

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Cabrera-Peña, K.I. y Palacio-Puerta, M. (2016). Los derechos de autor en Colombia: objeto de constitucionalización y sujeto constitucionalizante. *Revista Jurídicas*, 13 (1), 116-131.
DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.8.

Recibido el 04 de abril de 2016
Aprobado el 03 de junio de 2016

LOS DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA: OBJETO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SUJETO CONSTITUCIONALIZANTE

KAREN ISABEL CABRERA-PEÑA*
MARCELA PALACIO-PUERTA**

RESUMEN

La constitucionalización del derecho es un fenómeno que tiene sus inicios en Europa desde el siglo XX cuando se otorga supremacía y fuerza vinculante a la norma constitucional, que cargada de principios y derechos fundamentales impregna otras áreas del derecho. Dicho fenómeno se ha presentado en Colombia a partir de 1991 y ha intentado ser descrito y conceptualizado en las distintas áreas del derecho por la jurisprudencia y la doctrina.

En Colombia, la regulación de los derechos de autor no ha sido extraña a este movimiento. No obstante, la doctrina colombiana no ha desarrollado el tema ni la jurisprudencia constitucional se ha referido a este de manera explícita. Es de esta manera que el presente artículo pretende llenar un vacío existente en la doctrina, describiendo cómo se ha presentado la constitucionalización en los derechos de autor; convirtiéndose en el primer eslabón para discutir sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: derechos de autor, constitucionalización, Colombia, propiedad intelectual, derechos morales.

* Candidata a doctora en Derecho. Docente investigadora, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.
E-mail: kicabrerap@gmail.com.
ORCID: 0000-0003-1285-5500.
** Doctora en derecho. Docente investigadora, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
E-mail: marcela.palacio@usa.edu.co.
ORCID: 0000-0002-6338-0093.



AUTHOR RIGHTS IN COLOMBIA: OBJECT OF CONSTITUTIONALIZATION AND SUBJECT CONSTITUTIONALIZING

ABSTRACT

The constitutionalization of law is a phenomenon that has its beginnings in Europe since the twentieth century. This phenomenon starts when a Constitution that incorporates principles and fundamental rights becomes the norm of the land permeating other areas of law. This phenomenon has been present in Colombia since 1991 and, since then, Colombian doctrine and jurisprudence have attempted to describe its effects in diverse areas of law.

In Colombia, the regulation of copyright has not been a stranger to this movement. However, the Colombian doctrine has not approached the subject, nor constitutional jurisprudence has referred to it explicitly. In this way, this article pretends to fill in the gap by describing how copyright law has been influenced by the constitutionalization of law.

KEY WORDS: copyright, constitutionalization, Colombia, intellectual property, moral rights.

INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del derecho es un fenómeno que tiene sus inicios en Europa desde el siglo XX cuando se otorga supremacía y fuerza vinculante a la norma constitucional, que cargada de principios y derechos fundamentales impregna otras áreas del derecho. Dicho fenómeno se ha presentado en Colombia a partir de 1991 y ha intentado ser descrito y conceptualizado en las distintas áreas del derecho por la jurisprudencia y la doctrina.

En Colombia, la regulación de los derechos de autor no ha sido extraña a este movimiento. No obstante, la doctrina colombiana no ha desarrollado el tema y la jurisprudencia constitucional no se ha referido a este de manera explícita. Esta investigación sostiene que la constitucionalización del derecho de autor en Colombia ha presentado un doble sentido: como objeto de constitucionalización y como sujeto constitucionalizante.

Como objeto de constitucionalización del derecho de autor, la influencia de la Constitución se observa en el proceso legislativo y desarrollo jurisprudencial en la materia; donde la ley debe brindar protección a los derechos de autor por mandato constitucional, pero igualmente le impone unos límites a dicho desarrollo legislativo para proteger otros preceptos constitucionales. De igual manera como sujeto constitucionalizante ha servido de fuente de constitucionalización para otras áreas donde incluso el juez basado en la protección constitucional, como derecho fundamental, ha creado derecho en áreas tales como el penal con la intención de brindar un garantía adecuada a los derechos de autor.

En orden de darle desarrollo al tema, este artículo primero reseña las bases de la constitucionalización del derecho; segundo, describe la constitucionalización del derecho de autor tanto en España como en Estados Unidos; y finalmente explica, describe y argumenta el efecto de la constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano en los derechos de autor.

