilización” de la obra originaria es tan mínima que la nueva obra también es originaria”⁴⁹.

3.10. El Sujeto del derecho de autor. El sujeto del derecho de autor es primariamente el autor, el cual es la persona que crea la obra, y por tanto, es el titular originario de todos los derechos que se desprenden de la misma. Esto, por cuanto él con su ingenio y creatividad le da nacimiento al respectivo trabajo.

3.10.1. Diferencia entre autor y titular del derecho de autor. El término autor, no es equivalente al de titular del derecho de autor, ya que el autor, puede ser el titular del derecho patrimonial de autor, pero no siempre el titular del derecho patrimonial es el autor; en razón a que “cualquier persona puede obtener autorización del autor para explotar la obra”⁵⁰.

Según el artículo 4 de la ley 23 de 1982, son titulares del derecho de autor: el creador de la obra, el artista, interprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución; el productor, sobre su fonograma; el organismo de radiodifusión sobre su emisión; los

⁴⁷ MÁRQUEZ ROBLEDO. Op. cit., p. 37.

⁴⁸ PLATA LÓPEZ. Op. cit., p. 39.

⁴⁹ MÁRQUEZ ROBLEDO. Op. cit., p. 39.

⁵⁰ CANAVAL PALACIOS. Op. cit., p. 45.

causahabientes de los titulares del derecho a título singular o universal, y la persona natural o jurídica que, en virtud de un contrato, obtenga por su cuenta y riesgo la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores. Además de los anteriores, la doctrina ha señalado otros tipos de titularidades (desprendidos tanto de la ley 23 de 1982 como de la decisión 351 de 1993) que serán analizados en los siguientes acápite.

3.10.2 Autoría. Existe autoría cuando “en la creación sea notoriamente conocido, se incorpore o se entienda el nombre, las iniciales, marcas o seudónimo del autor de la obra.”⁵¹ Esta se diferencia de la titularidad en que no es una condición jurídica para ser sujeto de derechos, sino es una calidad que se obtiene por ser el creador de la obra.

3.10.3 Titularidad. La titularidad es aquella condición o cualidad en virtud de la cual la persona tiene un derecho, que en nuestro caso puede ser moral, patrimonial o los dos.

- **Titularidad plena.** Es la titularidad que tiene el autor por la creación de la obra. De ella nacen los derechos patrimoniales y morales del derecho de autor.
- **Titularidad originaria.** La titularidad originaria es la que tiene el autor por el hecho de inventar con su ingenio y talento la respectiva obra sobre la cual recaen los derechos de autor.
- **Titularidad derivada.** Es la titularidad de los derechos patrimoniales, que tiene una persona por la existencia de una cesión de derechos que previamente se encontraban en cabeza de otra persona (no necesariamente el autor) pero que esta le traspasa por medio de un acuerdo de voluntades, por mandato legal o por sucesión.

⁵¹ Op. cit., p. 46.

- **Titularidad derivada por acuerdo de voluntades.** En virtud del artículo 183 de la ley 23 de 1982 modificado por el artículo 30 de la ley 1450 de 2011, los derechos patrimoniales de autor pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial dispuesto en el contrato. De no ser mencionado el tiempo de explotación, se entenderá por mandato legal que es de 5 años y el territorial, y la explotación territorial, la del país en que se realice la transferencia. Los actos o contratos por medio de los cuales se transfieran parcial o totalmente los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar necesariamente por escrito, so pena, de carecer de validez.

Toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura o se obligue a restringir o a no producir su creación intelectual, se entenderá inexistente. De igual forma, dice la ley, que todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor o los derechos conexos, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

- **Titularidad derivada por mandato legal**

- **Entre Vivos.** Esta titularidad se presenta cuando la ley dispone la transmisión de los derechos de autor en el mismo momento de la creación a una persona diferente de su creador. Las situaciones de titularidad derivada por mandato legal son las siguientes:

- **Obra por encargo.** El artículo 20 de la ley 23 de 1982, modificado por la ley 1450 de 2011, dispone que en el evento que uno o varios autores, mediante contrato de prestación de servicios o contrato de trabajo, elaboren una obra según lo estipulado por una persona natural o jurídica, son titulares de los derechos morales y patrimoniales. No obstante lo anterior, dice la norma, que se presume que los derechos patrimoniales son transferidos al encargante o empleador (según el contrato), en la medida necesaria para el

ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra; siendo requisito para la mencionada presunción que no exista pacto en contrario y que el contrato conste por escrito.

- **Algunas obras colectivas.** La primera obra enmarcada dentro de este tipo de titularidad, es la obra en colaboración dispuesta en el artículo 18 de la ley 23 de 1982. En ella, los derechos de autor sobre la obra pertenecen a todos los autores, sin importar el aporte individual de cada uno de ellos. Esto quiere decir que si dos personas se ponen de acuerdo para hacer un libro y el primero hace un capítulo y segundo otro, los derechos sobre los dos capítulos pertenecen a ambos por igual.

La segunda obra de carácter colectivo es la consagrada en el artículo 92 de la citada ley 23, es decir, la obra colectiva creada dentro de un contrato laboral o arrendamiento de servicios en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada una de las personas naturales que en ellas contribuyen. Ésta tendrá por titular de los derechos de autor al editor o a la persona jurídica o natural, por cuya cuenta y riesgo se realizan.

- **Obras creadas por funcionarios públicos en ejercicio y cumplimiento de sus funciones.**

En virtud del artículo 91 de la ley 23 de 1982, los derechos de autor de las obras creadas por funcionarios públicos en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales pertenecen a la entidad pública a la cual están vinculados jurídicamente.

- **Titularidad por muerte.** En virtud del artículo 23 de la ley 23 de 1982, al momento de morir el autor, los herederos y legatarios tendrán la protección del derecho de autor por el tiempo estipulado en la ley.

3.10.4. Clases de titularidad según la obra

- **Obra individual.** El autor es quien en principio es el titular de los derechos morales y patrimoniales en esta obra; salvo que exista una titularidad derivada.

- **Obra en colaboración.** Los coautores son los titulares de la totalidad de los derechos morales y patrimoniales, siendo estos últimos, los únicos derechos posibles de dividir en porcentajes iguales. Las profesoras María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo clasifican la obra en colaboración de la siguiente manera: “cuando no es posible individualizar o dividir el aporte de cada uno de los creadores, en cuanto se funden en un resultado final, se hará referencia a una colaboración perfecta; cuando el aporte es separable o permite ser individualizado, como es el caso de una obra cinematográfica, donde es separable el trabajo del guionista, del director o musicalizador, aportando cada uno su idea, se denomina colaboración imperfecta”⁵².
- **Obra colectiva.** La titularidad de los derechos de autor está en cabeza de la persona natural o jurídica que coordine, divulgue o publique la obra.
- **Obra anónima.** El editor es quien es titular de los derechos patrimoniales y morales hasta que aparezca o revele su identidad el autor. Vale la pena aclarar antes de finalizar este acápite, que el editor no podrá defender la paternidad de la obra, al no ser el creador de la misma.
- **Obra seudónima.** La titularidad de los derechos morales y patrimoniales queda en cabeza del creador de la obra.
- **Obra inédita.** El titular de todos los derechos de autor de la obra, es el autor.

⁵² ALVARÉZ, María Yolanda y RESTREPO, Luz María. El derecho de autor el software. En: CANAVAL PALACIOS, Juan Pablo. Op. cit., p. 48.

- **Obra póstuma.** Los derechos morales y patrimoniales quedarán en cabeza de los herederos del autor, quienes también podrán defender los derechos morales de la obra póstuma.
- **Obra originaria.** En la obra originaria, los derechos morales y patrimoniales se encuentran en cabeza del creador de la obra.
- **Obra derivada.** En la obra derivada, el creador es titular de los derechos de autor de su creación sin perjuicio de la obra original.
- **Obra por encargo o bajo subordinación laboral.** Los derechos patrimoniales quedarán en cabeza de la persona natural o jurídica que contrató los servicios y los derechos morales en cabeza de los creadores.

4. El libro

4.1. El libro en la sociedad. El libro ha sido el mecanismo por excelencia para transmitir conocimiento, ideas e historia. Cuando apareció en la sociedad de la Europa del siglo XV, fue considerado como “una auténtica revolución cultural”⁵³ que la llevó a ser “el símbolo de la influencia emergente de las clases medias y proporciono un medio de expansión del conocimiento fuera de los círculos restringidos a los que hasta ahora estaba reservado”⁵⁴.

4.2. Historia del libro. Los primeros antecedentes del libro son de la edad de piedra, cuando el hombre primitivo, en una tentativa por conservar y comunicar el conocimiento, grabó símbolos de situaciones, objetos y animales cotidianos en las cuevas. Luego de la citada época prehistórica, el siguiente precedente se encuentra en la civilización egipcia, donde los grandes sacerdotes y líderes por medio de sus escribientes reproducían en

⁵³ BORETTO, Mónica. Contratos de edición, guía de licencias y cesión de derechos de autor, ebooks y el entorno digital. Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2010. p. 8.

⁵⁴ *ibíd.*, p. 8

rollos de papiro temas trascendentales para esta sociedad relacionados principalmente con la religión y sus rituales sagrados*.

En la civilización china “fueron utilizadas tablillas de madera, hasta que en el año 213 A.C. el emperador ShiHuang-Ti, rey de Tsin, ordenó la quema de todos los libros”⁵⁵. De lo anterior vale la pena hacer un paréntesis para resaltar que junto a la creación del libro también nació la censura, representada a través de la quema de libros.

Junto a los asiáticos y egipcios, los griegos también tienen entrada en esta historia, ya que ellos continuaron la reproducción escrita de textos en rollos de papiro, transmitiendo el conocimiento de los diferentes pensadores de la época. Vale la pena mencionar que los papiros griegos más importantes fueron llevados a Egipto en la dinastía Tolomeica, y luego terminaron en la Biblioteca de Alejandría.

Luego de los griegos, es el pueblo romano quien sigue en esta cronología, ya que ellos evolucionaron del papiro al códice, donde se guardó el conocimiento de su época, conformado principalmente por normas jurídicas y jurisprudencia.

Después del ya nombrado momento histórico, diferentes instrumentos fueron utilizados para la comunicación escrita de las diferentes gentes y civilizaciones, pero no es, sino hasta el siglo XV, que Gutenberg crea la imprenta: un instrumento con el cual se masificó el libro de forma abrumadora, conllevando que este fuera “el símbolo de la influencia emergente de las clases medias y proporcionó un medio de expansión del conocimiento fuera de los círculos restringidos a los que hasta entonces estaba reservado.”⁵⁶A partir del citado momento histórico, el libro tendría una serie de evoluciones pequeñas que no

* Un ejemplo de lo anterior es el libro de los muertos.

⁵⁵ BORETTO, Mónica. Op. cit., p. 11.

⁵⁶ BORETTO, Mónica. Op. cit., p. 8.

cambiaron sustancialmente lo inventado anteriormente por Gutenberg, hasta que en el año de 1981, nació el primer e-book o libro electrónico.

La pequeña cronología del libro electrónico, inicia en 1971, cuando Michael Hart, miembro de la Universidad de Illinois, fundó el Proyecto Gutenberg*; con el cual buscaba compendiar las obras de dominio público, para digitalizarlas y darlas a conocer sin ningún costo a los lectores de la internet de aquella época. El primer texto virtual subido en el marco de Proyecto Gutenberg, fue “la Declaración de Independencia de Estados Unidos”, el cual fue descargado por 6 personas⁵⁷. Luego de lo anterior, en el año de 1981, salió a la venta el libro electrónico “Random House’s Electronic Dictionary”, cuya distribución estuvo en cabeza de la editorial Random House y cuyas ventas fueron discretas, razón por la cual no se logró en esta época masificar la idea del libro electrónico.

