

## **LA UNIVERSIDAD Y LOS ESTUDIANTES**

### **1. ALCANCES**

El presente es el primero de una serie de documentos que se pretenden elaborar, desarrollar, analizar, discutir y socializar en el seno de la RED DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA UNIVERSITARIA, de acuerdo con la bitácora temática acordada por sus miembros.

El propósito no es dogmatizar ni imponer estructuras teóricas rígidas, se trata de inferir postulados y directrices comunes, objetivas y académicas, que faciliten la interpretación y aplicación de la normatividad existente así como de las prácticas jurídicas imperantes, en relación con la GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO que se genera, utiliza, produce, patrocina e intermedia en el mundo académico universitario

Con base en la experiencia vivida y en el estudio de casos, se somete, para la consideración de los miembros de la RED, una visión conceptual del tema UNIVERSIDAD-ESTUDIANTES, que aspira a comprender sus principales derivadas, como un acercamiento inicial al mismo, para que a partir de allí se genere el debate, se profundice y avance en esta materia, construyendo entre todos una línea de investigación que de manera transdisciplinaria y especializada analice, aprehenda, transforme y socialice este campo del saber.

### **2. INTRODUCCIÓN**

Resultan muy variados los mecanismos e instrumentos que se pueden emplear para generar una cultura de investigación, bien sea a través de sus colaboradores o directamente con los alumnos y docentes, creando y apoyando investigaciones autónomas, originadas por iniciativa del docente o por una directriz impartida por la universidad según sus propias necesidades, o por solicitud de un tercero -sector real o de servicios- quien encarga dicha labor, o como resultado de un convenio académico con otras entidades educativas, o gracias a la creación de alianzas estratégicas entre algunos o todos de los anteriores. Así, cada instrumento utilizado tendrá su propósito, beneficiando algún aspecto de la investigación y, en consecuencia, su tratamiento será diferenciado dependiendo de la casuística y del contexto en el que se desarrolle, así como de la finalidad perseguida y del vínculo jurídico que ostente cada participante.

Dentro de los mecanismos utilizados se encuentran los "trabajos de grado o tesis", los cuales no sólo cumplen la función de investigación a la que se ha venido haciendo referencia, sino que además constituyen uno de los requisitos académicos para poder optar por el grado para el cual el estudiante se matriculó.

Cabe advertir que para efectos del régimen de la propiedad intelectual, resulta totalmente indiferente la denominación que se le confiera a esta clase de trabajos por virtud de los cuales los alumnos cumplen requisitos académicos para optar por títulos de pregrado y posgrado. En otras palabras, el tratamiento jurídico es el mismo sea que se trate de tesis, tesina, trabajo de grado, monografía, ensayo, entre otros. Puesto que en materia del derecho de autor, la normatividad hace referencia a las obras científicas, artísticas y literarias sin mayor distinción o diferenciación, agrupándolas a todas ellas en el género creaciones originales del espíritu humano.

Por otro lado cabe advertir que en los últimos treinta años aproximadamente, una de las instituciones que más modificaciones, ajustes, replanteamientos y cambios de paradigmas ha vivido, es "La Escuela" y con ella los conceptos de enseñanza, generación, mediación y "transmisión" del conocimiento, así como la formación de la cultura y nuestra participación en ella, bajo el entendido de que el estudiante ya no puede ser considerado como un receptáculo vacío al cual los profesores y las universidades se comprometen a "llenar", asumiendo él una posición totalmente pasiva centrada en el poder omnímodo del "maestro" -escuela heteroestructurante-. Tampoco nos podemos ubicar en el extremo opuesto, en donde el estudiante es el propio creador y constructor de todo el conocimiento -escuela autoestructurante-. En síntesis, la tendencia deseable, por lo menos teóricamente, es una posición intermedia y original donde se le reconozca un papel activo al alumno en el aprendizaje, gracias a la adecuada mediación del profesor, valiéndose del conocimiento acumulado que el contexto social y cultural facilita y multiplica.

Dado lo anterior, los trabajos o tesis de grado también han sufrido sustanciales modificaciones, no sólo en su reconocimiento como créditos académicos, sino en su formulación, participación y desarrollo.

En efecto, antes, el estudiante aisladamente escogía un tema de su interés y lo desarrollaba sin tener en cuenta el contexto social en el que se aplicaría, ni las eventuales

vinculaciones con el sector real o con las necesidades imperantes.

Por su parte, la Universidad ha asumido el compromiso de facilitarle al estudiante los recursos académicos relevantes para que pueda cumplir con su labor; verbi gracia: le asigna un director de tesis, coloca a su disposición las bibliotecas, centros de consulta, salas de cómputo, herramientas virtuales, bases de datos, etc.

Sin embargo, aunque muchos de los trabajos de grado y tesis se siguen desarrollando así, se presenta con una frecuencia cada vez mayor la realización de trabajos grupales, con participación de varios estudiantes e incluso, con "coautoría de docentes" de la propia Universidad, ya que en no pocas ocasiones tales trabajos surgen de necesidades puntuales expresadas por el sector real, o por centros de investigación o directamente por la Universidad, quienes previamente han podido celebrar convenios de colaboración con el propósito de obtener estudios no sólo teóricos sino prácticos, aplicables a soluciones concretas y personalizadas de algún sector de la economía y de la vida social en general.

Es así cuando surgen diferentes clases de obras: colectivas, en colaboración, por encargo, derivadas,..., las cuales cumplen una finalidad mayor, ya que no sólo satisfacen el requisito académico para optar por un título de graduación, sino que, adicionalmente, pueden hacer parte de un proyecto de investigación o de desarrollo más global con implicaciones que rebasan el ámbito individual del estudiante.

Cabe advertir que tanto en la vida económica y social como en la académica, el tema del Derecho de Autor ha sido normalmente desconocido, minimizado y en el mejor de los casos relegado a un concepto muy restringido de "observancia de formalidades" sin que se comprenda su verdadero alcance como promotor de la cultura, de la ciencia y del conocimiento, que no son otra cosa que expresiones del ingenioso y muy sensible espíritu humano, cuyo única limitante es su propia creatividad e imaginación.

No sobra advertir, que este estudio es simplemente un paso más, dentro de las reflexiones que estamos obligados a realizar frente a este trascendental tema, en espera de llamar la atención de ese inquieto espíritu humano, para que se presenten nuevos y más profundos desarrollos que complementen y enriquezcan esta temática de la investigación, puesto que el objetivo del estudio no pretende agotar la materia, sino interesar a toda la

comunidad universitaria para que profesionales más versados tengan una plataforma sobre la cual puedan proyectar sus teorías y adelantos.

El campo de análisis de este escrito es exclusivamente el derecho de autor, puesto que será materia de otro documento la respectiva reflexión sobre los derechos conexos así como la propiedad industrial que puedan desprenderse de la relación UNIVERSIDAD-ESTUDIANTES. Así mismo, el tema relativo al software o soporte lógico y sus derivadas, junto con el de las nuevas tecnologías y el entorno digital, serán objeto de un estudio posterior.