METODOLOGÍA

Con el fin de analizar el fenómeno de la constitucionalización y su posible desarrollo en los derechos de autor dentro de la legislación colombiana, esta investigación de corte cualitativo y dogmático utiliza dos técnicas de investigación: la revisión de archivo para comprender el concepto de constitucionalización y su aplicación en el derecho de autor respecto a diferentes ordenamientos jurídicos y el estudio de diversas sentencias para entender el alcance que podría tener en el ámbito legal colombiano.

Este estudio es categorizado como cualitativo¹ debido a que pretende comprender un fenómeno jurídico e interpretarlo —en este caso la constitucionalización de los derechos de autor en Colombia— a través de normas de diferentes ordenamientos, documentos legales y científicos como también sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia para crear un marco analítico sobre el tema (Perry, 1998). En este orden de ideas, la investigación es dogmática por estudiar el ordenamiento jurídico colombiano en contraste con otros y analizar la constitucionalización de los derechos de autor con la finalidad de conocer, entender y complementar el derecho positivo en la materia (Latorre, 2012).

De las técnicas empleadas la revisión de archivo consiste en analizar documentos legales como leyes, sentencias y decretos para verificar los avances jurídicos que existen sobre la cuestión de estudio (Courtis, 2006); también se consideran documentos no legales tales como resultados de investigación publicados y artículos científicos relacionados para conceptualizar y comprender el tema desde la perspectiva científica.

Es importante mencionar que la parte legal presenta la comparación de avances legislativos sobre la constitucionalización de los derechos de autor en países como España y Estados Unidos con la finalidad de abordar desde diferentes visiones la misma cuestión (Tarello, 2003). La investigación no será un estudio de derecho comparado debido a que la comparación de ordenamientos jurídicos únicamente es referente y no un método de investigación para alcanzar el objetivo propuesto.

Si bien el estudio de sentencias no es una técnica de investigación como tal en la presente investigación la sentencia de casación No. 31403 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, la cual es uno de los pocos referentes legales sobre la constitucionalización de los derechos de autor en Colombia, será analizada con el fin de determinar hacia dónde se dirige el accionar de las altas cortes sobre el tema objeto de estudio.

Para realizar el análisis de la sentencia se toma como base la técnica de investigación de las ciencias sociales “estudio de caso”, que tiene como finalidad reconocer y diagnosticar un problema a través del acercamiento y participación en el entorno conflictivo para ofrecer soluciones en el ámbito de las relaciones humanas cualquiera sea su área (Martínez, 2006). Para los fines propuestos desde el derecho, sin entrar en las ciencias de la sociología y antropología donde generalmente se realizan estudios de caso, se analizarán los antecedentes que dieron cabida a la sentencia, el sentido que le otorga el juez al caso y las repercusiones de esta en la constitucionalización en el derecho penal.

¹ La investigación cualitativa tiene sus orígenes en el siglo XVIII cuando, a través del constructivismo, autores como Immanuel Kant se empiezan a interesar en “entender los fenómenos de las diferentes ciencias” (Alvira, 2002, p. 54).

Se espera que el presente artículo sea un antecedente para comprender los alcances de la constitucionalización del derecho de autor en Colombia, fenómeno legal que viene desarrollándose y tomando fuerza en las diferentes ramas del derecho.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La constitucionalización del derecho

El fenómeno de la constitucionalización del derecho hace referencia a la aplicación de los principios constitucionales a las relaciones entre particulares, especialmente cuando la ley no presenta las soluciones adecuadas para ciertas controversias (Mantilla, 2007). Bajo este escenario, aquellos preceptos constitucionales que incorporan derechos fundamentales entran a aplicarse directamente a todo tipo de conflictos jurídicos (Suárez, 2014).

Las primeras discusiones sobre la aplicación de la Constitución a las relaciones privadas se remontan al siglo XX, apareciendo en Alemania; posteriormente extendiéndose por toda Europa donde, luego de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones se habían reformado o reinterpretado incorporando principios básicos para proteger un Estado democrático y evitar así atropellos a los derechos fundamentales por regímenes totalitarios (Corral, 2004). Estas constituciones también fueron reconocidas como instrumentos legales a las que se les otorga fuerza vinculante y supremacía sobre los demás instrumentos normativos (Arrieta, 2009).

Bajo este orden de ideas, se vuelven las primeras fuentes del constitucionalismo del derecho: la Constitución alemana de 1949, al igual que su Tribunal Constitucional Federal establecido en 1951; la Constitución Política italiana de 1947 y su Corte Constitucional establecida en 1956; el establecimiento de la Corte Constitucional de Portugal en 1982; el Tribunal Constitucional español de 1978 entre otros (Arrieta, 2009).