En marzo de 2001, el novelista Stephen King, sacó al mercado por medio de su casa editorial Simon & Chuster, la novela digitalizada “Riding The Bullet”, la cual fue un éxito al vender 500 mil copias en 48 horas. A partir de aquel momento, el libro electrónico se convirtió en un gran mercado, paralelo al del libro impreso, en cabeza de empresas asociadas a la industria editorial (como Barnes and Nobles) y otras ajenas a esta (Amazon).

4.3. ¿Qué es un libro? La única definición legal de libro, la podemos encontrar en el artículo 2 de la ley 98 de 1993 donde se dispone:

- Se consideran libros, revistas, folletos, coleccionables seriados o publicaciones de carácter científico o cultural, los editados, producidos e impresos en la República de Colombia de autor nacional o extranjero, en base papel o publicados en medios electromagnéticos.

* Del inglés Project Gutenberg

⁵⁷ PROJECT GUTENBERG. Página web Disponible en: <http://www.gutenberg.org/cache/epub/27045/pg27045.html> . (consultada el 09/04/2012).

4.4. ¿Qué es un libro electrónico? El libro electrónico es “una publicación que se presenta en formato digital y que permite incorporar elementos multimedia como video, audio y en el caso de internet posibilita enlaces a otras páginas de libros digitales en la red”⁵⁸.

4.5. Actualidad del libro. La industria del libro ha progresado en las últimas décadas en razón a las políticas estatales para promover la alfabetización. A su vez, instrumentos internacionales (como el acuerdo de Florencia) han permitido la libre circulación de libros sin el pago de aranceles con el ánimo de difundir la cultura.

En nuestro caso nacional, el porcentaje de libros vendidos y leídos por año está muy por debajo de países del primer mundo, por problemas relacionados con “la pésima distribución y por otro, el prohibitivo precios de los libros que justifica el auge de la piratería (en Colombia representa el 10% de la facturación)”⁵⁹.

Con la llegada de internet y las nuevas tecnologías, hemos entrado en una nueva forma de distribución de los libros: los e-books*. Estos han sido el nuevo producto comercial de las editoriales, quienes con menores costos de producción, han podido vender los mismos libros de las librerías a menor precio. Aunque en Colombia su uso es todavía pequeño, poco a poco ha ido masificándose y se prevé que en pocos años, sea un mercado lo suficientemente grande para hacerle competencia a la venta de libros en papel.

5. Limitaciones al derecho de autor

5.1. Regla de los tres pasos. La regla de los tres pasos es “la evaluación o estudio en cada caso particular del cumplimiento de unos requisitos establecidos en la legislación para

⁵⁸ BORETTO, Mónica. Op. cit., p. 26.

⁵⁹ *Ibíd.*

* Libros electrónicos

verificar la legalidad de una norma o de una conducta”⁶⁰. Según la Dirección Nacional de Derechos de Autor⁶¹, las limitaciones y excepciones al derecho de autor en Colombia necesitan ajustarse a los parámetros de la llamada “regla de los tres pasos” para que sean legalmente válidas. Estas reglas son:

- 1) Debe tratarse de un caso especial
- 2) No se debe atentar contra la normal explotación de la obra
- 3) Que tal limitación no cause perjuicios al titular o los titulares de los derechos de la obra.

5.2. Limitaciones y Excepciones al derecho de autor. Para la Dirección Nacional de Derechos de Autor, las limitaciones y excepciones al derecho de autor “son figuras legales por medio de las cuales se busca un equilibrio entre una efectiva y razonable protección al derecho patrimonial de los autores por una parte y del interés público a la información, la educación y el acceso a la cultura por otra”⁶². Son limitaciones porque restringen la aplicación del derecho de autor y excepciones porque se apartan de la regla general.

a. Derecho de cita. El derecho de cita consagrado en el artículo 22 de la decisión 351 de 1993 y en el artículo 31 de la ley 23 de 1982, es la limitación al derecho de autor más aceptada en la legislación internacional y consiste en la reproducción literal de un fragmento o extracto de la obra de un tercero, sin necesidad de autorización previa o expresa por parte del titular. Para que la cita esté ajustada a la ley debe –según el profesor Guillermo Zea Fernández⁶³– estar sujeta a estas condiciones:

1. La obra debe haber sido anteriormente publicada en forma lícita.
2. Que en la obra en donde se incluya la cita, se escriba la fuente y el nombre del autor citado.

⁶⁰ PROPIEDAD CULTURAL. Página web, disponible en: <http://www.propiedadcultural.com/2009/11/la-regla-de-los-tres-pasos-y-su.html>

⁶¹ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto. Rad. 1-2010-7340

⁶² *Ibíd.*

⁶³ ZEA FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 109.

3. Que se haga conforme a los usos honrados, lo que quiere decir que “...—las citas—no deben interferir en la explotación normal de la obra citada, ni ocasionar perjuicios irrazonables a los intereses patrimoniales de su autor”⁶⁴.

b. La copia privada. El artículo 37 de la ley 23 de 1982 dispone que es permitida la reproducción de una obra literaria o científica, siempre y cuando sea ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.

c. Derecho a la copia con fines educativos. En virtud de este derecho consagrado en el artículo 32 de la ley 23 de 1982, es permitida la utilización de obras literarias, artísticas en otras creaciones destinadas para la enseñanza; siempre y cuando se encuentren dentro de los límites justificados por el fin propuesto. De igual forma, es permitido reproducir con propósitos de enseñanza una obra radiodifundida, con fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin intenciones de lucro.

Para que todo lo anterior sea permitido, es requisito importante mencionar el nombre del autor y el título de la obra utilizada.

d. Derecho de reproducción de leyes y decretos. En virtud al artículo 41 de la ley 23 de 1982, es permitido reproducir la constitución, leyes, actos administrativos y decisiones judiciales siempre y cuando no exista prohibición para la respectiva reproducción y mientras esta se ajuste a la edición oficial.

e. Derecho de reproducción de obras en instancias judiciales o administrativas. Según el artículo 42 de la ley 23 de 1982, es permitida la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor siempre y cuando la obra se estime necesaria por la autoridad

⁶⁴ ZEA FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 109.

competente para ser utilizada con fines estrictamente judiciales, dentro de un proceso judicial o por los órganos legislativos o administrativos del estado.

f. Derecho de reproducción de acontecimientos de actualidad con fines informativos o noticiosos. En virtud de lo estipulado por el artículo 34 de la ley 23 de 1982, es permitida la reproducción, distribución y comunicación al público de noticias que versen sobre hechos de actualidad a través la prensa o la radiodifusión.

g. Derecho de reproducción de artículos de actualidad. En virtud del artículo 33 de la ley 23 de 1982, está permitida la reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios de actualidad publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, si ello, no hubiere sido expresamente prohibido.

h. Derecho a reproducción de discursos. En virtud de lo consagrado en el artículo 22 de la decisión 351 de 1993 y en el artículo 35 de la ley 23 de 1982, es permitida la reproducción sin necesidad de autorización por parte de la prensa periódica, radiodifusión o televisión, con carácter de noticias de actualidad los discursos pronunciados o leídos en asambleas deliberantes, debates judiciales o promovidos ante otras autoridades públicas; también cualquier conferencia, discurso, sermón u otra obra similar pronunciada en público. Lo anterior siempre y cuando, la propiedad de la obra no haya sido previa y expresamente reservada.

i. Reproducción de copias de obras protegidas por parte de Bibliotecas. En virtud al artículo 38 de la ley 23 de 1982, las bibliotecas pueden reproducir copias de obras protegidas que se encuentren en su depósito, para el uso exclusivo de sus lectores, el servicio de préstamos a otras bibliotecas (públicas); siempre y cuando la obra en cuestión se encuentre agotada en el mercado. De igual forma, la norma es extensiva y permite a las bibliotecas que reciben la copia de la obra, reproducir más copias de la misma en caso de

que ello sea necesario para su conservación, y con el único fin de que ellas sean utilizadas por sus lectores.

j. Reproducción de obras en sitios públicos. En virtud del artículo 39 de la ley 23 de 1982, es permitida la distribución y comunicación pública de obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas por medio de dibujos, pinturas, fotografías o películas cinematográficas. Respecto de las obras de arquitectura, la norma consagra que sólo se permite la reproducción de su aspecto exterior.

6. Dominio público. Según el Glosario de la OMPI, dominio público “significa el conjunto de todas las obras que puedan ser explotadas por cualquier persona sin necesidad de ninguna autorización, principalmente en razón de la expiración del término (plazo) de protección o porque no existe un instrumento internacional que garantice la protección en el caso de las obras extranjeras”⁶⁵. Como se puede desprender de la anterior definición, el dominio público puede entenderse como el acaecimiento de la protección de la obra o la expiración del amparo legal a los derechos patrimoniales primordialmente, ya que en una gran parte del mundo⁶⁶, los derechos morales siguen protegiéndose así las obras del autor entren en el dominio público⁶⁷.

En Colombia esta figura jurídica se encuentra regulada en el artículo 187 de la ley 23 de 1982 que dispone que son obras pertenecientes al dominio público:

- a) Las obras cuyo período de protección esté agotado;
- b) Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos;
- c) Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y

⁶⁵ OMPI. Glosario. En: VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de derecho de autor. Colombia: Dirección Nacional de Derecho de Autor: Unidad Administrativa Especial Ministerio de Interior y de Justicia, 2010. p. 50. Disponible en: [http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20\(Alfredo%20Vega\).pdf](http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20(Alfredo%20Vega).pdf)

⁶⁶ REVISTAS ABIERTAS. Disponible en: <http://www.revistasabiertas.com/preguntas-frecuentes/preguntas-derecho-de-autor/#2>. (consultada el 09/04/2012).

⁶⁷ INDIANOPEDIA. Dominio público. Disponible en: http://lasindias.net/indianopedia/Dominio_publico. (consultada el 09/04/2012).

d) Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República.

7. El contrato de licencia

7.1 Consideraciones. El contrato de licencia en Colombia, se desprende de lo estipulado en el artículo 13 de la Decisión Andina 351:

Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- 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 distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

De las normas citadas podemos entender que si un tercero quiere reproducir, comunicar, distribuir o realizar una obra derivada de una obra originaria; tiene que obligatoriamente tener una autorización expresa por parte del autor. En tal sentido, el mecanismo pertinente para formalizar la autorización del titular de derechos a un tercero es el contrato de licencia⁶⁸.

7.2 Origen de la licencia. La licencia del derecho de autor “tiene su origen en el régimen de propiedad real o sobre bienes reales como el permiso que se otorgaba a otro de entrar a una propiedad”.⁶⁹

7.3 Definición de contrato de licencia. El contrato de licencia (también conocido como licencia de uso por parte de la Dirección Nacional de Derechos de Autor) es definido por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual como “un acuerdo mercantil en virtud del cual el licenciante, mediante un derecho de monopolio, como una patente, una marca, un diseño industrial o un derecho de autor, tiene un

⁶⁸ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2011-51735.

⁶⁹ BOTERO, Carolina. Derechos de Autor para todos. Creative Commons Colombia. Julio de 2006. Disponible en: http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cts=1331224994055&ved=OCF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fcmsi.colnodo.apc.org%2Fupload%2F77736973706f7274616c646f63756d65%2FCC_CarolinaBotero_DerechosDeAutorParaTodos.pdf&ei=XeFYT872AYXMTgf14ImFDA&usg=AFQjCNHbUqGrGb82Pz7WqiD6Pphjqth1w

derecho exclusivo, lo que supone que los demás no pueden explotar la idea, el diseño industrial, el nombre o el logotipo a escala comercial. El licenciante permite al licenciataro utilizar y vender, sin censura previa, el producto o nombre a cambio del pago de una tasa⁷⁰.