### **3. MARCO LEGAL**

Las principales normas, en orden cronológico, que regulan la materia son, entre otras, las siguientes<sup>1</sup>:

#### A. DE ORDEN INTERNACIONAL:

- Convenio de Berna para la protección de las obras artísticas, científicas y literarias, de 1886. Instrumento adherido por Colombia mediante la Ley 33 de 1987.
- Convención Interamericana sobre Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, Washington 1946. Colombia se hace parte mediante la Ley 6ª. De 1970.
- Convención Universal de Derecho de Autor (Ginebra 1952), sus protocolos I y II, revisada en París el 24 de julio de 1971. Instrumento adherido por Colombia mediante la Ley 48 de 1975.
- Convención de Roma sobre Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión, 1961. Instrumento adherido por Colombia mediante la Ley 48 de 1975.
- Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Incorporado por la Ley 46 de 1979.

---

<sup>1</sup> Basado principalmente en el SEMINARIO TALLER INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PROPIEDAD INDUSTRIAL Y CONFIDENCIALIDAD. "EL DERECHO DE AUTOR Y SU INCIDENCIA EN LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, TESIS Y MONOGRAFÍAS." Documento preparado por Wilson Rafael Ríos Ruíz, asesor de Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor; así como en el MANUAL DE DERECHO DE AUTOR por Alfredo Vega Jaramillo, coeditado por el Instituto Distrital de Cultura y Turismo, el Centro Regional para el Fomento del Libro en América latina y el Caribe (CERLALC) y la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

- Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas Contra la Reproducción No Autorizadas de sus Fonogramas, 1971. Instrumento adherido por Colombia mediante la Ley 23 de 1992.
- Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales, Ginebra 1989. Instrumento adherido por Colombia mediante la Ley 26 de 1992.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, ADPIC. Incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 170 de 1994.
- Derecho Comunitario Andino. Decisión 351 de Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina de Naciones), vigente desde el 21 de diciembre de 1993; el cual tiene aplicación directa y preferencial sobre las normas internas, sin necesidad de un acto posterior de incorporación, quedando la vigencia de la norma nacional contraria suspendida, hasta tanto no cambie la disposición supranacional.
- Tratado de Libre Comercio suscrito entre Venezuela, México y Colombia, "El Grupo de los tres: G-3". Incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 172 de 1994.
- Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 1996. TRATADO WPPT. Incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 545 de 1999.
- Tratado OMPI sobre Autores y Fonogramas adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, TRATADO WCT, adoptado internamente mediante la Ley 565 del 2 de febrero del 2000.

#### B. DE ORDEN NACIONAL:

Las principales disposiciones, para los propósitos del presente trabajo, son las siguientes:

- Código Civil
- Ley 23 de 1982
- Decreto 3116 de 1984
- Decreto 1360 de 1989
- Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 71 y siguientes
- Decreto 2041 de 1991
- Ley 44 de 1993
- Ley 98 de 1993
- Decreto 460 de 1995
- Decretos 162 y 1278 de 1996
- Circular 05 del 9 de octubre del 2001 de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor. ("Derechos de autor sobre los programas de

computador, su licenciamiento y sanciones derivadas de su uso no autorizado").

- Circular 06 del 15 de abril de 2002 de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor ("Derecho de autor en el ámbito universitario").
- Código Penal

### **3. POSTULADOS Y DIRECTRICES**

Existen ciertos principios generales en materia de Derecho de Autor, que son aplicables a cualquier clase de obra y que es menester recordar en este momento; a saber:

- En la legislación del derecho de autor lo que se protege NO son las ideas, ya que éstas han sido y serán de toda la humanidad. La tutela que se brinda es sobre la concreción particular que cada uno haga de ellas. Es decir, la manera como se materializan. Este postulado no podría ser de otra manera ya que de lo contrario no podríamos evolucionar ni desarrollarnos, *"... Nosotros somos como enanos en hombros de gigantes. Por ello vemos más cosas que los antiguos y más lejanas, no debido a la agudeza de nuestra vista o nuestra estatura, sino a que hemos sido levantados en alto por ellos, y nos beneficiamos de sus estaturas gigantescas..."* (Juan de Salisbury). Justamente quienes nos precedieron y a ellos sus antepasados y así sucesivamente, se basaron en las mismas ideas que nunca han sido del patrimonio exclusivo de nadie, sólo que entendidas, sentidas, pensadas y analizadas de múltiples maneras, puesto que las creaciones sólo surgen de la forma como se "apropian", interpretan, "leen", relacionan, y aplican esas mismas ideas, según el propio estilo de pensar, sentir y ejecutar del autor, de su contexto, de sus necesidades y objetivos.
- Una obra, es entonces, la cristalización original de una creación del espíritu humano en el ámbito científico, literario o artístico, cualquiera que sea su forma de expresión, sin importar su destinación o aplicación, siempre que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o reproducción a través de un medio conocido o por conocer. En otras palabras, la tutela que el mundo del derecho le brinda a las obras no hace diferencia alguna según su finalidad, utilidad, importancia, ni su nivel de desarrollo, en tanto se cumplan las características indicadas para ser considerada como

una obra, sin ninguna otra consideración. En consecuencia, es totalmente indiferente si la obra es el resultado de años de experiencia e investigación aplicada, a si es un minuto de inspiración; si es de aplicación industrial o comercial, o si no la tiene; si proviene del fuero doméstico o de un centro de desarrollo, etc. En palabras, del profesor Fernando Zapata:

*"... El derecho de autor otorga estas prerrogativas a la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. Ello significa que no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas, por brillantes o novedosas que éstas pudieran llegar a ser, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial..."*<sup>2</sup>

- El mundo de la Propiedad Intelectual comprende dos aspectos: El del Derecho de Autor y el de la Propiedad Industrial, siendo el primero el género próximo de estas dos especies. Sin pretender entrar a precisar el alcance de estos regímenes, puesto que dicha labor se escapa de los objetivos del presente estudio, resulta perentorio tener en cuenta que a diferencia de la mayoría de las expresiones e infraordinadas de la Propiedad Industrial, en materia del Derecho de Autor la protección se reconoce desde el instante mismo de la creación de la obra. Luego, no se requiere de un acto o de una formalidad posterior para su eficacia jurídica. Así, los registros que se llevan a cabo ante la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, **son solamente declarativos y no constitutivos del derecho**, en calidad de requisitos "ad probationem", como mecanismos únicamente de publicidad, oponibilidad y prueba frente a terceros.
- Para corroborar lo anterior, en nuestra jurisprudencia encontramos un pronunciamiento bastante interesante del Consejo de Estado en el que resuelve una demanda interpuesta contra la Administración Postal Nacional debido a la emisión de una estampilla conmemorativa, en la se reprodujo parte de un cuadro pintado por el demandante sin que mediara su autorización. La parte demandada argumentaba como defensa la falta de registro de la obra. El Consejo de Estado entró entonces a pronunciarse acerca de la naturaleza de dicho registro afirmando que,

---

<sup>2</sup> Las obras en el ámbito universitario. Fernando Zapata López, Director Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor. Bogotá D. C. 20 de febrero de 1995.