El fenómeno de la constitucionalización todavía es un tema altamente controversial y ambiguo², a grosso modo se puede indicar que existen principalmente dos vías para la constitucionalización del derecho: la legislativa y la judicial. Respecto de la primera se hace referencia a la expedición, modificación o interpretación de leyes acorde con la Constitución (Corral, 2004). La segunda se presenta de diversas maneras, por ejemplo: por control de constitucionalidad sobre las leyes de derecho privado; esta modalidad se ostenta en países de América Latina donde existen sistemas mixtos de control de constitucionalidad (Mantilla, 2007).

² Doctrinantes al tratar de abordar el tema de la constitucionalización del derecho identifican que es todavía un fenómeno que, aunque se menciona con frecuencia, sus modalidades o significados permanecen abstractos o ambiguos (Tamayo, s.f; Mantilla, 2007).

La constitucionalización del derecho por vía judicial también se presenta cuando las normas reciben interpretación de acuerdo a la Constitución (Mantilla, 2007). Mediante este procedimiento el juez podrá rechazar una interpretación por no adecuarse a la norma constitucional o complementar dicha norma para que quede acorde a la Constitución. Ante este supuesto de complementación se habla de un juez creador de derecho que tiene a su cargo proteger los derechos fundamentales frente a los particulares y a las autoridades públicas (Martínez, 2009).

Por último, la constitucionalización del derecho se puede dar por medio de una acción de amparo como lo es la acción de tutela (Mantilla, 2007); la cual es un mecanismo que permite pedir la aplicación directa de los derechos fundamentales que otorga la Constitución (Suárez, 2014).

Dentro de este proceso de constitucionalización entra a jugar un papel muy importante el concepto de principio constitucional, ya que la Constitución se encuentra expresada en forma de principios los cuales contienen derechos fundamentales (Cote, 2008). Este componente también dificulta la conceptualización de la constitucionalización, ya que los principios por naturaleza son conceptos vagos y abstractos. Sin embargo dentro del ordenamiento constitucional los principios se han definido como aquellas normas abstractas que contienen objetivos, fines y valores (Velásquez, 1998).

Finalmente, se debe tener en cuenta que la constitucionalización del derecho es un proceso y como tal se empieza a evidenciar poco a poco en el desarrollo de la legislación, sentencias judiciales e incluso desarrollos doctrinales (Suárez, 2014). En otras palabras, la constitucionalización se presenta por grados (Mantilla, 2007) e igualmente puede variar su nivel de evolución dependiendo del ámbito del derecho al que se esté refiriendo (Suárez, 2014).

Desarrollo de la constitucionalización de los derechos de autor en otros regímenes

La constitucionalización de la propiedad intelectual, y en especial de los derechos de autor al igual que las demás ramas del derecho³, en países como España y Estados Unidos ha sido promotor de bases estructurales para determinar el alcance que tiene la Constitución en las instituciones que desarrollan la creación intelectual.

En el caso de España, la Constitución Política de 1978 en el primer aparte del artículo 20 reconoce la protección a la libre expresión y a la comunicación libre de ideas, pensamientos y opiniones mediante cualquier medio de reproducción; de igual forma protege la producción y creación literaria, artística, científica y técnica

³ La constitucionalización del derecho privado promueve nuevas formas de litigio, impone el nacimiento de riesgos cuya evaluación puede ser relevante para agentes económicos, determina la estructura y funcionamiento del derecho privado (Calderón, 2007).

que según el artículo 53 debe ser regulada por la ley y protegida por la acción de amparo. Tomando en cuenta que la propiedad intelectual es considerada como una propiedad especial⁴, el artículo 33 la protege al reconocerle su función social y el derecho a toda persona a gozar de ella.

De lo anterior, se puede concluir que la propiedad intelectual es una forma de proyección de la persona por medio de la cual plasma sus capacidades artísticas e intelectuales (García, 2007) y por ser una clase de propiedad adquiere fundamental custodia al ser parte de la economía. Es decir que, si bien la propiedad intelectual se encuentra consagrada en leyes de órdenes inferiores a los de la Constitución, esta última ofrece prerrogativas que permiten su protección al alcance de un derecho fundamental (García, 2007).