Por otro lado, podemos definir el contrato de licencia como un instrumento jurídico por medio del cual el autor o el titular derivado de los derechos patrimoniales de la obra, autoriza (sin desprenderse por ello de los citados derechos) "la utilización de su creación, bajo las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas en dicha licencia"⁷¹. Quien otorga la licencia es el licenciante, mientras la persona a quien es otorgada, toma el nombre de licenciataro. A través de una licencia el autor puede autorizar que un tercero efectúe cualquier acto de utilización de la obra, como por ejemplo la reproducción, la comunicación pública, la distribución de ejemplares, la transformación, la adaptación o modificación de la creación"⁷².

7.4 Titular del contrato de licencia. En el contrato de licencia, el titular de los derechos patrimoniales sobre la obra es "la única persona facultada para autorizar el uso de la misma, en mérito del carácter privado que implica este tipo de derecho"⁷³. De igual forma, el hecho de conceder una licencia no implica de ninguna manera la transmisión de la titularidad del derecho de autor sobre la obra.

7.5 Tipos de contrato de licencia. Según la Dirección Nacional de Derechos de Autor⁷⁴, si el titular de los derechos patrimoniales de la obra exige a través de la licencia una

⁷⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Página web. Disponible en: <http://www.wipo.int/sme/es/documents/franchising.htm#cu>. (consultada el 09/04/2011)

⁷¹ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2011-51735

⁷² DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2011-18667

⁷³ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2009-41201

⁷⁴ Concepto 1-2011-18667 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

*Véase caso Gary Friedrich vs Marvel, donde un juez obligó al autor a renunciar a participar en las convenciones de comics como el autor de Ghost Rider (personaje creado por él) y a pagar la suma de 17.000

contraprestación, nos encontramos frente a una licencia onerosa. Si por el contrario, el titular renuncia a cualquier tipo de emolumento por la utilización de su obra, estaremos frente a una licencia gratuita.

8. Licencia creative commons

8.1. Del copyright al copyleft. Como se dijo al inicio de este trabajo, el concepto de derecho de autor no es equivalente al de copyright. Por tal razón es que el movimiento copyleft, no se puede entender sin tener en cuenta que emergió en un sistema jurídico donde no existen los derechos morales y el autor no tiene la misma protección que el titular del derecho de autor*. El citado movimiento nació como respuesta a los nuevos desafíos del derecho de autor producidos por el auge de desarrollo de las tecnologías. Este movimiento empezó cuando Richard Stallman, un informático que desarrollaba el programa “Lisp”, le proporcionó a la compañía Symbolics una copia de ese programa, sin restricción de copyright alguna. Una vez la empresa mejoró “Lisp”, Stallman le solicitó el acceso a la nueva versión y la compañía se lo negó, aduciendo que los derechos le pertenecían. A partir de ahí Stallman quiso crear un modelo de derecho de autor donde se evitaran estas prácticas y renunció al trabajo que tenía para iniciar un proyecto llamado *Free Software Foundation**. A partir de ahí, el ex informático “elaboró un esquema de contrato (licencia) que regulase en la ley de copyright los derechos del autor y la posibilidad de utilización: el proyecto GNU y la General Public License**”. A su proyecto se unió Linus Torvalds (creador de Linux) con quien empezó un proyecto de creación de *open source software*, que consiste en un programa cuyo código fuente puede ser visto gratuitamente por el usuario y en algunos casos modificarlo.

dólares, por daños y perjuicios ocasionados a la editorial Marvel, por la venta de material de su personaje, sin autorización de la empresa. <http://www.comicverso.org/2012/02/gary-friedrich-pierde-demanda-contra.html>

8.1.1. Copyleft. Aunque las licencias copyleft están principalmente enfocadas a proteger los derechos de autor que recaen sobre el software (como la GNU General Public License por nombrar una), las licencias creative commons (que no se enfocan en licenciar software⁷⁵) son incluidas dentro de este término⁷⁶.

Por copyleft se puede entender “el término que se utiliza en el ámbito informático (y se aplica de manera análoga a la creación literaria y artística) para designar el tipo de protección jurídica que confieren determinadas licencias que garantizan el derecho de cualquier usuario a utilizar, modificar y redistribuir un programa o sus derivados, siempre que se mantengan estas mismas condiciones de utilización y difusión”⁷⁷.

8.2. ¿Qué es Creative Commons? Creative Commons es una organización sin ánimo de lucro que busca ofrecer herramientas legales gratis a los autores, con las que puedan compartir y utilizar la creatividad y el conocimiento⁷⁸ de forma comunitaria al levantar algunas barreras legales. Fue fundada en el año 2001 por James Boyle, Michael Carroll Lawrence Lessig, Hal Abelson, Eric Saltzman y Eric Eldred con la ayuda de la fundación Centro para el Dominio Público. El proyecto es financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, el Centro para el Dominio Público y las donaciones que hacen usuarios.

⁷⁵ CREATIVE COMMONS. Preguntas frecuentes. Disponible en: <http://co.creativecommons.org/preguntas-frecuentes-2/>. (consultada el 09/04/2011)

⁷⁶FUNDACIÓN COPYLEFT. Página web: <http://fundacioncopyleft.org/es/10/licencias>. (consultada el 09/04/2011)

* Fundación del software libre

** Conocida también como GPL o licencia pública general.

⁷⁷Página web de la Fundación Copyleft: <http://fundacioncopyleft.org/es/9/que-es-copyleft>. Consultada el 09/04/2011 .

*** La traducción sería: “Para los poco entendidos en derecho, esto podría parecerles poco importante. Pero créanme, lo es y mucho.” <http://www.likelihoodofconfusion.com/free-license-doesnt-mean-free-to-do-what-you-want/>.

⁷⁸Página web de Creative Commons: http://wiki.creativecommons.org/images/6/62/Creativecommons-informatonal-flyer_eng.pdf . Consultada el 09/04/2011.

8.3. Historia. En 1998 el Congreso de los Estados Unidos expidió una norma conocida como “The Copyright Term Extension Act”⁷⁹, por medio de la cual, extendió la duración de los derechos de autor. Esto llevó al indignado editor Eric Eldred a demandar la norma junto al abogado y profesor de la Universidad de Stanford Lawrence Lessig, aduciendo que el precepto era inconstitucional, al violar lo estipulado en el artículo 1 sección 8 de la Constitución de Estados Unidos que garantiza el derecho de autor por un tiempo limitado con el ánimo de asegurar el progreso. La respuesta de los togados fue negativa⁸⁰ con siete en contra y dos a favor⁸¹. No obstante lo anterior, los dos perdedores en el proceso, decidieron aunar esfuerzos para crear (inicialmente) unas licencias llamadas “copyright commons”⁸², que poco a poco fueron transformándose en un proyecto de nombre “creative commons”, cuyo fin era el de flexibilizar los derechos de autor de la mayor manera posible, con el ánimo de regresar el equilibrio entre autor y el usuario⁸³, eliminando los intermediarios. A partir de aquel momento, se empezaron a crear una serie de textos legales inspirados en licencias de software libre, que fueron lanzadas oficialmente el 16 de diciembre de 2002⁸⁴.

8.4 Licencias creative commons. Las licencias creative commons son el “conjunto de textos legales que sirven para que un autor pueda autorizar algunos derechos sobre su creación en unas condiciones determinadas reservándose el resto de los derechos, de ahí se deriva el lema: Algunos derechos reservados (Somerrights reserved), en contraposición

⁷⁹ Disponible en: <http://www.copyright.gov/legislation/s505.pdf>. (consultada el 09/04/2011).

⁸⁰ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN. GUÍA SOBRE GESTIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ACCESO ABIERTO EN BIBLIOTECAS, SERVICIOS DE DOCUMENTACIÓN Y ARCHIVOS. Disponible en: http://www.sedic.es/dchos_autor_normaweb.01.07.pdf. (consultada el 09/04/2011)

⁸¹ MANZANA MECÁNICA. Página web: http://manzanamecanica.org/2009/02/la_historia_de_creative_commons_desde_el_escandalo_inicial_hasta_la_fundacion_de_este_movimiento_de.html. (consultada el 09/04/2011)

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ DIFFEN. Página web: http://www.diffen.com/difference/Creative_Commons_License_vs_GPL. (consultada el 09/04/2011)

al clásico y tradicional Todos los derechos reservados (Allrights reserved)”⁸⁵. En este sentido, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, define las licencias creative commons como “un tipo especial de licencias con las cuales los autores pueden autorizar la utilización de sus obras bajo ciertos parámetros preestablecidos”⁸⁶. En ellas “habitualmente se renuncia a toda remuneración económica para el titular de los derechos de la obra licenciada”⁸⁷(aunque hay que recalcar que esto no quiere decir que las obras bajo estas licencias no produzcan beneficios), sin que por ello se excluya “la posibilidad de que si el licenciataro excede las autorizaciones que se pactaron en la licencia para usar la obra, tendrá que indemnizar los perjuicios causados al licenciante”⁸⁸. Por lo anterior se puede decir que las licencias creative commons buscan proteger y liberar.

8.4.1. Licencia creative commons como contrato. Según el abogado español David Maeztu^{89*}, las licencias creative commons cumplen con los requisitos y elementos generales que exige la ley para que un negocio jurídico sea contrato:

- **Causa:** “Existe una causa en la obligación establecida, la propia voluntad de una de las partes en obligarse frente a terceros”⁹⁰.
- **Objeto:** El objeto del contrato es la obra, ya que sobre ella recaen las estipulaciones de la licencia.
- **Consentimiento:** Según el abogado Maeztu⁹¹, cuando el licenciataro sube a internet la licencia creative commons de su obra, realiza un acto de

⁸⁵ CREATIVE COMMONS. Explicación de las licencias. Disponible en: <http://co.creativecommons.org/2010/05/06/explicacion-de-las-licencias-creative-commons/>. (consultada el 09/04/2011)

⁸⁶ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2011-18667.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ MAEZTU, David. « Creative Commons: Licencias o contratos». Blog del derecho y las normas. «<http://derechoynormas.blogspot.com/2006/11/creative-commons-licencias-o-contratos.html>»

*Si bien en su entrada hace un análisis de las licencias creative commons frente al derecho español, estos conceptos que propone el abogado se encuentran acorde a la legislación colombiana.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

consentimiento por medio del cual, autoriza ciertos usos bajo las condiciones estipuladas. De igual forma, en el momento en que el usuario realice cualquier uso de la licencia, acepta tácitamente (como se encuentra estipulado en el código legal de las respectivas licencias) cumplir con las condiciones de uso de la licencia.

8.4.2. ¿Cómo se materializan las licencias? Las licencias se materializan por escrito a través de “un lenguaje compuesto en tres niveles:[A] 'TítuloComún' [Common Deed]; [B] 'Código Legal' [Legal Code]; [C] 'Código Digital [Digital Code]’”.⁹² El primer nivel llamado *título común* está hecho para que un usuario sin conocimientos de derecho, conozca cuales son las condiciones de uso de la licencia. El segundo nivel denominado *código legal* está orientado a los usuarios con un conocimiento estándar de derecho, razón por la cual utiliza términos jurídicos en el texto. El tercer nivel llamado *código digital*, está encaminado “al procesamiento que hacen las computadoras. Este código permite que los usuarios finales incorporen en sus documentos o sitios web los logos y la información de derecho de autor y derecho de copia correspondiente a cada licencia”⁹³.

8.4.3. Tipos de licencias creative commons. Según Creative commons Colombia⁹⁴, las condiciones que existen para licenciar bajo la licencia creative commons son las siguientes:



- **Atribución.** Este permiso autoriza a terceros: copiar, distribuir, mostrar y ejecutar el trabajo patentado y todos los derivados del mismo. La única exigencia que se reclama

⁹² Guía de licencias Creative Commons por Dr. Ariel Vercelli. Disponible en <http://www.arielvercelli.org/gdlcc2-0.pdf>

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ CREATIVE COMMONS. Tipos de licencias. Disponible en: <http://co.creativecommons.org/tipos-de-licencias/>. (consultada el 09/04/2011).

para que no se contraríe esta licencia, es que el tercero dé testimonio de la autoría del creador de la obra.