"... El mecanismo de la inscripción busca darle publicidad al derecho de los titulares y servir de garantía de autenticidad de los títulos de propiedad, pero no más. Mediante esa inscripción se establece una forma fácil, expedita y adecuada para evitar la piratería y el aprovechamiento ilícito de los demás. Inscrita la obra el usurpador del derecho ni siquiera podrá alegar que no sabía o conocía que pertenecía a otra persona. Pero no podrá sostenerse válidamente que esa inscripción sea constitutiva del derecho de propiedad. Desde que la obra artística se inscriba, se esculpa, se filme se pinte, etc., etc., en otras palabras, desde su creación intelectual, nace como derecho de propiedad del autor y desde ese momento, hasta que se extinga por los medios legales para su dueño, merece la protección de las autoridades por mandato de la Constitución. Si el derecho de propiedad intelectual naciera con la inscripción en el registro, ¿antes de éste qué carácter tendría? No podría pensarse, como lo sugiere la entidad demandada, que la propiedad intelectual no registrada sea *rex de relicte*..."<sup>3</sup>

- El contenido del Derecho de Autor comprende dos aspectos: Los Derechos Morales y los Derechos Patrimoniales. Los primeros hacen referencia a las connotaciones propias del creador natural de la obra, ofreciendo prerrogativas tales como la posibilidad de reivindicar la paternidad de la misma, el derecho de integridad, de modificación, de arrepentimiento - observando algunas condiciones-, de permanecer inédita, de anonimato, entre otros. De acuerdo con el artículo 23 y siguientes de la Ley 23 de 1982 así como el 11 y siguientes de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina de Naciones), los derechos morales ostentan las características de perpetuos, inalienables e irrenunciables, radicándose en cabeza del autor desde el momento mismo de la creación de la obra.
- Los derechos patrimoniales, como su nombre lo indica conllevan connotaciones pecuniarias, de valoración económica, derivadas del uso, goce, disfrute explotación y disposición de la obra en cuestión: "... Se traducen de manera genérica en derechos exclusivos de realizar, autorizar o prohibir la reproducción por cualquier medio..., su comunicación pública..., la transformación..., distribución pública..."<sup>4</sup>
- Dentro del ámbito del Derecho de Autor se distingue al autor, -creador original-, del titular. El primero, únicamente puede ser una persona natural bajo el entendido que la obra, cualquiera que ella sea, es

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Marzo 18 de 1991. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>4</sup> Ver cita cinco (5).



una expresión del espíritu humano, por eso es considerado un derecho personalísimo; en tanto que el segundo, es el sujeto que ostenta, en su patrimonio, los derechos patrimoniales que se derivan de la obra, pudiendo ser, en consecuencia, una persona natural o jurídica. Estos son los titulares derivados, entendido como "*las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos de autor*"<sup>5</sup>. Nada obsta para que un autor sea a su vez el titular de los correspondientes derechos, puesto que en tanto no haya habido lugar a transferencia alguna de los mismos, conservará tales derechos en su patrimonio.

- Así mismo, cabe advertir que para ser titular de los derechos de autor existen tres fuentes; a saber: a. Por creación, que es el caso del autor originario. B. Por el sólo ministerio de la Ley, en los casos por ella contemplados, verbi gracia: la situación de los funcionarios públicos cuando desarrollan obras en ejercicio del giro ordinario de sus funciones; o el evento de las obras por encargo, o de las obras colectivas cuyos aportes personales no pueden separarse ni diferenciarse. C. Por acto entre vivos, teniendo en cuenta que cualquier transferencia o enajenación de los derechos patrimoniales, -siendo los únicos que se pueden ceder-, bien sea total o parcial, ha sido considerada como un contrato de forma específica, en tanto que el consentimiento se entiende prestado cuando "*... conste en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la Oficina de Registros de Derechos de Autor con las formalidades que se establece en la presente Ley...*"<sup>6</sup> En otras palabras, a menos que se esté en presencia de las dos primeras fuentes, **cualquier otra forma de transferencia para su existencia y posterior oponibilidad** deberá cumplir con la solemnidad consagrada.
- En relación con la primera fuente, la originaria, el legislador no distingue ni califica al creador de la obra. Es decir el autor puede ser un neófito o un experto en el tema, un teórico o un empírico, un investigador consumado o un estudiante, porque frente

---

<sup>5</sup> Lipszyc, Delia. (1993), *Derecho de autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, Obra editada por UNESCO, CERLALC y Víctor P. Zavalia, p.122.

<sup>6</sup> Artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

a la norma todos gozan de la misma protección y ostentan las mismas prerrogativas.

- Se ha dicho que el autor es siempre una persona natural, lo que no implica que las obras siempre se realicen de manera individual, puesto que la tendencia, como se explicó en la introducción, por lo menos en los trabajos de grado o tesis es cada vez mayor hacia una participación grupal, generando principalmente dos clases de obras; a saber: a. La Obra en Colaboración: *"... la que sea producida conjuntamente, por dos más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados..."* *"... Para que haya colaboración no basta que la obra sea trabajo de varios colaboradores; es preciso, además, que la titularidad del derecho de autor no pueda dividirse sin alterar la naturaleza de la obra. Ninguno de los colaboradores podrá disponer libremente de la parte con que contribuyó, cuando así se hubiere estipulado expresamente al iniciarse la obra común..."*<sup>7</sup> b. La Obra Colectiva: *"... la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natral o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre..."*<sup>8</sup>. En este último evento cada autor conservará los derechos morales de lo que le corresponde, entendiendo que los patrimoniales, sin necesidad de cesión posterior alguna, le pertenecen a la persona natural o jurídica que dirigió y coordinó el desarrollo de la obra, siempre que exista vínculo laboral o de prestación de servicios con cada uno de los participantes y que los aportes de éstos no puedan diferenciarse ni separarse.
- Se había hecho mención en la segunda clase de fuentes de los derechos de autor, el sólo ministerio de la Ley en los casos por ella establecidos y uno de los ejemplos que se indicó fue el de la obra por encargo. En efecto, *"... Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, sólo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este sólo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley..."*<sup>9</sup>. En otras palabras, cuando se está en presencia de un encargo

---

<sup>7</sup> Artículos 8 ordinal C y 18 de la Ley 23 de 1982.

<sup>8</sup> Artículo 8 ordinal D de la Ley 23 de 1982.

<sup>9</sup> Artículo 20 de la Ley 23 de 1982.

lo natural es que se le transfieran al encargante y sin formalidad adicional, los correspondientes derechos patrimoniales. Luego, si la intención es que ello no ocurra deberá incluirse una cláusula accidental que expresamente indique lo contrario. Sin embargo, esta posibilidad no es una "patente de coso" para pretender obtener la cesión de los derechos patrimoniales sin mayores requisitos, ya que debe existir un contrato de prestación de servicios, efectivamente debe obedecer a un plan previamente delimitado por el encargante, con precisas indicaciones y bajo el supuesto de que la obra se hace para él, por su cuenta y riesgo. Adicionalmente, el referido encargo es a título oneroso percibiendo el contratista sus honorarios o cualquier otra forma de retribución que asuma la calidad de contraprestación por la labor ejecutada. *"... Así las cosas, al ser el artículo en comento una norma especial, se aplica de manera preferente respecto de cualquier otra norma de carácter general, en esa medida, el contrato de prestación de servicios por medio del cual se encarga la elaboración de una obra, no necesita cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982..."*<sup>10</sup>.