Los efectos de la constitucionalización se ven matizados en el desarrollo de la sociedad que obliga a que la parte dogmática de la Constitución vaya progresivamente avanzando para generar mejores interpretaciones legales de los contenidos asociados a los derechos humanos (Reyes, 2010). Esto se hace evidente en la jurisprudencia sobre propiedad intelectual en España, que en un principio había desvinculado el derecho de reproducción y creación artística con el orden constitucional pero que con los años adoptó la constitucionalización del derecho de autor. Por ejemplo: la sentencia del Tribunal Supremo de España del 9 de diciembre de 1985 niega el carácter de constitucional al derecho de propiedad intelectual al considerar que este es derivado del derecho de expresar y difundir libremente las ideas y no emana por sí solo. En este caso, que versa sobre la vulneración a los derechos morales del escultor Pablo Serrano, el Tribunal considera que no se puede proteger el derecho de autor debido a que no toda persona es artista y por lo tanto sería equivocado darle a este derecho la calidad de inherente y esencial.

Pese a este primer precedente de la constitucionalización de la propiedad intelectual, en 1996, el Tribunal Supremo de Justicia (en sentencia de 29 de marzo) cambió de opinión y calificó el derecho de autor y toda producción intelectual como libertades y derechos amparados por la Constitución Política. Los magistrados justifican su postura al considerar que entre los derechos fundamentales y la propiedad intelectual existe una conexión directa y por lo tanto se encuentra la obligación de interpretar sus preceptos en base no solo a la Constitución, sino a los convenios y tratados que han sido ratificados en España sobre el tema.

Esta misma tendencia ha sido acompañada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto C-479 de 2004 (conocido como caso *Laserdisken*) sobre la importación y venta en Dinamarca de DVD comercializados fuera del

⁴ Propiedad intelectual y la propiedad privada se diferencian porque el primero recae sobre bienes inmateriales tiene contenido patrimonial y moral, además su duración no es perpetua; de manera contraria, la propiedad privada está limitada en el tiempo por la ley y solo tiene contenido patrimonial (Morales, 2007).

espacio económico europeo (EEE) y la aplicabilidad de la Directiva Europea 2001/29/CE que señala que los derechos de autor —y en general los derechos de propiedad intelectual— forman parte del derecho de propiedad por lo que deben interpretarse a la luz del tenor constitucional.

De igual forma la sentencia C-275 de 2006 entre la Asociación de Productores de Música de España (PROMUSICAE) y Telefónica de España S.A. sobre la negativa de esta última de comunicar datos relativos a los usos en Internet a través de sus redes de las obras de los titulares que estaban asociados a PROMUSICAE bajo la interpretación de la Directiva 2000/32/CE. En este caso el Tribunal de Justicia afirma que el derecho fundamental de propiedad, del que forma parte la propiedad intelectual, constituye uno de los principios generales del derecho comunitario.

Continuando con el caso de los Estados Unidos la Constitución en la sección octava del artículo 1 faculta al Congreso para fomentar el progreso, la ciencia y las artes, asegurando a los autores e inventores —por un tiempo limitado— el derecho exclusivo sobre sus escritos y descubrimientos. Este apartado contempla que los derechos de la propiedad intelectual no tienen carácter de exhaustivo, por tal motivo su formulación está abierta a nuevas formas de manifestaciones artísticas y científicas que serán protegidas. Asimismo, concreta que los goces del derecho son exclusivos para quien los ostenta y su protección es temporal (Modica, 2013).

Como ejemplos de la constitucionalización de los derechos intelectuales se encuentra el caso *Eldred contra Ashcroft* sobre la temporalidad de la protección de los derechos de la propiedad intelectual; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decide que el Congreso no puede extender de manera indefinida el tiempo de protección, pues resultaría contrario al artículo 1 de la Constitución, postergando el *Copyright Term Extension Act* (CTEA) por 20 años más. En el mismo sentido, en el fallo *Independent Ink contra Illinois Tool Work, Inc* de 2005, la Corte Suprema de Estados Unidos sentencia que el derecho exclusivo de uso de una patente no puede convertirse en un monopolio jurídico debido a que por mandato constitucional la ley pone límites que deben ser respetados.

Tal como se evidencia en los precedentes legales de ambos países se hace un reconocimiento a los derechos de la propiedad intelectual como manifestación inherente al ser humano y propiedad, lo que los cataloga como derechos fundamentales que al ser sopesados con otros intereses deben ser respetados en aras de salvaguardar la Constitución.

El constitucionalismo de los derechos de autor en Colombia

En Colombia la Constitución de 1991 trae el establecimiento del Estado neoconstitucional y consigo la supremacía de la Constitución y de los derechos

fundamentales (Bernal, 2007). Esta supremacía de la Constitución, establecida en su artículo 4 permite, en términos de la misma Corte Constitucional, que no haya “área jurídica inmune al derecho constitucional” (Corte Constitucional, sentencia C-127 de 1993).