- **No Comercial.** Esta licencia permite a terceros: copiar, distribuir, mostrar y ejecutar el trabajo patentado y todos los derivados del mismo, pero únicamente con propósitos no comerciales. El tema será profundizado más adelante por ser un aspecto sustancial de esta tesis.



- **Sin derivar.** En virtud a las disposiciones de esta licencia, los terceros pueden: copiar, distribuir, mostrar y ejecutar copias literales del trabajo patentado, sin que realice obras derivadas de la originaria.



- **Compartir igual.** Este tipo de licencia que únicamente aplica a obras derivadas, permite a terceros realizar obras derivadas de la originaria, siempre y cuando este, reconozca los créditos de la obra originaria en la cual se basó y otorgue la obra derivada bajo una licencia idéntica a esta.

Estas cuatro licencias primarias pueden combinarse de distintas formas para dar lugar a los siguientes seis tipos de licencias:



- **Atribución:** La obra puede ser distribuida, copiada y exhibida por terceros, siempre y cuando reconozcan expresamente al autor.



- **Atribución – Sin Derivar:** La obra puede ser distribuida, copiada y exhibido por terceros siempre y cuando reconozcan expresamente al autor. No se pueden realizar obras derivadas.



- **Atribución – Sin Derivar – No comercial:** La obra puede ser distribuida, copiada y exhibida por terceros siempre y cuando reconozcan expresamente al autor. El licenciatario no puede obtener ningún beneficio comercial por los usos de la obra. No se pueden realizar obras derivadas.



- **Atribución – No comercial:** La obra puede ser distribuida, copiada y exhibida por terceros siempre y cuando reconozcan expresamente al autor. No se puede obtener ningún beneficio comercial por los usos de la obra.



- **Atribución – No comercial – Compartir igual:** La obra puede ser distribuida, copiada y exhibida por terceros siempre y cuando reconozcan expresamente al autor. No se puede obtener ningún beneficio comercial por los usos de la obra y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.



- **Atribución – Compartir igual:** La obra puede ser distribuida, copiada y exhibida por terceros siempre y cuando reconozcan expresamente al autor. Las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.

8.4.4 Licencia creative commons no comercial. La licencia creative commons no comercial, también conocida como licencia creative commons atribución no comercial es la más popular de la Creative commons⁹⁵. Por medio de ella, el autor autoriza a otros copiar, distribuir, mostrar y modificar su obra, siempre y cuando sea con motivos no comerciales. No obstante lo anterior, en virtud del principio de la independencia de las utilidades, el hecho de tener esta licencia no prohíbe al titular del derecho de autor, la utilización comercial de la obra, puesto que pueden existir derechos que se pueden negociar por otro tipo de instrumento⁹⁶.

8.4.4.1. Motivos no comerciales. Por motivos no comerciales se puede entender aquellos asuntos que “de alguna manera tengan la intención o de manera directa busquen un beneficio comercial o de compensación monetaria”⁹⁷. Como se puede desprender de lo anterior, esta licencia prohíbe que exista un beneficio comercial o compensación monetaria a favor de un tercero diferente del autor por el uso de la obra⁹⁸.

8.4.4.2. Características de la licencia creative commons no comercial

- Es un tipo especial de contrato de licencia.
- Es mundial, razón por la cual tiene validez en cualquier parte del mundo.
- Es una licencia de carácter gratuito. Por tal razón es libre de regalías y por ello, el licenciatario no tiene que cancelar emolumento alguno para realizar explotación de la obra en los términos que dispone la licencia.
- No es exclusiva, razón por la cual, cualquier persona puede ejercitar los derechos que se le otorgan como licenciatario.

⁹⁵ CREATIVE COMMONS. License statistics. Disponible en: http://wiki.creativecommons.org/License_statistics. (consultada el 09/04/2011).

⁹⁶ CREATIVE COMMONS. Disponible en: http://wiki.creativecommons.org/Frequently_Asked_Questions#So_.E2.80.9CNonCommercial.E2.80.9D_m_e_a_n_s_t_h_a_t_t_h_e_w_o_r_k_c_a_n_n_o_t_b_e_u_s_e_d_c_o_m_m_e_r_c_i_a_l_l_y.3F. Consultada el 09/04/2011.

⁹⁷ CREATIVECOMMONS. Disponible en: <http://creativecommons.org/weblog/entry/17127>

⁹⁸ OPEN CONTENT. Página web: <http://opencontent.org/blog/archives/307>. (consultada el 09/04/2011).

- Es perpetua y por tal razón, no expira en un periodo de tiempo determinado, sino en los términos estipulados en la respectiva legislación del derecho de autor. No obstante lo anterior, si el licenciante decide dar por terminada la licencia, puede hacerlo sin autorización del (de los) licenciario(s).
- El licenciario puede ejercer los siguientes derechos: reproducir la obra, incorporar la obra en una o más obras colectivas, y reproducir la obra incorporada en las obras Colectivas; crear y reproducir obras derivadas; distribuir copias o fonogramas de las obras, exhibirlas públicamente, ejecutarlas públicamente y/o ponerlas a disposición pública, incluyéndolas como incorporadas en obras Colectivas, según corresponda; Distribuir copias de las obras Derivadas que se generen, exhibirlas públicamente, ejecutarlas públicamente y/o ponerlas a disposición pública⁹⁹.
- Los derechos no otorgados expresamente en la licencia, quedan reservados a favor del licenciante.
- Los derechos nombrados en el acápite anterior, pueden en virtud de la licencia, ser ejercidos en todos los medios y formatos conocidos o no conocidos hasta el momento.
- Salvo que se estipule en la ley, el licenciante no será responsable ante el licenciario por daño alguno por responsabilidad extracontractual, precontractual o contractual por uso de esta licencia o de la obra.
- Los derechos otorgados en la licencia terminan automáticamente si el licenciario infringe alguna condición establecida en la licencia.
- En cada copia que el licenciario distribuya, exhiba públicamente o ponga de cualquier forma a disposición pública, debe incluirse una copia de la licencia otorgada, o en su defecto, el Código de Identificación Universal de Recursos con el cual se puede identificar la respectiva licencia que tiene la obra.

⁹⁹ CREATIVE COMMONS. Licenses. Disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/legalcode>

8.4.4.3. Restricciones de la licencia Creative commons no comercial

- El licenciatario tiene prohibido ejercer alguno de los derechos concedidos por la licencia con el fin de obtener ventajas comerciales o compensaciones monetarias privadas.
- La obra puede ser distribuida, exhibida públicamente, ejecutada públicamente, o puesta a disposición pública; bajo los parámetros estipulados en la respectiva licencia.
- La licencia creative commons no comercial, no puede ser sublicenciada.
- Está prohibido distribuir, exhibir públicamente, ejecutar públicamente, o poner a disposición pública la obra con alguna medida tecnológica que controle el acceso o la utilización de ella de una forma que sea inconsistente con las condiciones de esta Licencia.

8.5. Jurisprudencia

Como en Colombia no existe jurisprudencia sobre licencias libres (y en particular sobre las licencias creative commons), es menester acudir a las sentencias de tribunales internacionales para conocer del tema, con la advertencia de que aquellos sistemas jurídicos no son iguales al colombiano.

8.5.1. Estados Unidos: Jacobsen vs Katzer

El 13 de agosto de 2008, la corte de apelaciones del circuito federal de los Estados Unidos profirió una sentencia hito sobre el uso de las llamadas licencias libres. Su importancia fue tal, que Lawrence Lessig dijo al respecto “So for non-lawgeeks, this won’t seem important. But trust me, this is huge”.

Los hechos fueron los siguientes: el ciudadano Jacobsen creó un programa llamado Java Model Railroad Interface (utilizado por los fanáticos de las maquetas de trenes) licenciado bajo “artistic license” (una de las tantas licencias que existen de copyleft). Aquel software, tenía una aplicación llamada *DecoderPro* (cuya función era la de permitirle al usuario programar los chips de los trenes) que fue puesta gratuitamente a disposición del público,

en el sitio web *Sourceforge* (así suena a pleonasma, vale la pena reiterar que aquella aplicación, al igual que el software principal, también estaba licenciada bajo “artistic license”).

La empresa Katzers/Kamind Inc, que desarrolla comercialmente software de trenes, utilizó algunos archivos del código fuente del programa *DecoderPro* (lo cual estaba autorizado por la licencia) para la creación del programa *Decoder Commander software*, sin cumplir con las siguientes condiciones que exigía la licencia para el uso de la aplicación:

- Indicar el nombre del autor de la aplicación *DecoderPro*.
- Indicar las notas de copyright de *Java Model Railroad Interface*.
- Hacer referencia al archivo *COPYING* que estaba dentro de los archivos del programa original.
- La identificación de *Sourceforge* como el sitio web donde se descargó el programa y *Java Model Railroad Interface* como el programa original en el cual se basaron para crear el nuevo.
- Una descripción de qué cambios hicieron con los archivos de la aplicación *DecoderPro*.

Jacobsen interpuso ante la corte del distrito, una demanda preliminar (preliminary injunction) en contra de la citada compañía, aduciendo violación de las condiciones de uso que otorgaba la licencia, que llevaban inmediatamente a presumir una violación de copyright (bajo la óptica del derecho estadounidense). La corte del distrito rechazó la demanda, argumentando que la licencia permitía a los usuarios o a cualquier persona en general “el derecho de utilizar y distribuir (el material) más o menos de forma habitual y hacerle los ajustes que considere necesarios” (The license explicitly gives the users of the material, any member of the public, the right to use and distribute the [material] in a more-or-less customary fashion, plus the right to make reasonable accommodations.). Por tal razón (aducía la corte del distrito), la licencia era no exclusiva y por tanto intencionalmente amplia (The scope of the nonexclusive license is, therefore, intentionally broad). Por todo ello, consideró la corte del distrito que las condiciones establecidas en la

licencia, de ninguna manera vislumbraban el alcance de protección al copyright y por ello, no podía decirse que hubiese violación de copyright sino infracción a los términos de la licencia. El demandante apeló la anterior decisión y el proceso llegó hasta la corte de apelaciones del circuito federal de los Estados Unidos.

La sentencia de la corte federal inicia con un estudio de licencias, donde expone la importancia que han tenido para el desarrollo y progreso de las ciencias: *“Open source licensing has become a widely used method of creative collaboration that serves to advance the arts and sciences in a manner and at a pace that few could have imagined just a few decades ago. For example, the Massachusetts Institute of Technology (MIT) uses a Creative Commons public license for an OpenCourseWare project that licenses all 1800 MIT courses. Other public licenses support the GNU/Linux operating system, the Perl programming language, the Apache web server programs, the Firefox web browser, and a collaborative web-based encyclopedia called Wikipedia.”*

Luego prosigue diciendo que el hecho de que las obras bajo licencias copyleft (en la sentencia hablan de licencias de open source, pero el argumento se puede extender a licencia copyleft) se distribuyan de forma gratuita, de ninguna manera indica que la misma no genere ganancias. Para demostrar lo anterior, pone como ejemplo a los programadores de software libre, quienes colocan a disposición del público gratuitamente un programa y luego cobran por las actualizaciones. Lo anterior es importante y fundamental, ya que el demandado alegó que las licencias libres no producen beneficios y por tanto, no pueden ser objeto de demanda por copyright (al parecer, en el sistema jurídico anglosajón, capitalista, esto es necesario para iniciar un pleito por copyright), cosa que como vemos, la corte desestima.