- Para una mayor ilustración, a continuación se presenta un cuadro comparativo entre la obra en colaboración, la obra por encargo y la colectiva; a saber:

OBRA EN COLABORACIÓN	OBRA COLECTIVA	OBRA POR ENCARGO
1. Implica pluralidad de autores en su creación.	1. Su interpretación es igual.	1. No es de la esencia que participen varios autores. Lo usual es que se celebre con una persona, pero nada obsta para que se celebre con varios,

<sup>10</sup> Circular conjunta Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, entidad adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia; asunto: Orientaciones para el cumplimiento de normas de Derecho de Autor Derechos Conexos, en lo pertinente a la contratación estatal de obras y prestaciones protegidas y sus buenas prácticas.

		conformando todos ellos la parte contratista.
2. Es una forma originaria de adquirir los derechos.	2. Su interpretación es igual.	2. Su interpretación es igual.
3. La titularidad de los derechos surge por el sólo ministerio de la ley, sin lugar a cesión alguna o formalidad adicional.	3. Su interpretación es igual.	3. Su interpretación es igual.
4. Por esencia los aportes de los autores no pueden ser separados.	4. En principio los aportes podrían diferenciarse y separarse; luego sería una condición accidental de la misma más no esencial.	4. Dependiendo de la forma como se haya acordado y ejecutado puede revestir la modalidad de una obra en colaboración o de una obra colectiva y, en consecuencia, se estará a lo previsto según su naturaleza.
5. La titularidad le corresponde a TODOS los autores participantes, conservando tanto los derechos patrimoniales como los morales.	5. En principio, la titularidad le corresponde a todos los autores participantes, SALVO que se esté en el evento contemplado en el artículo 92, según el cual si la obra colectiva fue creada DENTRO de un contrato laboral o de arrendamiento de servicios y resulta imposible identificar el aporte individual de cada autor, la titularidad de los derechos	5. La titularidad de los derechos patrimoniales es del encargante de la obra, es decir del contratante, por el sólo ministerio de la ley, sin necesidad de cesión alguna o formalidad adicional; conservando los autores sus respectivos

	<p>patrimoniales corresponderá al editor o a la persona natural o jurídica por cuya cuenta y riesgo se realizaron los aportes (es decir, "el productor"), sin necesidad de cesión alguna o formalidad adicional, conservando los autores sus derechos morales.</p>	<p>derechos morales.</p>
<p>6. Como la titularidad es compartida, la ley del derecho de autor no tiene previsto su distribución o participación entre los autores, motivo por el cual resultaría lícito acudir a las disposiciones civiles existentes en materia de comunidad. Sin embargo, en el referido cuasicontrato tampoco el legislador previó una solución y es por ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que si en el título, por el que se adquiere, no se establece la proporcionalidad de las cuotas, éstas se presumirán iguales, salvo legítimo pacto expreso en contrario.</p>	<p>6. Su interpretación es igual cuando la titularidad resulta compartida respecto de los morales y patrimoniales; en otras palabras, cuando no se está ante el evento del artículo 92 de la Ley 23 de 1982, ya que en este caso los morales los compartirían todos los autores y los patrimoniales el tercero "productor" de la obra.</p>	<p>6. No tiene aplicación ya que la titularidad no es compartida, salvo que fueran varios los engargantes, caso en el cual se aplicaría lo enunciado en las otras figuras.</p>

- Otra precisión importante, que en materia de las tesis de grado debe recordarse, es la diferencia entre la Obra Originaria: "... aquella que es

*primitivamente creada...*"<sup>11</sup> y, la Obra Derivada: "... aquella que resulte de la adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma..."<sup>12</sup>. En consecuencia, si se desea transformar o incluir una obra ya existente dentro de otra que se está creando, se requiere primero contar con la autorización de los titulares respectivos o ser causahabiente (cesionario) de la transferencia en las formalidades vistas.

*"... La utilización de la obra derivada se encuentra sujeta a doble autorización: del titular de ésta y del titular de la obra originaria. Como la obra original está contenida en la utilización de aquélla. Si se admitiera que la sola autorización del autor de la obra derivada es suficiente para explotarla, se estaría aceptando una forma de burlar los derechos de la obra original..."*<sup>13</sup>.

- Cabe indicar que a diferencia de la enajenación, - entendiéndose por tal la transferencia parcial o total de los derechos patrimoniales-, la autorización o licencia de uso parcial y temporal no requiere de formalidad alguna para su existencia, ya que en este evento la titularidad de los derechos no se ha trasladado, se conserva incólume en cabeza de quien corresponda (su titular) y sólo se está concediendo un permiso de uso limitado. Debe tenerse presente que **en materia del derecho de autor la interpretación de los negocios y acuerdos siempre es restrictiva**. Luego no se admiten derechos o facultades más amplias de las expresamente concedidas. Además, **las distintas formas de utilización son independientes unas de otras**, sin que una autorización se pueda extender a las demás.<sup>14</sup>
- Con lo anterior se desea expresar que para determinados usos o formas de explotación no siempre la única vía existente es la de despojar, por medio de la cesión, al autor o titular de sus derechos; ya que en no pocas ocasiones lo que se busca con la obra, se puede obtener a través de una licencia o autorización temporal parcial, perfeccionada por el simple acuerdo de voluntades, sólo que para efectos probatorios y de publicidad se aconseja que conste por escrito. Así, el titular conservaría sus derechos, continuando con su explotación y a su vez el licenciataria podría utilizar o explotar la obra en lo específicamente autorizado. **Esta advertencia se**

---

<sup>11</sup> Artículo 8 ordinal I de la Ley 23 de 1982.

<sup>12</sup> Artículo 8 ordinal J de la Ley 23 de 1982.

<sup>13</sup> Lypszyc, Delia, Derecho de Autor y Derechos Conexos, UNESCO, Buenos Aires, 1993, p.126.

<sup>14</sup> Artículos 77 y 78 de la Ley 23 de 1982.

realiza porque es una práctica común en nuestro medio solicitar, acordar e incluso exigir, la cesión de los derechos para un determinado uso, cuando en realidad la finalidad perseguida se podía conseguir mediante una simple autorización. Con la cesión se busca quedar totalmente amparado, ya que cualquier explotación esté o no indicada (explotaciones o usos futuros no contemplados previamente), la podría realizar el nuevo titular sin problema alguno. Pero, también, tal proceder puede resultar abusivo ya que el cedente (el titular anterior quien normalmente es el que conoce más la obra y desea continuar haciendo uso de ella: traduciéndola, adaptándola, presentándola, etc.) no puede continuar re-creando la obra y el cesionario (nuevo adquirente) puede que sólo la explote de forma muy restringida, porque sólo le interesa para unos determinados fines, quedando las demás alternativas sin posibilidad de explotación, de forma que el conocimiento y la investigación se estancarían, no evolucionarían ni se enriquecerían.