En Colombia, ha imperado la constitucionalización del derecho por vía judicial (Suárez, 2014). La Corte Constitucional se ha encargado por medio de su jurisprudencia de describir cómo entender el fenómeno de la constitucionalización (sentencia C-875 de 2011). Por esta razón, en ciertas materias, hace la mención directa a la existencia de una constitucionalización del derecho tal como sucede en el derecho penal (Corte Constitucional, sentencias C-038 de 1995, C-609 de 1996), el procesal (Corte Constitucional, sentencias T-597 de 1992, C-131 de 2002), el internacional humanitario (Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997) el privado en general (Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2000) y el administrativo (Corte Constitucional, sentencia C-875 de 2011). Lo anterior, no quiere decir que las demás altas cortes sean ajenas a este fenómeno de la constitucionalización (Suárez, 2014) o las demás áreas.

En materia de propiedad intelectual, la Corte Constitucional no ha sido explícita al declarar su constitucionalización como en otras áreas. Igualmente, la doctrina colombiana no ha abarcado el tema. Sin embargo, tras analizar el comportamiento de las altas cortes y la legislación existente, se observa como la propiedad intelectual y más específicamente los derechos de autor se han nutrido del fenómeno de la constitucionalización al igual que ha sucedido en España y en Estados Unidos.

El concepto de propiedad intelectual, según el artículo 61 de la Constitución, comprende la protección a los derechos de autor y conexos, a la propiedad industrial y a los descubrimientos e invenciones (Corte Constitucional, sentencia C-053 de 2001). Del artículo 61 se desprende el deber del Estado de proteger la propiedad intelectual (Corte Constitucional, sentencia C-040 de 1994), pero también se deriva la labor del legislador de diseñar su protección. La Constitución no ha impuesto criterios rígidos para que el legislador desarrolle su protección, sin embargo dicho legislador debe seguir los postulados constitucionales y obligaciones internacionales para diseñar su protección (Corte Constitucional sentencia C-871 de 2010).

De esta manera se observa como en Colombia, al igual que en España y en Estados Unidos, la protección del derecho de autor recibe sus bases en la Constitución teniendo un doble efecto: por un lado, las leyes no pueden desconocer su protección por emanar de la Constitución; y, por otro, las leyes deben otorgar una protección que se ajuste a todos los preceptos de la Constitución (Corte Constitucional, sentencia C-871 de 2010). Esta posición demuestra la constitucionalización legislativa en Colombia respecto de la propiedad intelectual donde la Constitución

impregna la labor legal en el contenido sustantivo de las normas de protección y el procedimiento dado a las mismas, por lo que en caso de desconocimiento de dicho precepto constitucional se pueda acudir al control de constitucionalidad; el cual, como se mencionó anteriormente, es una herramienta que permite la constitucionalización del derecho por vía judicial⁵.

A modo de ejemplo, se puede mencionar la Ley 300 de 1996. Dicha ley en su artículo 83 establecía que para efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982, las habitaciones de hotel y de hospedaje se asimilan a un hospedaje privado teniendo como efecto para los artistas no recibir remuneración por la explotación a su derecho de comunicación pública.

Al respecto la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “para efectos del artículo 44 de la ley 23 del 82”, por considerar que vulneraba el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución) de los autores sobre la protección que la misma Constitución les otorgaba (Corte Constitucional, sentencia C-282 de 1997). Otros ejemplos se encuentran en la Ley 719 de 2001 (la cual buscaba regular aspectos relacionados con las tarifas de los derechos de autor) y la Ley 1520 de 2012 (que implementaba obligaciones relativas a los derechos de autor incorporadas en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos). Ambas leyes fueron declaradas inexecutable en su totalidad por no haber recibido el trámite en la comisión apropiada en el Congreso (Corte Constitucional, sentencias C-975 de 2002, C-011 de 2013).

En materia de derechos de autor se observa de manera más clara la manifestación del fenómeno de la constitucionalización. Ha sido la jurisprudencia interpretando preceptos constitucionales la que ha entrado a determinar la categoría de los derechos de autor, impuesto límites a su desarrollo legislativo y determinado su nivel de protección. Aunque la regulación en la materia está a cargo del legislador, y en este caso del legislador comunitario (Decisión Andina 351 de 1993), la Corte Constitucional con base a preceptos constitucionales y tratados internacionales ha caracterizado la regulación autoral.