Luego, entra la corte de apelaciones a resolver el asunto de fondo: ¿la posible infracción de una licencia copyleft (artistic license en nuestro caso concreto) puede ser una presunta

violación de copyright? Inicia el cuerpo colegiado indicando que en aquel litigio no se discute si Jacobsen era o no titular del derecho de copyright, ya que la empresa Katzer/Katmind aceptó que su programa se había basado en la aplicación DecoderPro de Jacobsen, pero adujeron que no habían cometido infracción de copyright ya que existía una licencia para utilizar el código de la aplicación. Continúa la corte trayendo a colación jurisprudencia (cita el caso (Sun Microsystems, Inc., v. Microsoft Corp., 188 F.3d 1115, 1121 (9th Cir. 1999))), para expresar que por regla general, el titular de derechos de copyright que otorgue una licencia no exclusiva de uso de su obra, renuncia (waives) al derecho de demandar por infracción de copyright y sólo puede demandar por controversias que se susciten por ocasión de un presunto incumplimiento de contrato. No obstante lo anterior, dice la corte de apelaciones, si la licencia limita los usos de la obra y el licenciatario se excede en los mismos, puede haber la posibilidad de una denuncia por infracción al copyright.

Luego de lo anterior, procede la corte a hacer un sintetizado análisis de las condiciones de la licencia para concluir que el hecho de que aquella ponga términos al uso de la obra, inmediatamente crea condiciones y no simples pactos (covenants) que están ahí necesariamente, para cumplir con las objetivos teleológicos de esta clase de licencias, incluido el beneficio económico (la corte lo dice de la siguiente manera: “These restrictions were both clear and necessary to accomplish the objectives of the open source licensing collaboration, including economic benefit”). Por tal razón, la corte de apelaciones encontró que Jacobsen había demostrado en su libelo que podía existir una posible violación de copyright y devolvió el proceso para la corte del distrito con el ánimo de que se admitiera la demanda y se iniciara el juicio.

8.5.2. Holanda: Curry vs Audax

La revista weekend publicó en su edición de enero de 2006 un reportaje sobre la celebridad holandesa Adam Curry y su familia, el cual iba acompañado de cuatro fotos de

que aquella persona se había tomado y subido al sitio web Flickr, las cuales estaban licenciadas bajo una licencia creative commons atribución-no comercial- compartir igual. Por ello, al enterarse del artículo, Curry demandó a la citada revista por violación a su privacidad y derechos de autor, aduciendo que había existido infracción de los términos de la licencia y a sus derechos de autor, ya que la revista weekend, publicó unas fotos en la edición de enero de su revista, cuya finalidad es venderse (motivos comerciales). Audax, el director de la revista weekend, se defendió argumentando que publicó las fotos de buena fe, ya que en la página web, estas tenían un letrero que decía «esta foto es pública» y sólo se enteró que estaban licenciadas varias semanas después, cuando su abogado le informó. Además de esto, el director de la revista adujo que las fotos estaban subidas en una página pública a la que cualquier persona podía acceder.

La corte del distrito de Ámsterdam, luego de examinar los argumentos, determinó que las fotos fueron tomadas por Curry, por lo que él era su titular del derecho de autor. De igual forma, dentro de la misma investigación, se percató que las fotos estaban licenciadas bajo la citada licencia creative commons. En este sentido, dictaminó la corte que todas las personas debían respetar los lineamientos establecidos en la licencia y aunque entiende la confusión que tuvo el director de la revista al ver el letrero “esta foto es pública”, de ninguna manera lo exime de la responsabilidad de su falta, ya que un profesional como él, debía haber ahondado si podía o no publicar aquellas fotos y de ser necesario, tenía que comunicarse directamente con el titular del derecho de autor para preguntarle si podía usarlas.

Por lo anterior, determina la corte que existe infracción a los términos de las licencias porque se publicaron cuatro fotos bajo licencia creative commons atribución-no comercial- compartir igual, sin la respectiva atribución al señor Adam Curry y en una revista que se vende al público (uso comercial). Dice la corte, que no porque el autor hubiese publicado las fotos gratuitamente en internet al público, cualquier tercero pudiese hacer lo que quiera con ellos. Si el autor pone unas condiciones de uso, estas

deben ser respetadas y su infracción debe ser castigada. Por todo ello dictaminó la corte que prohibía a la parte demandada, la reproducción de cualquier foto de Adam Curry (así estuviera gratuitamente colgada en la web) y de igual forma, al pago de una suma de dinero como condena por la infracción cometida.

8.5.3. Bélgica: Julien Allard y otros vs L'ASBL Festival de Theathre de Spa

La banda musical Lichôdmapwa conformada por Julien Allard y otros artistas, compusieron en el año 2004 la canción Aabatchouk, de 3:20 minutos de duración. Aquel álbum fue licenciado bajo licencia creative commons 2.5 y se estipularon las siguientes condiciones de uso: se debe indicar la paternidad de la obra, están prohibidos los usos comerciales y no se pueden crear obras derivadas a partir de la originaria. La organización del festival mencionado en el título, utilizó la citada canción en un comercial de 20 segundos con fines promocionales, que fue mostrado en varios medios de comunicación. Por tal razón, los autores demandaron a la organización del citado festival, solicitando que la condenaran a pagarles 10.380 euros como indemnización por el incumplimiento de las estipulaciones establecidas en la licencia creative commons por cada uno de los términos infringidos y de no acceder a ello, que subsidiariamente los condenaran por la violación de sus derechos de autor (Les demandeurs sollicitent une indemnisation principale de 10.380 euros pour inexécution des obligations de la licence Creative Commons (art. 1147 et 1149 c.c.) et subsidiairement pour atteinte à leur droit d'auteur).

La defensa respondió que la organización del festival actuó de buena fe y se equivocó en la interpretación de la licencia, ya que no sabían que la canción tenía términos diferente a los establecidos en la página web. (La défenderesse argumente de sa bonne foi et prétend avoir commis une erreur en setrompant de licence. En effet, il lui a échappé que la chanson sélectionnée était soumise à une licence différente de celles mentionnées à la page d'entrée du site internet et contenait une restriction pour usage commercial).

La corte, luego de examinar los argumentos de las partes, decidió condenar a la parte demandada, aduciendo que existió un daño por infracción a la licencia (sin importar si esta es libre o no) que debe ser indemnizado y la buena fe del demandado, no es excusa para que este sea condenado a pagar una indemnización (La bonne foi de la défenderesse n'est pas élisive de la faute et la réparation est due).

9. Responsabilidad civil

9.1. Concepto de responsabilidad civil

De manera general, la responsabilidad civil es “el conjunto de principios y normas bajo las cuales el perjuicio es reparado”¹⁰⁰. Javier Tamayo Jaramillo hace más explícito el concepto de responsabilidad civil al definirlo como “la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros”¹⁰¹. En síntesis, la responsabilidad civil es la consecuencia prevista en el sistema jurídico colombiano, para indemnizar un daño causado por un comportamiento contrario a derecho que perjudica a un ciudadano y el fundamento de este instituto jurídico es el quebrantamiento o inobservancia de un deber jurídico por acción o por omisión, que genera como consecuencia la obligación de indemnizar o restablecer los daños causados a terceros.

La responsabilidad civil se subdivide en dos institutos jurídicos que serán tratados más adelante: la responsabilidad civil contractual consagrada en los artículos 1604 a 1617 y la responsabilidad civil extracontractual dispuesta en los artículos 2341 a 2359.

9.2. Elementos de la responsabilidad

Según la doctrina, los elementos de la responsabilidad civil son el hecho (otros tratadistas hablan de *culpa*), el daño y el nexo de causalidad. No obstante lo anterior, para los actuales doctrinantes de la responsabilidad civil como Javier Tamayo¹⁰² el elemento hecho

¹⁰⁰ GONZÁLEZ BRICEÑO, Álvaro Andrés. El daño o perjuicio en derecho de las obligaciones. Tomo II, Volumen 1. Coordinadora Marcela Castro de Cifuentes. Colombia: Universidad de los Andes, 2010. p. 43.

¹⁰¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. 2ª. ed. Bogotá: Legis, 2007. p. 8.

¹⁰² TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 188.

(o culpa) es incorrecto en razón a que no es exacto hablar de hecho ya que “la conducta que causa un daño lo que constituye un hecho ilícito”¹⁰³ y “es impreciso hablar de culpa, pues hay varias instituciones de responsabilidad objetiva donde solo basta la conducta dañosa del agente”¹⁰⁴. Por tal razón, los tres elementos de la responsabilidad civil son la conducta, el nexo causal y el daño.

9.2.1. Conducta. El diccionario de la Real Academia Española define conducta como la “manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones.”¹⁰⁵ Para que exista responsabilidad civil lo primero que tiene que existir es un comportamiento (ya sea mediato o inmediato) por parte del responsable del daño, es decir un acto que “no pretende crear efectos jurídicos, pero que de hecho los crea porque se produce un daño en forma ilícita”¹⁰⁶.

Este concepto se diferencia de la culpa en que “la culpa no es más que una cualidad, característica o modalidad que acompaña al comportamiento humano”¹⁰⁷.

9.2.1.1 Conducta activa. Se habla de conducta activa cuando el agente “con su propio comportamiento produce todos los mecanismos físicos necesarios para que la mutación del mundo exterior se produzca”¹⁰⁸.

9.2.1.2 Conducta omisiva. Existe conducta omisiva cuando el agente “realiza una conducta completamente ajena, desde el punto de vista físico, a la causación del daño y, al mismo tiempo, omite realizar una conducta que habría evitado la producción del

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=conducta. (consultado el 09/04/2011).

¹⁰⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. 2ª. ed. Bogotá: Legis, 2007. p. 189.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 193.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 190.

perjuicio”¹⁰⁹. De igual forma, existe conducta omisiva cuando “el agente al realizar una conducta omite otra que es determinante en la producción del daño”¹¹⁰.

9.2.2. Nexo Causal. Por nexo causal se puede entender el vínculo existente entre la conducta realizada por el responsable y el daño que le ocasiona a la víctima. Al respecto, el profesor Tamayo Jaramillo dice en su tratado de responsabilidad civil que “en general, es una exigencia de todo mundo normativo, sea religioso, moral o jurídico. Uno solo responde por los efectos de su propia conducta”¹¹¹.

9.2.2.1. Tipos de causalidad

A. Causalidad Jurídica y causalidad física

La causalidad puede ser de física o jurídica. La primera consiste en que “una persona causa una lesión a otra en forma dolosa”¹¹²; y la segunda, que “el hecho le es imputable jurídicamente al demandado”¹¹³.

B. Causalidad simple y causalidad compleja

Existe causalidad simple cuando “la victima solo debe establecer un nexo de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño sufrido”¹¹⁴, mientras en la causalidad compleja, “el perjudicado debe establecer dos o más nexos causales para así eslabonar toda una cadena de causas y efectos que comienza con el comportamiento ilícito del agente y termina con la realización del daño”¹¹⁵.

9.2.2.2 La prueba del nexo causal. Por regla general, es a la víctima a quien le corresponde probar que el daño sufrido, ha sido causado por la conducta ilícita del

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 194 y 195

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 194.

¹¹¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. 2ª. ed. Bogotá: Legis, 2007. p. 248.

¹¹² *Ibíd.*, p. 249.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 249.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 251.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 251.

agente, realizado por sí mismo, un tercero, cosa o actividad bajo su responsabilidad causó el perjuicio.

9.2.3 Daño. Para una gran parte de la doctrina, daño es sinónimo de perjuicio y es definido como “la alteración negativa e ilícita de los bienes o intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima producida como consecuencia del hecho dañoso”¹¹⁶. La existencia del daño por parte de un tercero al perjudicado que demanda su reparación, es el requisito indispensable para la existencia de una responsabilidad civil.