- Dentro del ámbito académico, que es el que nos ocupa, existe la equivocada creencia de pensar que cualquier explotación de una obra es permitida, porque se encuentra enmarcada dentro de los fines de enseñanza o investigación científica. Es cierto que dentro de las limitaciones y excepciones al derecho de autor se contemplan las obras destinadas a la enseñanza, pero con determinadas condiciones: a. Que la utilización se lleve a cabo a título de ilustración; b. Que se verifique dentro de los límites justificados para el fin propuesto, que no es otro que el de la enseñanza; c. Que se efectúe por centros educativos y de formación profesional sin ánimo de lucro; d. Que se cumpla con el reconocimiento de los derechos morales: mención del autor, título de la obra, etc.<sup>15</sup>
- Sobre este particular, cabe precisar que la propiedad intelectual no es un régimen absoluto, ya que debe coexistir en equilibrio con otros derechos de similar jerarquía como son el acceso a la información, a la cultura y al conocimiento. Justamente de la composición de estos extremos surge el RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES, las cuales NO HAN SIDO CONCEBIDAS COMO DERECHOS SUBJETIVOS; es decir como prerrogativas que se encuentran dentro del patrimonio de cada particular.

---

<sup>15</sup> Artículo 32 de la Ley 23 de 1982.

- Las excepciones son beneficios que el legislador ha concedido, siempre que se cumpla con las condiciones que la Ley ha consagrado para otorgar dicho beneficio; verbi gracia artículo 27.1. de la Declaración Universal. Si perjuicio de ello, existen otras cuya fuente no se encuentra en el ámbito de la propiedad intelectual, sino en los principios generales del derecho, como el de la buena fe, la equidad, el abuso del derecho, entre otros.
- Dado lo expuesto, se puede colegir, para la mayoría de las legislaciones, que las expresiones excepciones y limitaciones no son sinónimas. En efecto, se entiende por excepción cualquier hipótesis de explotación de una obra que haya sido excluida por una norma del Derecho de Autor, permitiendo a cualquier tercero su utilización sin autorización previa ni pago alguno. Se trata de una "libre autorización". Un ejemplo de lo anterior sería la copia privada manual que no deviene en un pago. En consecuencia, se podrían enmarcar como "licencias legales".
- Por su parte, las limitaciones no se encuentran por fuera de las prerrogativas del derecho de autor, sino que justamente se reconoce su plena aplicación, razón por la cual para su debido y legítimo uso por parte de terceros se requiere de un pago o reconocimiento previo a sus titulares o a la respectiva sociedad de gestión colectiva. Se tratarían entonces de "licencias voluntarias o contractuales". Un ejemplo sería la reprografía de las obras literarias. Sobre este tema se volverá más adelante.
- De ahí que, de acuerdo con PIERRE SIRINELLI

*"... Si debiéramos utilizar una terminología más precisa, sin duda sería adecuado hablar de "limitación" siempre que estemos en presencia de un derecho de remuneración y de "excepción" cuando dejamos de estar en presencia de un derecho de autor o de derechos conexos.*

*Pero habitualmente y debido a la diversidad de legislaciones, las dos palabras son usualmente empeladas sin distinción para designar las restricciones al derecho exclusivo, lo cual es normalmente la regla en derecho de autor..."<sup>16</sup>*

---

<sup>16</sup> PIERRE SIRINELLI. "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins" en Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'Ompi sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'Ompi sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Ginebra, 6 al 7 de diciembre de 1999, p.4. Citado por RODRÍGUEZ MORENO, SOFÍA, "La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor". Universidad Externado de Colombia, julio del 2004, p.65.



- Antes de la Conferencia diplomática de Estocolmo (1967), los Estados a su arbitrio creaban las excepciones que a bien consideraran. A partir de ese momento empezaron a crearse parámetros para su aplicación y es cuando surge lo que la doctrina conoce como "La regla de los tres pasos"<sup>17</sup>, que en un primer momento fue establecida para el derecho de reproducción, de acuerdo con la cual se pueden establecer esas limitaciones siempre que:
  - a. No se atente contra la explotación normal de la obra (Salvaguarda de la explotación normal, que no entre en competencia económica con otras formas de explotación).
  - b. No se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (Carácter justificado). Se entiende por injustificado que no sea razonable (Derecho Anglosajón). Para algunos, es aquello que resulte desproporcionado, aunque esta noción es más amplia ya que no necesariamente lo desproporcionado es injusto.
  - c. Se enmarque dentro de los casos especiales previstos (Principio de la Especialidad, interpretación y alcance estricto).
- Con la creación de la Organización Mundial del Comercio - OMC, surge el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC, en donde se recoge la regla de los tres pasos antes mencionada, para ser aplicada a todos los derechos patrimoniales y no sólo al de reproducción.
- Por su parte, el Convenio de Berna en el ordinal 2) de artículo 10 consagra que:

"(...)

*"2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los arreglos particulares o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados."*

---

<sup>17</sup> Numeral 2º artículo 9º Convenio de Berna; artículo 21 Decisión Andina 351 de 1993, numeral 2º artículo IV bis de la Convención Universal sobre Derechos de Autor; numeral 1º artículo 10º Tratado OMPI WCT; artículo 11 Tratado OMPI WPPT; artículo 13 ADPIC; numeral 4º artículo 18-04 Acuerdo G-3.

"3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente..."

- A su turno la Decisión Andina 351 de 1993 en el ordinal b) del artículo 22 preceptúa que:

"Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos..."

Y en el artículo tercero señala qué se entiende por usos honrados, a saber: "... Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor..."

- Las excepciones y limitaciones tienen su campo de actuación tanto respecto de los derechos patrimoniales como excepcionalmente en los morales<sup>18</sup>. Ejemplos de esto último serían: La posibilidad de renovar o de actualizar la obra cuando el autor no quiere o no puede, -sería una excepción al derecho moral de modificación-; o cuando por razones del derecho a la intimidad, a la imagen o al buen nombre su suprimen ciertos apartes de una obra configurándose una excepción al derecho moral de integridad; o en el caso colombiano de los funcionarios públicos quienes conservan los derechos morales de sus creaciones pero no de manera absoluta sino limitada, "... siempre que su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas..."<sup>19</sup>.
- En ese orden de ideas, volvamos a analizar la excepción y limitación **para fines de enseñanza** citada en renglones anteriores, para llegar a la conclusión que no se trata de una licencia absoluta a favor de los centros educativos, sino que al igual que las otras excepciones y limitaciones debe enmarcarse dentro de la regla de los tres pasos para que su utilización resulte legítima. La razón de ser de esta excepción se centra en el derecho a la educación y al acceso a la cultura, como fines superiores y connaturales al hombre, los cuales en nosotros tienen consagración constitucional (artículos 67 y 70 de la Constitución Política). "... La revisión de Estocolmo de 1967 aclaró que el vocablo "enseñanza" comprende

---

<sup>18</sup> Aunque para cierto sector de la doctrina, los derechos morales son incólumes y no se pueden afectar por tales eventos. De ahí que según esta tendencia, los ejemplos que más adelante se citan no constituyen excepciones y limitaciones al derecho de autor, sino prevalencia y jerarquía propia del ordenamiento jurídico en general.

<sup>19</sup> Artículo 91 de la ley 23 de 1982.

*todo tipo de establecimientos educativos, escolares, universitarios, públicos y privados..."*<sup>20</sup>. Cabe advertir que, algunos autores como MASOUYÉ citado por SOFÍA RODRÍGUEZ MORENO en su libro "La era digital...", considera que la investigación científica pura quedaría por fuera del concepto de enseñanza, luego no cabría la posibilidad de aplicarle esta excepción.