Los derechos de autor se caracterizan por una protección dual. Los derechos patrimoniales, que versan sobre la explotación económica de la obra, son considerados derechos reconocidos por la Constitución (Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998); y los derechos morales, que buscan proteger esa conexión especial entre el creador y su obra, han sido considerados derechos fundamentales por ser inherentes a la condición humana (Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998); así, la constitucionalización ha tenido efectos diferentes en cada una de estas dimensiones. Por ejemplo: los derechos patrimoniales de autor, dada

⁵ Los ciudadanos podrán hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución de 1991.

su naturaleza económica y capacidad de ser transmitidos y transferidos, aunque deben recibir protección por mandato constitucional, no son sujetos directos de la acción de tutela. No obstante, debido al proceso de constitucionalización, se ha permitido que su transmisión pueda ser impugnada por vía de tutela cuando su cesión afecte el derecho a la seguridad social del artista en relación con su mínimo vital y vida digna (Corte Constitucional, sentencia T-367 de 2009; Decisión Andina 351 de 1993).

En igual sentido la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 33 de la Ley 397 de 1997, que establece un límite a la cesión de los derechos patrimoniales de autor permitida por la Decisión 351 (que es una norma supranacional). La Corte argumenta que dicho desarrollo al derecho comunitario, realizado por el legislador colombiano en el artículo 33 de la Ley 397 de 1997, permite la protección del derecho irrenunciable a la seguridad social de los artistas (Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998). De esta forma se observa como la Constitución, a través del juez constitucional, pone ciertos límites a la naturaleza transmisible y transferible de los derechos patrimoniales —regulada por una norma supranacional— en aras de proteger derechos fundamentales. Dicha situación se asemeja a la constitucionalización del derecho de autor en Estados Unidos donde la Constitución ha servido para establecer límites a la regulación de la propiedad intelectual.

Respecto de los derechos morales de autor, dada su caracterización como derechos fundamentales, estos podrían ser objeto de protección directa por vía de acción de tutela (artículo 86 de la Constitución, Decreto 2591 de 1991). Sin embargo no se ha presentado un caso que verse directamente sobre estos derechos⁶. Esta disponibilidad de la acción de tutela se asemeja a la regulación española donde los derechos de autor pueden ser fruto de protección por la acción de amparo tal como se mencionó anteriormente.

De igual forma, la caracterización en el caso de los derechos morales ha puesto el derecho de autor como derecho fundamental constitucionalizante de otras áreas del derecho. En dicho caso se evidencia como la Corte Suprema de Justicia, partiendo de la base de los derechos morales como derechos fundamentales de acuerdo a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, se vuelve juez creador de derecho ampliando la protección a dichos derechos por vía penal.

⁶ Dentro de los límites del conocimiento de las autoras de este artículo.

Estudio de la sentencia de casación No. 31403 de 28 de mayo de 2010

El 28 de mayo de 2010 la Corte Suprema de Justicia Sala Penal se pronuncia sobre la sentencia de segundo grado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó íntegramente el fallo proferido por el Juzgado 50 Penal del Circuito de la misma ciudad el 5 de febrero de 2008, donde se condena a la señora Luz Mary Giraldo de Jaramillo por el delito de violación de derechos de autor.

De manera somera, el caso versa sobre la demanda interpuesta por una estudiante de literatura que realizó una monografía de grado por medio de la cual obtuvo su título. En el año siguiente a este acontecimiento, es decir en 1997, la autora encontró en una revista editada en México y Colombia un artículo con autoría de la denunciada que reproducía apartes y párrafos de la tesis de grado sin utilizar comillas o indicando que ciertos versos fueron tomados de otra persona.

Ante la denuncia penal, por medio de la Resolución de 5 de diciembre de 2002, la Fiscalía 175 de Bogotá acusó a la autora del artículo de la revista por la conducta descrita y sancionada en el artículo 51 de la Ley 44 de 1993 (numeral 3)⁷; la decisión fue confirmada en su totalidad por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en Resolución del 29 de marzo de 2004. En sentencia de primera instancia, que estuvo a cargo del Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá, se condena a la procesada a las penas escritas por el artículo 51 como autora de violación a los derechos morales de autor pero referida no al numeral 3 sino al 1^o. A pesar de que la decisión fue impugnada por la defensa y el apoderado de la parte civil, la sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Ante la anterior decisión la defensora de la judicializada presenta recurso extraordinario de casación por la vía excepcional, cuyos planteamientos fueron admitidos parcialmente por la Corte en Auto del 27 de marzo de 2009, ordenándose el correspondiente traslado al Ministerio Público. Es así como la Sala de Casación Penal admite la eventual violación de las garantías procesales de la judicializada en relación al derecho de defensa por formulación anfibológica de los cargos imputados en la casación, es decir, por interpretación posiblemente incongruente entre los cargos que se imputaron y los de la condena.