9.2.3.1 Diferencia entre daño y perjuicio. No obstante lo escrito en la introducción de este punto, algunos tratadistas diferencian los conceptos de daño y perjuicio ya que “sería daño la simple destrucción o deterioro de un objeto. Sería perjuicio la disminución patrimonial que sufre una persona como consecuencia de dicho daño”¹¹⁷.

9.2.3.2 Daño civil indemnizable. Según el profesor Javier Tamayo Jaramillo, el daño civil indemnizable es “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”¹¹⁸. El daño anteriormente definido, no es indemnizable por sí solo, ya que necesita que “produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda demandar la reparación”¹¹⁹. A su vez, ese perjuicio indemnizable debe ser CIERTO, reclamado por el perjudicado y aquel beneficio moral o económico disminuido o suprimido, debe estar protegido por el orden jurídico.

¹¹⁶ GONZÁLEZ BRICEÑO, Álvaro Andrés. El daño o perjuicio en derecho de las obligaciones. Tomo II, Volumen 1. Coordinadora Marcela Castro de Cifuentes. Op. cit., p. 19.

¹¹⁷ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II. 2ª.ed. Bogotá: Legis, 2007. p. 332.

¹¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II. Op. cit., p. 326.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 335.

9.2.3.3 Elementos de la existencia del daño

A) Certeza

La certeza es “la convicción razonable que tiene el operador jurídico sobre la existencia real y específica del perjuicio”¹²⁰. La prueba de la certeza del daño civilmente indemnizable, le corresponde probarla al demandante. El daño no debe ser necesariamente actual, pero los hechos que originan aquel daño deben haberse producido y no ser futuros y eventuales.

Por lo anterior, el daño es cierto “cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”¹²¹. Esto lleva a que el juez al momento de analizar los elementos probatorios allegados por el perjudicado, sea quien califique la existencia de un daño, examinando todos los factores que rodeen el hecho ilícito; con el fin de “llegar así a esa convicción que hemos llamado “razonable” y que lo aleja de la arbitrariedad que se traduce en la injusta privación de la indemnización o en la utilización de esta como fuente de enriquecimiento de la víctima”¹²².

B) El perjuicio debe ser personal

Para que exista indemnización por el daño, el perjuicio debe ser personal. Por tal razón, de manera restrictiva solo las víctimas o sus herederos tienen el derecho de demandar la reparación del daño civil indemnizable. Según el profesor Juan Carlos Henao, el daño es personal cuando “quien demanda reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho de obtener la indemnización del daño es ilegal”¹²³. Por todo lo anterior, el daño es de carácter personal y en tal sentido, “el fundamento jurídico que le da derecho a la

¹²⁰ GONZÁLEZ BRICEÑO. Op. cit., p. 58.

¹²¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II. Op. cit., p. 339.

¹²² *Ibíd.*, p. 60.

¹²³ HENAO, Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *En*: GONZÁLEZ BRICEÑO, Álvaro Andrés. Op. cit., p. 111.

víctima de demandar extrajudicial o judicialmente la reparación del perjuicio es la “situación jurídica protegida”, concepto que no se refiere a una situación concreta tutelada expresamente mediante una norma específica, como el caso de los alimentarios, sino a toda situación que no es ilegal o contraria a derecho, sin que importe que la respectiva situación dé lugar a exigir el cumplimiento de prestaciones a un sujeto determinado”¹²⁴.

En consecuencia, sólo la persona que ha sido perjudicada o sus herederos pueden demandar la indemnización del daño, siempre y cuando tengan legitimación por activa y un soporte jurídico que les ampare el derecho vulnerado.

C) El beneficio dañado debe ser lícito

El daño puede ser reparable siempre y cuando sea personal, cierto y se haya afectado un beneficio lícito de la víctima. Se dispone de beneficios lícitos “cuando se es titular de un derecho real o personal, o cuando la actividad está expresamente protegida y garantizada por la Constitución y las leyes”¹²⁵.

9.2.3.4 Indemnización del daño. En virtud del principio de reparación integral, “la víctima del perjuicio debe ser llevada a la situación que gozaría de no haber ocurrido el hecho dañoso”¹²⁶; lo que lleva a que la indemnización “no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima; su finalidad es reintegrar pecuniariamente el derecho o interés conculcado por el hecho ilícito”¹²⁷. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de septiembre de 1991¹²⁸, rechazó la acumulación de pretensiones que solicito la víctima de un accidente de tránsito, en virtud a que “...un daño solo puede ser indemnizado una vez, sin que sea posible recibir o acumular varias prestaciones con

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 111 y 112

¹²⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II. Op. cit., p. 443.

¹²⁶ GONZÁLEZ BRICEÑO. Op. cit., p. 52.

¹²⁷ *ibíd.*

¹²⁸ GONZÁLEZ BRICEÑO. Op. cit., p. 53.

funciones indemnizatorias que excedan la reparación total del daño, en tanto que son admisibles las que carezcan de esta función”¹²⁹.

En consecuencia, la víctima sólo puede reclamar por un mismo hecho los perjuicios que le hayan sido ocasionados, dado que no puede abusar de los procedimientos jurídicos para incrementar su patrimonio de manera fraudulenta.

9.2.3.4.1. Legitimación de la víctima para reclamar la indemnización del daño. La legitimación de la víctima depende del tipo de responsabilidad civil. Esto en razón a que en la responsabilidad civil contractual, la legitimación se deriva del incumplimiento de un contrato celebrado válidamente y que por tanto, el objeto como la causa deben ser lícitos indispensablemente para que el perjudicado pueda reclamar la indemnización del daño. Ahora bien, en la responsabilidad civil extracontractual, no es indispensable que exista una causa y objeto lícito puesto que en materia de daños extracontractuales “la víctima no requería que la acción dañina hubiera atentado contra un derecho de pretensión frente a un obligado, o lo que tradicionalmente se denomina como un “interés jurídicamente protegido”¹³⁰. No obstante lo anterior, si “la acción indemnizatoria era contraria a derecho [...] debía ser rechazada judicialmente”¹³¹.

9.3. Instituciones de la responsabilidad civil

9.3.1. Responsabilidad civil contractual. La responsabilidad civil contractual, dispuesta en los artículos 1604 al 1617 del código civil, es “aquella que resulta de la inexecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido”¹³². Esta institución se subdivide a su vez en la responsabilidad civil contractual según el origen del daño y según la carga de la prueba de la culpa y de la exoneración del deudor¹³³. La primera clasificación, tal como su nombre lo indica, la responsabilidad civil contractual

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II. Op. Cit., p. 449.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008/2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Op. Cit., p. 32.

que tiene su origen en el daño causado por el “incumplimiento puro y simple del contrato, en su cumplimiento moroso o en su cumplimiento defectuoso”¹³⁴. La segunda clase de responsabilidad civil contractual es la que se deriva de las obligaciones del deudor.

9.3.1.1 Requisitos para la existencia de responsabilidad civil contractual. Según Javier Tamayo¹³⁵ los requisitos para que exista responsabilidad civil contractual son:

- Que exista un contrato válido, es decir, que el daño proceda del incumplimiento de un contrato legítimamente celebrado entre el perjudicado y el agente.
- Que el daño surja de la inejecución del contrato, lo cual significa que “haya una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas”¹³⁶.
- El daño debe ser causado por el deudor al acreedor contractual¹³⁷.
-

9.3.2 Responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil extracontractual, regulada principalmente en los artículos 2341 a 2359, es la responsabilidad derivada de “todo comportamiento ilícito que no se derive de la inejecución de un contrato válidamente celebrado entre demandante y demandado”¹³⁸. Esta responsabilidad, en estricta lógica, es “una responsabilidad directa, ya que en última instancia es la conducta del agente la que se reprocha, pues la ley supone que es el comportamiento del demandado la causa de que las personas o las cosas que están bajo su cuidado hayan causado el daño a un tercero”¹³⁹. De ésta se dimanan tres institutos: la responsabilidad personal o por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno y la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades peligrosas.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 32

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 68

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 78

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 68

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 575

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 579

9.3.2.1 Responsabilidad por el hecho propio. Consagrado en normas dispersas como los artículos 2341, 2347 al 2349, 2350 al 2356 del Código Civil, este instituto “está constituido por todos aquellos comportamientos que, siendo culposos, no se enmarcan dentro de las otras especies de responsabilidad extracontractual en el código civil”¹⁴⁰. Lo anterior en razón a que aunque en principio, este tipo de responsabilidad estaba (según el citado artículo 2341) concebido para abarcar lo relacionado con los daños causados directamente por el agente, con el paso de los años y las sentencias, “se hizo aplicable en todos aquellos eventos en que existe una culpa comprobada del agente, poco importa que el daño haya sido causado en forma inmediata por una persona o por una cosa que estaba al cuidado del demandado”¹⁴¹.

9.3.2.2 Responsabilidad por el hecho ajeno. Esta responsabilidad consagrada en los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil, “es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –culpa in vigilando, culpa in eligiendo- al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia”¹⁴².

9.3.2.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades peligrosas. La responsabilidad por el hecho de las cosas, consagrada en el artículo 669 del código civil, dispone que “todo el que cause un daño con el uso o el goce de la cosa de la que es dueño está obligado a indemnizar a la víctima”¹⁴³. Por su parte, la responsabilidad por actividades peligrosas y cuyo sustento jurídico es el artículo 2356 del código civil, “todo el

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1235/05. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Op. cit., p. 36.

que cause un daño en el ejercicio de una actividad peligrosa, está obligado a indemnizar a la víctima, a menos que establezca una nueva causa extraña”¹⁴⁴.

10. La responsabilidad civil en materia de derechos de autor

10.1 ¿De dónde nace la responsabilidad civil en el derecho de autor? La responsabilidad civil en los derechos de autor nacen a partir de la realización de una conducta por un sujeto que vulnera derechos amparados legalmente al creador o titular de una obra literaria, artística, musical, entre otras. El profesor Luis Carlos Plata López dice al respecto: “la simple vulneración de los derechos de autor genera un daño susceptible de ser reparado, y en el evento de la imposibilidad de reparación, esto es, volver a las cosas al estado en que se encontraban al momento de cometerse la infracción, se hará necesaria la indemnización sustitutiva o por equivalencia del perjuicio ocasionado; que en todo caso será el pago de una suma de dinero”¹⁴⁵. Por lo anterior cualquier conducta que infrinja derechos de autor, produce un daño que debe ser reparado o de no poder repararse, debe ser indemnizado por medio de una suma de dinero.

10.2. Conductas que atentan contra el derecho de autor. Según el profesor Luis Carlos Plata¹⁴⁶, los requisitos para que exista una infracción contra el derecho de autor son:

- a) La existencia de una conducta que atente contra el derecho de autor, entendiéndose por este tanto los derechos patrimoniales como los derechos morales.
- b) Que la conducta desplegada, perjudique de manera ilegítima o usurpatoria los respectivos derechos de autor.
- c) Que no hubiese expirado el término de protección de los derechos patrimoniales, es decir, que la obra no sea de dominio público.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 37

¹⁴⁵ PLATA LÓPEZ. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁶ PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor*. Colombia: Universidad del Norte, Año 2010. p. 96.

d) Que la conducta no esté amparada bajo algún supuesto de excepción o limitación al derecho de autor.

10.2.1. Principales conductas que atentan contra el derecho de autor

- **El plagio.** El Glosario de la OMPI define 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”¹⁴⁷. Para la Corte Suprema de Justicia el plagio es “la apropiación indebida de la creación de otro”¹⁴⁸. El profesor Márquez Robledo por su parte, define el plagio como “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”¹⁴⁹.

Aquella apropiación indebida de la creación de otro, puede producirse –según la Corte Suprema de Justicia—de dos formas:

- Por imitación servil que ocurre “cuando el plagiario pura y simplemente suprime el nombre del autor verdadero sin tocar en lo absoluto el contenido de la obra”¹⁵⁰.
- Por imitación elaborada que ocurre cuando el plagiario “extrae partes importantes de ella para incorporarlas a la obra plagiaria”¹⁵¹.