- La anterior es una excepción a la mayoría de los derechos patrimoniales<sup>21</sup>, como el de reproducción, comunicación pública, incluyendo emisiones de radiodifusión para fines educativos y además grabaciones sonoras o visuales, publicaciones, etc., ya que el vocablo "utilización" es bastante amplio.
- Dentro de las limitaciones y excepciones, se encuentra que también "*... es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro..."*<sup>22</sup>. Esto es lo que se conoce comúnmente como el derecho de **copia privada**, que no requiere autorización ni formalidad alguna para realizarse, siempre que se reúnan sus exigencias. Llama la atención que nuestra legislación se inclinó por el uso privado y no por el personal, siendo más amplio el primero, ya que dentro del campo de lo privado pueden intervenir y participar varias personas siempre que no tenga la posibilidad del acceso al público en general y no se persiga una retribución económica. De ahí que resulte más acertada la regulación consagrada en el artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993, de acuerdo con el cual "*... Reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en u solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de u individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal..."*. Dada la primacía de la norma supranacional, dicha interpretación es la que debe prevalecer sobre la concepción interna.
- Sobre este tema lo primero que se debe resaltar es que no se trata de una excepción que sea aplicable a cualquier clase de obras; expresamente está excluido el soporte lógico o software. Además, su ámbito se restringe a las obras literarias y científicas -en Francia es permitida respecto de las obras artísticas

---

<sup>20</sup> Guía del Convenio de Berna, p.69.

<sup>21</sup> Ordinales b y j artículo 22 Decisión Andina 351 de 1993; artículos 32, 149 y 164 Ley 23 de 1982.

<sup>22</sup> Artículo 37 de la ley 23 de 1982.

para fines de estudio, por ejemplo-. En nosotros, ese trato diferenciador de las obras fue sujeto de demanda de inconstitucionalidad <sup>23</sup> por romper el principio de igualdad de las personas ya que resulta legítimo hacer copias de ciertas obras pero no de otras y, por discriminar a los autores, ya que los de las obras científicas y literarias no se pueden oponer a dicha copia. Sin embargo, la Corte de ese entonces consideró que era legítima la manera de regular de forma diversa la producción intelectual y que tal distinción *"... no tiene importancia que no se prohíba expresamente la reproducción de la obra artística, pues la reproducción de cualquier obra se encuentra prohibida de manera general en el artículo 12 (Ley 23 de 1982)..."* <sup>24</sup>, aseveración que la doctrina ha criticado con total argumentación, ya que se estaría desconociendo la regla de los tres pasos y en rigor jurídico no existe fundamento legal para tal distinción.

- Siguiendo con el análisis de la referida excepción, se ratifica que se faculta la copia en un solo ejemplar y para un "uso personal", luego no cabría para las personas jurídicas sino sólo para las naturales. Se trata de una excepción al derecho de reproducción, eventualmente al de transformación ya que para su "uso personal" puede requerir traducirlo por ejemplo, pero no sería una excepción al derecho de comunicación pública ni al de distribución, ya que su ámbito es restringido al personal exclusivamente; teniendo su razón de ser en el derecho a la educación y al acceso a la cultura, y siempre que se efectúe sin ánimo de lucro. En otros países como España, Francia y Alemania, más que una excepción es una limitación, consagrándose la obligación de un pago por la copia privada, en nosotros ello no tiene cabida, por ahora, diferente del tema de la reprografía que se analizara más adelante..
- *"... Inicialmente, la copia para uso personal fue establecida por algunas legislaciones como un caso de libre reproducción de las obras protegidas por el derecho de autor, pero la masiva práctica de esta forma de reproducción la ha convertido en una forma normal de explotación de las obras..."* <sup>25</sup>. De ahí que en ciertas latitudes tal reproducción implica una

---

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de abril de 1987.

<sup>24</sup> PACHÓN MANUEL. "Manual de derechos de autor" p.83.

<sup>25</sup> VEGA JARAMILLO ALFREDO "Manual de Derecho de Autor", Ob.cit., p.64.

licencia no voluntaria remunerada. De acuerdo con MÓNICA TORRES

*"... el advenimiento de nuevas tecnologías de reproducción facilitaría la utilización generalizada de obras impresas, sonoras y audiovisuales. En efecto, el volumen que ha alcanzado la reproducción para uso personal por medio del fotocopiado y la reproducción doméstica de grabaciones sonoras o audiovisuales ha superado los parámetros establecidos en la mencionada regla de los tres pasos debido a la utilización generalizada acumulativa de obras protegidas, a través de la reproducción para uso personal..."<sup>26</sup>.*

- En nuestra legislación nacional de derecho de autor no se contempla ninguna contraprestación por la copia privada. Sin embargo, la Ley 98 de 1993, más conocida como la Ley del Libro consagra la obligación de obtener, -por quines utilicen aparatos de reproducción o efectúen copias de manera colectiva o lucrativa-, la previa y respectiva autorización de los titulares además del pago respectivo. Para esto último entre nosotros está el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos - CEDER, el cual es una sociedad de gestión colectiva que se encarga de recaudar, administrar y distribuir los recursos provenientes de dicha remuneración compensatoria.
- Sobre este particular es importante aclarar una concepción generalizada pero equivocada según la cual existe un porcentaje máximo legal para determinar la cantidad de partes de una obra susceptibles de reproducir por reprografía, cuando en ninguna parte de la legislación aplicable existe tal referencia, ya que simplemente se utilizan expresiones como los "usos honrados", "uso personal" para delimitar el alcance de esta excepción, siempre bajo la cobertura de la regla de los tres pasos. Luego, tales porcentajes son fruto de las licencias contractuales que CEDER concede a los solicitantes de las mismas, las cuales deben enmarcarse dentro de las concepciones normativas antes señaladas, ya que puede resultar que con un porcentaje inferior al establecido contractualmente se estén vulnerando los usos honrados o, en el caso contrario, que respetándose tales usos se supere dicho límite.

---

<sup>26</sup>TORRES, MÓNICA. "Excepciones y limitaciones relativas a los derechos de autor y conexos. Los problemas de aplicación de la "regla de los tres pasos". Particular referencia al derecho de remuneración equitativa por la copia para uso personal de las obras impresas. Remuneración compensatoria por copia para uso personal", en el VIII Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: "El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información", Santa cruz de la Sierra, 2001, p.5. Citado por VEGA JARAMILO ALFREDO. Ob.cit., p. 65.

- Otra excepción y limitación es la relativa al **domicilio privado**, consagrada en el artículo 44 de la Ley 23 de 1982, de acuerdo con el cual "... es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado, sin ánimo de lucro...". A diferencia de la excepción anterior comprende toda clase de obras, siempre que se lleve a cabo en el domicilio privado de una persona y sin ánimo de lucro, constituyéndose en una excepción al derecho de reproducción, de modificación e incluso eventualmente de comunicación pública. En cuanto a qué se entiende por "domicilio privado",

*"... podemos basarnos en la concepción de "círculo de la familia", contemplada como una excepción al derecho de comunicación pública por la legislación francesa (L.122-5-1)..., ... por círculo de familia se entiende aquel en donde existe un **animus familiae**, el cual no requiere la presencia necesaria de un vínculo de parentesco como tal, sino que sugiere la existencia de lazos de camaradería y amistad, en donde la comunicación de una obra se hace sin fines lucrativos..."<sup>27</sup>.*

- Otra excepción fundamental en el ámbito académico es la del **derecho de cita**, que de acuerdo con LIPSZYC DELIA, se trata de "... la mención de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como de las obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna..."<sup>28</sup>. Para su adecuada aplicación se requiere cumplir con tres requisitos<sup>29</sup>:
  - a. El respeto a los derechos morales, indicando la fuente y el nombre del autor.
  - b. Se debe transcribir "los pasajes necesarios, conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga". Esto es lo que se conoce como los "**usos honrados**" (Revisión de Estocolmo del Convenio de Berna de 1967), los cuales son aquellos que en consonancia con la regla de los tres pasos, no interfieren con la explotación normal de la obra y no ocasionan un perjuicio injustificado al interés legítimo del autor<sup>30</sup>.
  - c. Se debe referir a obras ya publicadas lícitamente para no vulnerar el derecho moral

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ MORENO, SOFÍA, "La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor", Ob.cit., p. 86.