Según la demandante, en primera instancia, la conducta se encuentra acorde al numeral 3 del artículo 51 de la Ley 44 de 1994; el cual habla de la publicación de una obra o parte de ella sin autorización del titular del derecho, pero la Fiscalía Delegada ante el Tribunal utiliza las palabras “reproducción textual” que no solo

⁷ “Artículo 51: incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales: [...] 3. Quien de cualquier modo o por cualquier medio reproduzca, enajene, compendie, mutile o transforme una obra literaria; científica o artística, sin autorización previa y expresa de sus titulares [...]”.

⁸ “Artículo 51.1: quien publique una obra literaria o artística inédita, o parte de ella, por cualquier medio, sin la autorización previa y expresa del titular del derecho”.

hace referencia a la publicación de la obra sino a la reproducción de las ideas, palabras y referencias utilizadas en el trabajo de grado lo que implica otros verbos rectores como compendiar, mutilar y transformar que entonces se asimilan a lo contenido al numeral 1 del artículo ya señalado. Por tanto, en la acusación, no se precisó el verbo rector apropiado para el caso lo que imposibilitó una adecuada defensa por una calificación jurídica errónea de la conducta dando lugar a la nulidad por error.

Por último, la censora indica que en la resolución de acusación la conducta se adecua al tipo penal del numeral 3 del artículo 51 de la Ley 44 de 1993; el cual fue descartado en los fallos de instancia en los que se habla del verbo ‘publicar’, que se encuentra en el numeral 1 del artículo 51 de la ley mencionada, por lo que si ella hubiese sabido de manera clara y precisa la conducta habría podido preparar mejor su defensa y desvirtuar el verbo a través del aporte de otras pruebas.

Ante lo anterior la Corte Suprema señala que los derechos morales de autor, debido a su naturaleza fundamental⁹, encuentran sustento en diferentes instrumentos internacionales aprobados y ratificados por Colombia al igual que en la Constitución y en las normas legales sobre la materia. En desarrollo de estas disposiciones es que el derecho de autor, y en particular los derechos morales, tienen una protección especial que implica entre otras cosas el derecho a la paternidad de la obras hasta la facultad de decidir sobre la divulgación de la misma.

Sobre los derechos morales de autor que se vulneran en este asunto, la Corte Suprema considera que el derecho de paternidad es el que mayores daños genera puesto que al vulnerarse se desconoce la labor artística de quien crea; por lo que el no reconocimiento al autor es desarraigar al hombre como individuo de lo que piensa y expresa su racionalidad, lo que evidencia la obligatoria remisión que se debe hacer a la protección y tutela de los derechos morales como derechos humanos fundamentales y la obligación del Estado colombiano para encaminar sus normas de derecho para su salvaguarda.

Respecto a las normas penales de derecho moral, la Corte Suprema indica que el artículo 270 del Código Penal en sus numerales 1, 2, y 3 (el cual reemplaza el artículo 51 de la Ley 44 de 1993) es un intento fallido por materializar la protección de los derechos de autor, pues al redactar un precepto técnico olvida el derecho a la paternidad que es de los derechos morales más vulnerados. A pesar de las dificultades de una legislación restrictiva para la protección del derecho de autor la Sala enfatiza que bajo el principio *pro homine* las normas deben ser vistas en su conjunto porque de no hacerlo implicaría desconocer su carácter fundamental,

⁹ Reconocimiento del Convenio de Berna de 1886, de la Decisión Andina 351 de 1993 y protección por el artículo 61 de la Carta Política y la Ley 23 de 1982.

desconocer el bloque de constitucionalidad y no honrar sus compromisos de respeto, protección y garantía inherentes a los tratados firmados.

Por lo expuesto, el artículo 270 del Código Penal debe ser armonizado con los contenidos constitucionales y los jueces tienen la obligación de dar a esta norma la interpretación más amplia posible que implique no solo la tutela del derecho de la publicación sino que también se penalice la divulgación de una obra sin autorización del titular y aquellas que conlleven la no reivindicación del autor en atención a los derechos humanos y a la tutela de los derechos morales de autor.

Teniendo en cuenta esto, la Sala al analizar el caso insta al legislador y a la Dirección Nacional de Derechos de Autor a que se promueva la aclaración de la norma estudiada para hacer la incorporación de la protección amplia y específica de los derechos morales de autor en aras de proteger el espíritu fundamental de la materia. También reconoce la dificultad que afrontaron los funcionarios y las partes del proceso para encasillar la conducta realizada en la descripción típica del asunto para la protección de los derechos morales, pero también aplaude el análisis hecho en la resolución de acusación que a pesar de cambiar el numeral que contiene el tipo penal no varía el núcleo de la acusación.