Frente a esta infracción al derecho de autor, “el hecho de que la infracción recaiga sobre un derecho moral no es obstáculo para que con la misma se generen perjuicios de carácter patrimonial”¹⁵².

¹⁴⁷ BOYTHA, Gyorgy. OMPI glosario de derecho de autor y derechos conexos. Ginebra, 1980, voz 188. En: Boletín Observancia Número 2 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Edición Virtual: <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/boletines/Bolet%EDn%20Observancia/No2/BOLETIN%20OBSERVANCIA,%20NATALIARIASP,SEP%207%20de%202010.pdf> (Consultada el 09/04/2011).

¹⁴⁸ GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro. El tipo de los delitos contra la propiedad intelectual. Madrid: Tecnos. p. 192. Citado por: GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. y citado en la Sentencia de 28 de mayo de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

¹⁴⁹ PLATA LÓPEZ. Op. cit., p. 140.

¹⁵⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 31403. MP Doctor Sigifredo Espinosa Pérez; Mayo 28 de 2010.

¹⁵¹ *Ibíd.*

- **La piratería.** Por piratería se puede entender “la reproducción y distribución de copias de obras protegidas por el derecho de autor, así como su transmisión al público o su puesta a disposición en redes de comunicación en línea, sin la autorización de los propietarios legítimos, cuando dicha autorización resulte necesaria legalmente. La piratería afecta a obras de distintos tipos, como la música, la literatura, el cine, los programas informáticos, los videojuegos, los programas y las señales audiovisuales”¹⁵³.

Como se puede observar de la anterior definición, es una conducta que atenta contra el derecho patrimonial del autor, sin que por ello sea requisito indispensable para la ejecución de esta conducta la intención de lucro con la obra ilegalmente reproducida y distribuida.

Según el profesor Luis Carlos Plata¹⁵⁴, los requisitos para que exista la conducta de piratería son:

- a) Ausencia de una autorización por parte del titular de los derechos de autor.
- b) La reproducción o explotación de la obra de manera ilegal (en razón al punto anterior), sin importar el soporte utilizado para tal acto.
- c) La distribución al público de la obra reproducida.

10.3. Medidas de protección de los derechos de autor en materia civil. El derecho de autor dispone acciones de carácter civil que buscan “la reparación o indemnización del daño, en su ámbito patrimonial y extramatrimonial, causado a los titulares por las infracciones a los derechos de autor, bien sea los derechos morales o los derechos

¹⁵² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 31403. MP Doctor Sigifredo Espinosa Pérez; Mayo 28 de 2010.

¹⁵³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. La piratería. en: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=39397&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

¹⁵⁴ PLATA LÓPEZ. Op. cit., p. 142.

económicos o patrimoniales”¹⁵⁵, ya que “la simple vulneración de los derechos de autor genera un daño susceptible de ser reparado, y en el evento de cometerse la infracción, se hará necesaria la indemnización sustitutiva o por equivalencia del perjuicio ocasionado; que en todo caso será el pago de una suma de dinero”¹⁵⁶.

La ley 23 de 1982 en su capítulo XVIII dispone como procedimiento ante la jurisdicción ordinaria para resolver litigios relativos a asuntos consagrados en esa ley el proceso verbal (artículo 427 numeral 5 del código de procedimiento civil), ya sea por aplicación de sus normas o como consecuencia de los actos, y hechos jurídicos que se encuentren vinculados con los derechos de autor¹⁵⁷. No obstante lo anterior, la norma es aplicable a la reparación de daños o indemnización de perjuicios por la infracción del derecho de autor y/o de una licencia, razón por la cual, la Dirección Nacional de Derechos de Autor, ha dispuesto que “al no existir disposiciones especiales sobre la materia, la indemnización de los daños ocasionados por la vulneración al derecho de autor se rigen por las disposiciones comunes de la responsabilidad contractual o extracontractual según sea el caso”¹⁵⁸.

10.4. Procedimientos civiles para la protección del derecho de autor

- **Procedimientos cautelares.** En virtud a los artículos 244 y 246 de la ley 23 de 1982, el autor, el editor, el artista, el organismo de radiodifusión, los causahabientes de éstos y quien tenga la representación legal o convencional de ellos; pueden pedir por medio de una demanda ante un juez civil, como medida cautelar, el secuestro preventivo de: toda obra y sus ejemplares, el producto de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares; y el producido de la venta y alquiler de los espectáculos teatrales, cinematográficos, musicales y otros análogos. De igual forma, según el artículo 245 de la ley 23 de 1982, las mismas

¹⁵⁵ Opt Cit. Pág. 79

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Ley 23 de 1982 Art. 242

¹⁵⁸ Concepto 1-2006-4988 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor

personas señaladas anteriormente, sin necesidad de presentar una demanda, pueden pedir la suspensión o interdicción de la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes; que se vaya a exhibir o ejecutar en público sin autorización del titular(o titulares) del derecho de autor. El artículo 247 de la ya citada ley, complementa lo anterior, disponiendo que las medidas cautelares solicitadas, se decretan inmediatamente, siempre y cuando el solicitante preste caución suficiente para garantizar los perjuicios que pueda ocasionar y además, presente una prueba sumarial del derecho que tiene.

- **Proceso ejecutivo.** Según la Dirección Nacional de Derecho de autor “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”¹⁵⁹. Para que el demandante pueda acudir a este tipo de proceso, es indispensable que cuente con un título ejecutivo que contenga una obligación clara, expresa y actualmente exigible.
- **Proceso declarativo.** Dentro de esta clase de proceso, consagrado de los artículos 396 del código de procedimiento civil en adelante, entran los procesos donde se busca la declaración de una responsabilidad civil. La Dirección Nacional de Derecho de Autor dispone que “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”¹⁶⁰. Al respecto, vale la pena precisar que con la reforma de la ley 1395 de 2010, los asuntos de mayor y menor cuantía se sujetan al procedimiento del proceso verbal de mayor y menor cuantía. Los de mínima

¹⁵⁹ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2010- 11986.

¹⁶⁰ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto 1-2010- 11986.

cuantía, se someten al proceso verbal sumario, el cual se tramita de forma oral y en una sola audiencia.

10.5 ¿Cuál es la jurisdicción a la que se debe acudir en los casos de violación al derecho de autor? Las normas del derecho de autor no regulan los procedimientos para demandar y obtener indemnización por la vulneración de derechos de los titulares de derechos morales y patrimoniales. Por tal razón se debe acudir a las diferentes normas del derecho civil que regulan lo concerniente a la responsabilidad civil y con base en ellas, pedir la reparación del daño causado por el infractor.

La jurisdicción competente para conocer de asuntos relacionados con la reparación de daños de vulneraciones del derecho de autor, es la jurisdicción ordinaria en su rama civil, según la cuantía y la naturaleza del proceso; tal y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia¹⁶¹.

Sobre lo anterior, la Dirección Nacional del Derecho de Autor se ha pronunciado de la siguiente manera: “[...]las normas de derecho de autor aplicables en Colombia (Decisión Andina 351 de 1993, Ley 23 de 1982 y Ley 44 de 1993) no regulan la indemnización de los daños causados al autor por violación del derecho moral o derecho patrimonial.

La ley 23 de 1982 remite a la jurisdicción ordinaria (procesos verbales), para dirimir las controversias en materia de derecho de autor. Todo lo anterior, para significar que si en materia de procedimiento autoral existen las vías de la jurisdicción ordinaria, no vemos por qué no se pueda recurrir para todos los casos de indemnización de perjuicios al derecho civil, dada la falta de regulación en este tema en la legislación nacional”¹⁶².

¹⁶¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia de tutela del 13 de julio de 1993. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta

¹⁶² DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto. Rad. 2-2006-3658. En: PLATA LÓPEZ. Op. cit., p. 80.

10.6 Naturaleza de la responsabilidad civil frente la infracción del derecho de autor. Al existir una infracción al derecho de autor: ¿existe responsabilidad civil extracontractual o contractual? La respuesta es que existe responsabilidad civil de las dos clases según sea el caso.

10.6.1 Responsabilidad civil contractual en los derechos de autor. El negocio jurídico por medio del cual se transfiere el derecho patrimonial del autor a un tercero, es llamado de manera general por la doctrina contrato de cesión. Este término comprende “los contratos de cesión propiamente dichos, así como los de edición, inclusión en fonograma, ejecución pública, entre otros”¹⁶³. Por tal razón existen contratos que pueden ser susceptibles de negociar derechos de autor, los cuales generan obligaciones para las partes y de su incumplimiento se puede generar responsabilidad civil contractual.

Por lo anterior, existe responsabilidad civil contractual, cuando una de las partes del contrato no cumple con lo pactado y el perjudicado puede pedir indemnización de los daños. El incumplimiento contractual puede o no generar una infracción de derecho de autor, sin que esto sea un requisito importante para pedir la reparación de los perjuicios ocasionados. Se puede traer como ejemplo de lo anterior, lo dicho por el profesor Luis Carlos Plata, en el sentido de que “en el caso del contrato de edición, el no pago de la cantidad convenida a título de contraprestación o regalías, claramente constituye un incumplimiento contractual por parte del editor”¹⁶⁴, pero no por ello se puede pregonar una infracción al derecho de autor. Caso diferente sería si el editor, “pública y comercializa un tiraje mayor al autorizado”¹⁶⁵, ya que además de incumplir el contrato, estaría vulnerando un derecho patrimonial del autor.

¹⁶³ PLATA LÓPEZ. Op. cit., p. 86.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 88.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

10.6.2 Responsabilidad civil extracontractual en los derechos de autor. La acción será de tipo extracontractual “en todos los casos en lo cuales entre el infractor o causante del daño y el titular del derecho de autor no medie vínculo contractual que imponga obligaciones y deberes al respecto”¹⁶⁶.

En tal sentido, cuando se vulneren derechos de orden moral o patrimonial donde no medie acuerdo de voluntades entre el ejecutor de la conducta infractora y el titular de los derechos, la vía jurídica para demandar la reparación o indemnización del daño será la responsabilidad civil extracontractual.

10.7. La reparación del daño

10.7.1 Legitimación para reclamar la indemnización del daño. Como bien se dijo anteriormente, el titular del derecho de autor es quien tiene legitimación para reclamar la reparación o indemnización, por los perjuicios derivados de la infracción al derecho de autor. Las normas que regulan el tema son el artículo 57 de la Decisión Andina 351 de 1993 y el artículo 238 de la ley 23 de 1982, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho...”

“Artículo 238.- La acción civil para el resarcimiento del daño o perjuicio causado por la infracción de esta Ley puede ejercerse dentro del proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil competente, a elección del ofendido.

En el segundo de estos casos, el juicio civil y el penal serán independientes, y la sentencia definitiva que recaiga en uno de ellos no fundará excepción de cosa juzgada en el otro.”

¹⁶⁶Ibíd., p. 83.

10.7.2 El daño patrimonial. El daño patrimonial, desde el punto de vista del derecho de autor, es “la pérdida que haya sufrido el titular del derecho, además de las ganancias que haya dejado de percibir a consecuencia de la infracción, adicionando, como lo hacen algunas legislaciones, todos los beneficios e ingresos indebidos percibidos por el contraventor”¹⁶⁷.