<sup>28</sup> LIPSZYC, DELI. Ob.cit., p.231.

<sup>29</sup> Párrafo primero artículo 10º Convenio de Berna; artículo 31 Ley 23 de 1982; ordinal a del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993.

<sup>30</sup> Artículo 3º Decisión Andina 351 de 1993.

a la obra inédita. Luego si se trata de una obra que sólo ha circulado en el ámbito privado no cabría el derecho de cita.

- Para complementar el análisis de esta excepción, se debe entender que la misma ha sido concebida en aras de la defensa y jerarquía del derecho a la cultura y a la educación, constituyéndose entonces en una excepción al derecho de reproducción, de comunicación pública y eventualmente de distribución, ya que aunque expresamente no está previsto, resulta apenas lógico pensar que la obra en la que se hace uso del derecho de cita posteriormente va a ser publicada y distribuida. Si el autor o titular no estuviere de acuerdo con la proporción de las citas, pueden iniciar un proceso para que las autoridades judiciales fijen *"... equitativamente y en un juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas..."*<sup>31</sup>.
- De manera paralela al estudio de esta excepción se debe tratar el tema del FRAUDE y del PLAGIO, porque en no pocas ocasiones, los responsables tratan de disfrazar el hecho punible bajo un supuesto error de derecho de cita, lo cual es inadmisibles ya que se trata de dos situaciones distintas. En efecto,

*"De todas las violaciones éticas, el fraude es, posiblemente, la más abominable ya que es una violación deliberada y voluntaria de la verdad, tanto en su sentido intelectual como moral. Es, realmente, una deformación del valor intelectual de la verdad en todo lo que atañe a su función como objetivo inherente al quehacer científico"*

**Rivero y Lugo (1984) citado por Salinas, P. (2004)**

- El tema del plagio no sólo atañe al derecho de autor y al derecho penal <sup>32</sup> sino al mundo académico cuya función principal es la de formar y mediar en la creación y aprehensión del conocimiento. De acuerdo con Bordignon

*"El engaño estudiantil impide a los alumnos pensar por sí mismos. Esta pérdida de libertad trae aparejado perjuicios en su educación, ya sea para adquirir nuevos conocimientos o desarrollar habilidades. Los docentes tienen como misión ineludible controlarlos y guiarlos - de forma continua - como parte de su normal formación"*<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Inciso 2º artículo 31 Ley 23 de 1982.

<sup>32</sup> Artículos 270 y siguientes del Código Penal.

<sup>33</sup> BORDIGNON, FERNANDO R.A., Tolosa, Gabriel H., Rodríguez, Carlos G. y Peri, Jorge A. Primeras experiencias en Detección del Plagio en Ambiente Educativo. JEITICS 2005, Universidad Nacional de Luján, Argentina. <http://cs.uns.edu.ar/jeitics2005/Trabajos/pdf/19.pdf>

- Se entiende por plagio "... El acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados..."<sup>34</sup>. El fraude es el género y el plagio una de sus especies. En consecuencia, todo plagio es fraude pero no todo fraude es plagio.
- Así las cosas, cuando efectivamente se presenta plagio, de acuerdo con la definición antes señalada, éste se considera un tipo especial y, en consecuencia, resulta procedente aplicar las sanciones correspondientes a esta especie y no al género más próximo, que sería el fraude.
- Al entenderse el trabajo colectivo como una obra en colaboración y al haber sido probado el plagio, los sujetos activos serían todos los estudiantes que aparecen firmando. No obstante ello, por el debido proceso y el legítimo derecho a la defensa, cada uno podría exonerarse de responsabilidad probando su no participación o su no conocimiento en la actividad del plagio.
- Cabe advertir que en estos casos, no se acepta la configuración de una responsabilidad objetiva por el sólo hecho de la elaboración conjunta del trabajo, ya que se considera que no hay sanción sin culpabilidad y sobre este tema la propia Corte Constitucional en Sentencia T-806/05, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño ha establecido que, aunque las Universidades son autónomas en el ejercicio de los procesos internos que adelanten con los estudiantes y aunque éstos pueden no tener el rigor de los procesos penales o disciplinarios, de ninguna manera significa que sean arbitrarios o que se desconozcan principios constitucionales como el debido proceso y el derecho a la defensa. Adicionalmente, señala que "*... se admite la modalidad culposa cuando la naturaleza y estructura del tipo sean susceptibles de la modalidad culposa...*"<sup>35</sup>.
- En consecuencia, el plagio sólo admite la modalidad dolosa. Luego, si algún estudiante prueba su no participación en el plagio, no se le podría, legítimamente, atribuir imputación alguna.

---

<sup>34</sup> Glosario de la OMPI Voz No. 188.

<sup>35</sup> Consultar además la sentencia C-181 del 2002 en la que se adopta jurisprudencia de la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, sentencia de diciembre 16 de 1992. M.P. Edgardo José Maya Villazón.



- Por otra parte, la división interna del contenido de un trabajo en grupo no es configurativa de fraude, por cuanto de acuerdo con el principio de especialidad y de división del trabajo, en la mayoría de ocasiones la manera más eficiente de realizar un trabajo es distribuyéndose los apartes que lo conforman, por especialidad o preferencia, sin que ello implique exoneración de la responsabilidad que les compete por elaborar una obra en colaboración, cuando los autores se reputan todos por igual sin prevalencia de unos sobre los otros, de manera que los aportes que cada uno haga no se pueden diferenciar ni separar. Justamente en la propia definición que la Ley trae de obra en colaboración se hace referencia a los *aportes*, lo cual implica división de los elementos que finalmente conformarían la obra.
- Luego, los estudiantes deben tener diligencia y cuidado en la integración y conformación conjunta del trabajo; es decir, si deciden distribuirse el trabajo, deberán posteriormente llevar a cabo una plenaria donde cada uno exponga su parte, la sustente y asevere que las fuentes fueron debidamente consultadas, a fin de verificar el respeto de la propiedad intelectual a través de la revisión de las fuentes consultadas.
- Dada la importancia que reviste el tema, resulta perentorio tomar medidas preventivas y correctivas frente al fraude y sus especies. Dentro de las preventivas encontramos la **concientización** por el respeto a la propiedad intelectual, a la creación y difusión del espíritu humano, bajo el entendido de que es el **medio más idóneo para el crecimiento y desarrollo económico y cultural de una comunidad**, de forma tal que si no se tutelara en debida forma no habrían más instrumentos del conocimiento que facilitarían la satisfacción de nuestras necesidades físicas, intelectuales, emocionales, económicas y sociales, a partir de los cuales pudiéramos comprender nuestra realidad, trascenderla y evolucionar.
- Otra estrategia preventiva es la **capacitación** de manera transdisciplinaria en todas las áreas del saber, en ámbitos tales como la propiedad intelectual, el uso del Internet y demás herramientas tecnológicas, la debida utilización de las bases de datos y de los motores de búsqueda entre otros, así como una idónea

formación en el manejo y consulta de las fuentes bibliográficas, citas y referencias.