Es así como la Corte Suprema da parcialmente la razón a la demandante respecto a la confusión del tipo penal, pero reconoce que esta aporta a su artículo apartes de la monografía de grado cambiando apenas el orden o una palabra de párrafos completos. Esto, sí constituye el delito de plagio y la vulneración al derecho de paternidad al no hacerse el respectivo reconocimiento a la autora. Respecto a las dificultades sobre el numeral de la norma que es aplicable al caso, no cabe duda de que en primera y segunda instancia se hacía referencia a la misma conducta vulneradora y a pesar de la falta de estipulación clara y expresa del tipo penal bajo el principio de *pro homine* este debe interpretarse ampliamente por lo que no se casa el fallo impugnado y se reitera la condena de la procesada.

De esta forma se observa cómo la Corte Suprema, bajo el propósito de proteger el carácter fundamental de los derechos morales de autor con base en la Constitución y el bloque de constitucionalidad y en aras de proteger los derechos morales, se convierte en juez creador del derecho tipificando la conducta de violación al derecho moral de paternidad; conducta que, como se mencionó anteriormente, no se encontraba castigada por la ley penal.

CONCLUSIÓN

El fenómeno de la constitucionalización del derecho en Colombia ha empezado desde 1991 con la consagración de la Constitución como norma rectora de todo el ordenamiento jurídico, la cual ha comenzado a impregnar distintas áreas del derecho a través de la aplicación directa de los preceptos constitucionales en la solución de controversias entre particulares.

A pesar de que la constitucionalización del derecho es un fenómeno que presenta complejidades al momento de definirse y describirse la jurisprudencia y la doctrina en Colombia, al igual que países como España y Estados Unidos, han intentado definir su influencia en distintas áreas del derecho.

En el caso de los derechos de autor, la constitucionalización se ha hecho evidente en las decisiones de los altos tribunales sobre el tema y en la forma en cómo se han expedido las leyes; que en la mayoría de casos son hechas en aras de cumplir con Tratados Internacionales ratificados por el país. Particularmente, las altas cortes fallan en desarrollo de la protección especial otorgada por la Constitución y los principios rectores del derecho de propiedad intelectual.

En los derechos de autor los efectos de la constitucionalización difieren dependiendo de la dimensión a la que se refiera. En materia de derechos patrimoniales, la Constitución ha establecido límites a su regulación para permitir la protección a derechos fundamentales como la seguridad social. En el caso de la dimensión moral, dado su carácter de derecho fundamental reconocido por la Corte Constitucional, se ha convertido en el principio constitucionalizante de otras áreas tal como ocurre en el caso del derecho penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvira, F. (2002). Perspectiva cualitativa/perspectiva cuantitativa en la metodología sociológica. *REIS. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 22 (83), 53-75.
- Arrieta, V. (2009). La constitucionalización del derecho y su incidencia en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, 2 (2), 65-69.
- Bernal, C. (2007). La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico colombiano. En Cepeda, M.J. et al. *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión* (pp. 373-428). Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Calderón, J.J. (2007). Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Vniversitas*, 113, 113-137.
- Corral, H. (2004). Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado. *Derecho Mayor*, 3, 47-63.
- Courtis, C. (2006). Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho. En Courtis, C. (Coord.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Cote, G. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*, 116, 119-151.
- García, D. (2007). La cultura como valor para la democracia. *A Parte Rei*, 53, 1-16.
- Latorre, V. (2012). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Morales, M. (2007). Elementos de responsabilidad extracontractual en materia de marcas comerciales. En *Temas actuales de propiedad intelectual. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavala*. Santiago de Chile, Chile: Lexis Nexis.
- Mantilla, F. (2007). La "constitucionalización" del derecho privado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1-2, 245-262.
- Martínez, M. (2009). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Martínez, P. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y Gestión*, 20, 165-193.
- Modica, F. (2013). *Reafirmando la propiedad de los derechos intelectuales*. Buenos Aires, Argentina: Asociación de Derechos Intelectuales (ASDIN).
- Perry, C. (1998). Processes of a case study methodology for postgraduate research in marketing. *European Journal of Marketing*, 32 (9/10), 785-802.
- Reyes, L. (2010). Sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación de propiedad intelectual. Una mirada al sistema venezolano. *Gestión y Gerencia*, 4 (1), 41-60.
- Suárez, W. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 129, 317-351.
- Tamayo, J. (s.f.). *La constitucionalización del derecho privado*. Manuscrito inédito.
- Tarello, G. (2003). *Cultura jurídica y política del derecho*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Velásquez, C. (1998). *Derecho constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.