10.7.3 El daño moral. Puede entenderse como daño moral, aquel cuyo perjuicio no tiene relación alguna con el patrimonio del autor. En Colombia este tipo de daño no ha sido estudiado, ya que “solamente existen en este momento algunos fallos de la Sala de Casación Penal en los cuales se condena al pago de perjuicios, pero no se distingue entre los morales y los patrimoniales”¹⁶⁸

10.7.4 Valoración del daño. Los criterios para la valoración del daño se encuentran en el artículo 57 de la ley 44 de 1993. Estos se enfocan principalmente en los perjuicios patrimoniales ocasionados al autor y son los siguientes:

- El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización. Al respecto, debe entenderse que este “criterio obedece al valor comercial de los ejemplares determinados en abstracto, es decir, no al valor efectivamente percibido o recaudado por el infractor como fruto de la actividad ilícita”¹⁶⁹. En tal sentido, no toma en cuenta las utilidades percibidas por el infractor del derecho de autor, no entran a la hora de valorar el daño.
- El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación.

Esta regla consagra que al momento de valorarse el daño, se deben tener en cuenta las hipotéticas utilidades que hubiese podido recibir el autor de haber autorizado al explotación de la obra.

¹⁶⁷ *Ibíd*, p. 162.

¹⁶⁸ *Ibíd*, p. 166.

¹⁶⁹ *Ibíd*. Pág 170.

- El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita. En virtud a esta pauta, el daño debe valorarse según la duración que tuvo el ejercicio de la actividad violatoria de derechos de autor por parte del infractor. La teleología de esta norma es la de graduar el castigo del conculcador según el tiempo que lleve cometiendo infracciones contra el derecho de autor.

11. La licencia creative commons no comercial y la responsabilidad civil derivada de su infracción

11.1. Fuente de la responsabilidad civil derivada de la infracción

Como se dijo anteriormente, la licencia creative commons no comercial es un de contrato de licencia, por medio del cual, el creador autoriza la utilización de su obra bajo cierta clase de parámetros. Por tal razón, no se contrapone al concepto de derecho de autor, sino que por el contrario, hace parte de él. De igual forma el licenciamiento de la obra bajo la citada creative commons, es proteger y liberar, ofreciendo flexibilidades en los usos de la obra al licenciatarario, pero generándole obligaciones con las que tiene que cumplir so pena de infracción a la licencia.

Por lo anterior, como se vio en el desarrollo de este trabajo y como lo han entendido los jueces (ver capítulo 8.6), la vulneración de la licencia creative commons no comercial y/o los derechos de autor de la obra, produce un daño que es susceptible de ser reparado o indemnizado con una suma de dinero. Para ello, quien considere que se le ha violado un derecho puede acudir (según las normas procesales) al juez civil que tenga competencia para conocer del asunto (esto varía según la cuantía) e interponer una demanda de responsabilidad civil contractual o extracontractual según sea el caso.

11.2. Infracción de la licencia creative commons no comercial y la violación de derechos de autor. La Dirección Nacional de Derechos de Autor dice sobre las licencias creative commons que “los usos que se efectúen fuera de las autorizaciones concedidas en la licencia constituirán, no sólo un incumplimiento contractual, sino también una vulneración al derecho de autor del titular de la obra (licenciante)”¹⁷⁰. En tal sentido, la infracción de la licencia creative commons “no comercial” puede coexistir junto a la violación de derechos de autor de la obra licenciada. No obstante lo anterior, son dos términos diferentes que pueden o no estar en una misma situación. Para empezar existe violación a los derechos de autor, cuando un tercero atenta contra los derechos patrimoniales y/o morales del autor. Por otro lado, existe infracción a la licencia creative commons cuando el licenciataria infringe algunas de las condiciones estipuladas en la licencia. Esto es importante tenerlo para los capítulos siguientes.

11.3. Tipo de responsabilidad civil por la infracción de la licencia creative commons

En los capítulos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se dijo que la primera acontece de la inexecución, ejecución imperfecta o ejecución tardía de un contrato y la segunda, de todo comportamiento ilícito que no se derive de la inexecución, ejecución imperfecta o tardía de las obligaciones del contrato. Además de lo anterior, en el capítulo 10.3, se expuso que la infracción a la licencia creative commons atribución – no comercial no es igual a la vulneración del derecho de autor, ya que aquella hipótesis se da cuando se infringen cláusulas contractuales de la licencia sin importar si hay violación o no al derecho de autor.

De igual forma, como se mencionó a lo largo de este texto y se dijo en las sentencias citadas, cuando el licenciante ofrece al público una obra bajo licencia creative commons, pone de presente condiciones de carácter contractual que deben ser cumplidas por el licenciataria que hace uso de la obra licenciada so pena de producir un daño susceptible

¹⁷⁰ Concepto 1-2011-18667 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor

de ser reparado o indemnizado. En tal sentido, la vía adecuada para pedir la indemnización o reparación del daño producido por la infracción de la licencia citada es la responsabilidad civil de tipo contractual; en razón a que la infracción de la licencia creative commons atribución – no comercial (exista o no vulneración al derecho de autor) es en el fondo una violación de las cláusulas contractuales de la licencia.

12. Conclusiones

De conformidad con los objetivos enmarcados en el prolegómeno de este texto y el desarrollo de los mismos a lo largo del estudio aquí escrito, estas son las conclusiones más representativas sobre el tema tratado:

PRIMERA: La licencia en el derecho de autor, se desprende del artículo 13 de la decisión andina 351 de 1993 que dispone el derecho que tiene el titular de los derechos patrimoniales de realizar, autorizar o prohibir usos de su obra. De igual forma, la licencia tiene su origen en el principio del derecho de autor “independencia de las utilizaciones” en virtud del cual, el autor puede realizar o autorizar diversos usos de su obra por parte de él o terceros.

SEGUNDA: Creative commons y sus licencias no son conceptos opuestos al derecho de autor, sino hacen parte de él. Por lo tanto, las obras licenciadas bajo licencia creative commons se entienden como una licencia de derechos de autor más con sus características especiales y son cobijadas tanto por las normas que protegen el derecho de autor, como por las disposiciones generales relativas a los contratos.

TERCERA: Como se dijo en varios capítulos de este trabajo, la licencia creative commons no comercial, conocida también como la licencia creative commons no comercial, autoriza a otros copiar, distribuir, mostrar y modificar su obra, siempre y cuando se mencione el nombre del titular del respectivo derecho de autor y sea con motivos no comerciales. Por

tal razón existe infracción a la licencia creative commons no comercial, cuando se utiliza la obra sin reconocer la autoría o titularidad de la persona en quien radica el derecho de autor y/o sí el licenciatario realiza usos con el animo de obtener un beneficio comercial o de compensación monetaria

CUARTA: La vulneración de derechos de autor de una licencia creative commons no comercial o la simple infracción de la licencia creative commons, genera un daño que debe ser reparado o indemnizado.

QUINTA: La responsabilidad civil contractual es la vía idónea para reclamar la reparación o indemnización por los daños ocasionados por la infracción de la licencia creative commons no comercial, en virtud a que (como se expuso en el presente trabajo) las licencias creative commons son contratos (atípicos porque no se encuentran en la ley, pero contratos al fin y al cabo), cuyas condiciones generan obligaciones para el licenciatario que realice alguno de los usos autorizados de la obra, que de no cumplirse, generarían un daño susceptible de ser reparado.

SEXTA: En virtud de la conclusión anterior, si un licenciante considera que fue infringida la licencia creative commons no comercial con la que licenció su obra por parte de un tercero, por realizar éste usos no autorizados, puede acudir, según el artículo 396 y siguientes del código de procedimiento civil modificado por los artículos 21,22 y 44 al proceso verbal sumario (si es de mínima cuantía), proceso verbal de menor cuantía o al proceso verbal de mayor cuantía para solicitar que se declare la responsabilidad civil contractual.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MOZONCILLO, José María; et al. Alternativas de Política Cultural. Barcelona: Gedisa, 2007.

BORETTO, Mónica. Contratos de edición, guía de licencias y cesión de derechos de autor, ebooks y el entorno digital. Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2010.

BUITRAGO LÓPEZ, Elker. Derecho Intelectual. 2ª. ed. Colombia. Librería ediciones del profesional LTDA., 2003.

CANAVAL PALACIOS, Juan Pablo. Manual de Propiedad Intelectual. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

LESSIG, Lawrence. Free Culture. Estados Unidos: The penguin Press., 2004. p. 87.

LIPSZYC, Delia. Nuevos temas de derecho de autor. Argentina: Zevalía editor, UNESCO y Bogotá: CERLAC, 2004

MARANDOLA, Marco. ¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons. Barcelona: Derecho de Autor, S.L., 2005.

MÁRQUEZ ROBLEDO, Santiago. Principios de Derecho de Autor. Colombia: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas (Savegraf). Colección Profesores No. 39.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Bogotá: Temis S.A., 2008.

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Colombia: Uninorte. Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

SOLANO DE JINETE, Nancy y GARCÍA DE VANEGAS, David. Derechos de autor en el ámbito universitario. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2008.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. 2ª.ed. Bogotá. Legis, 2007.

_____. _____. Tomo II. 2ª.ed. Legis, 2007.

Varios autores. El daño o perjuicio en derecho de las obligaciones. Tomo II, Volumen 1. Coordinadora: Marcela Castro de Cifuentes. Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

ZEA FERNÁNDEZ, Guillermo. Derechos de autor y derechos conexos ensayos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

WEBGRAFÍA

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN. Guía sobre gestión de derechos de autor y acceso abierto en bibliotecas, servicios de documentación y archivos. Disponible en: http://www.sedic.es/dchos_autor_normaweb.01.07.pdf. (consultada el 09/04/2011).

BOTERO, Carolina. Derechos de Autor para todos. Creative commons Colombia. Julio de 2006. Disponible en: http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cts=1331224994055&ved=0CF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fcmsi.colnodo.apc.org%2Fupload%2F77736973706f7274616c646f63756d65%2FCC_CarolinaBotero_DerechosDeAutorParaTodos.pdf&ei=XeFYT872AYXMtgf14ImFDA&usg=AFQjCNHbUqGrGb82Pz7WqID6Pphjqth1w (consultada el 09/04/2012).

CREATIVE COMMONS. Disponible en: <http://wiki.creativecommons.org/>. (consultada el 09/04/2011).

DIFFEN. Disponible en: <http://www.diffen.com/>. (consultada el 09/04/2011).

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co> (consultada el 09/04/2011).

FUNDACIÓN COPYLEFT. Disponible en: <http://fundacioncopyleft.org/es/>. (consultada el 09/04/2011).

VERCELLÍ, Ariel. Guía de licencias Creative Commons. Disponible en: <http://www.arielvercelli.org/gdlcc2-0.pdf> (consultada el 23/04/2011)

HISTORY OF COPYRIGHT. Disponible en: <http://www.historyofcopyright.org/>. (consultada el 09/04/2011).

INDIANOPEDIA. Disponible en: <http://lasindias.net/indianopedia>. (consultada el 09/04/2012).

MAEZTU, David. Blog del derecho y las normas. Disponible en: «<http://derechoynormas.blogspot.com/2006/11/creative-commons-licencias-o-contratos.html>» (consultada el 22/05/2012).

MANZANA MECÁNICA. Disponible en: <http://manzanamecanica.org>. (consultada el 09/04/2011).

OPEN CONTENT. Disponible en: <http://opencontent.org/blog>. (consultada el 09/04/2011).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. Disponible en: <http://portal.unesco.org/culture/es/>. (consultada el 09/04/2011).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). Disponible en: <http://www.wipo.int/about-ip/es/> (consultada el 09/04/2011).

PROJECT GUTENBERG. Disponible en: <http://www.gutenberg.org>. (consultada el 09/04/2012).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en: <http://buscon.rae.es/> (consultada el 09/04/2011).

REVISTAS ABIERTAS. Disponible en: <http://www.revistasabiertas.com/>. (consultada el 09/04/2012).

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Disponible en: <http://www.copyright.gov>. (consultada el 09/04/2011).

VARGAS SÁNCHEZ, Pedro Camilo. Historia del derecho de autor. Ministerio de Cultura de la República de Colombia. Disponible en: <http://www.mincultura.gov.co>. (consultada el 09/04/2011).