- Dentro de las medidas correctivas nuestra legislación contempla sanciones penales, administrativas y civiles, estas últimas mediante procesos cautelares, ordinarios, declarativos e incluso ejecutivos<sup>36</sup>.
- De acuerdo con Pedro Salinas<sup>37</sup>, en el campo científico ya no sólo referido al estudiantil, se pueden presentar diversos actos fraudulentos, tales como:
  - a. FABRICACIÓN O INVENCION: Consiste en decir resultados inventados o ficticios sin el correspondiente soporte científico.
  - b. FALSIFICACIÓN: Consiste en alterar datos o información del proyecto.
  - c. PLAGIO Y APROPIACIÓN INDEBIDA: Al cual ya nos referimos.
  - d. MANIPULACIÓN DE DATOS: Consiste en tomar datos ciertos pero modificar sus valores o artificialmente realizar pruebas de tal manera que se ajusten a las proyecciones esperadas ("Masaje de datos").
  - e. AUTORÍA FICTICIA: Consiste en incluir a quien no ha sido autor de la producción o de la obra.
  - f. OMISIONES EN EL DOCUMENTO O EN LA PUBLICACIÓN: Consiste deliberadamente en suprimir o en no mencionar citas relevantes, datos o estudios que sustentarían la posición contraria a la sostenida en la obra.
  - g. NEGLIGENCIA CIENTÍFICA: Consiste en realizar análisis inadecuados, sesgados o manipulados.
  - h. SENSACIONALISMO: Consiste en dar a conocer de manera ampliada los resultados de proyecto antes de su publicación o difusión oficial, de forma desproporcionada para generar, deliberadamente un efecto en los destinatarios.
- Es importante tener en cuenta que las anteriores expresiones fraudulentas, algunas se enmarcan dentro de régimen de la propiedad intelectual y otras son ajenas al mismo. Por ejemplo, en el tema de la apropiación indebida, a menos que se pruebe que se trata de la violación de un secreto o de una

---

<sup>36</sup> Artículos 232 a 252 Ley 23 de 1982.

<sup>37</sup> Salinas, Pedro. Editorial: Reflexiones sobre el fraude científico en el ambiente universitario. Médula, Revista de Facultad de Medicina, Universidad de Los Andes. Vol. 13. 2004. Mérida. Venezuela. [http://www.saber.ula.ve/cgiwin/be\\_alex.exe?Acceso=T016300002566/1&Nombrebd=ssaber&Recuperar=30](http://www.saber.ula.ve/cgiwin/be_alex.exe?Acceso=T016300002566/1&Nombrebd=ssaber&Recuperar=30).

información confidencial, la sola apropiación "de la idea" del proyecto de otro NO ES SANCIONABLE por cuanto como se indicó al principio de este escrito, las ideas no son susceptibles de tutela, sino la cristalización que de las mismas cada uno haga bajo su personal ropaje. Por eso, listados como el expuesto deben ser entendidos de manera ilustrativa para ser analizados a la luz del derecho de autor, ya que algunas conductas si están proscritas por la ley, en tanto que otras resultarían inocuas e incluso lícitas.

- Otra limitación y excepción que tiene cabida en la materia objeto del presente estudio, son las reproducciones que lícitamente y sin solemnidad alguna pueden realizar **las bibliotecas públicas, para el uso exclusivo de sus lectores o para préstamos a otras bibliotecas públicas**, mediante **una copia** de la obra protegida depositada en ella, cuando **se encuentren agotadas**, o cuando resulte necesario **para su conservación** con el único fin de ser utilizadas por sus lectores.<sup>38</sup> Así las cosas, no cualquier reproducción es legítima, aunque sea llevada a cabo por una biblioteca pública, puesto que no sólo se cualifica al sujeto de la acción, sin también su móvil y el contexto en el que se debe presentar.
- Una diferencia entre la normatividad interna y la supranacional, es que esta última no hace referencia específica a las bibliotecas públicas, siendo su cobertura más amplia, ya que incluye las colecciones con acceso restringido al público o para uso específico de los empleados de una entidad o de instituciones, siempre que tales colecciones pertenezcan a bibliotecas o archivo que no pretendan ánimo de lucro. A semejanza de un caso anterior, por la jerarquía de la norma andina su interpretación y aplicación prevalecerá sobre la interna.
- Para que esta excepción tenga cabida se debe cumplir con las siguientes condiciones:
  - a. Que el objetivo sea preservar un ejemplar de la obra o, si se encuentra agotado, reemplazarlo cuando ha sido destruido, inutilizado o perdido.
  - b. Permitir que otras bibliotecas o archivos pueden recibir a título de préstamo el ejemplar, para que ellos también puedan realizar una copia en las condiciones antes señaladas.

---

<sup>38</sup> Artículo 38 de la Ley 23 de 1982, ordinal c artículo 22 Decisión Andina 351 de 1993.

- c. Sustituir el ejemplar de la obra que fue destruido, inutilizado o perdido, siempre que esté agotado en el mercado, y se lo haya prestado otra biblioteca o archivo de su propia colección.
- En relación con las **actividades típicas de las bibliotecas**, cabe mencionar las siguientes: **La consulta in situ; el caso de los préstamos entre bibliotecas** (la licencia legal antes analizada); **los préstamos a los usuarios** (es un tema delicado y controversial: en algunas latitudes se maneja como una licencia legal, en otras como voluntaria, y en algunas ni se menciona); **las copias preventivas** (duplicando totalmente su contenido, con los requisitos enunciados).
  - Es importante advertir que en ningún caso la digitalización de la obra está permitida como una excepción y limitación a favor de las bibliotecas, así sea para fines preventivos o de seguridad. Puesto que tal proceder constituye una forma de adaptación o de modificación que no estaría permitida, puesto que la interpretación de estas excepciones es de manera restrictiva, de forma tal que dicho proceder no ha sido facultado, requiriéndose entonces, que la respectiva biblioteca obtenga la correspondiente licencia ante el titular o ante la sociedad de gestión colectiva respectiva.
  - Dentro de las obras que se encuentran en las bibliotecas o colecciones, pueden existir unas que ya se encuentran en el dominio público, en tanto que otras todavía están protegidas, motivo por el cual, ante cualquier actuación se debe tener en cuenta sobre cuál clase de obra recaería, ya que, como se advirtió anteriormente, las facultades de las bibliotecas no son omnímodas, son precisas y limitadas, por fuera de las cuales, deberán cumplir con los mismos requisitos y autorizaciones que cualquier tercero que desee explotar, utilizar o disfrutar la obra.
  - Las funciones principales de esta clase de entidades son: La conservación difusión de conocimiento, el acceso a la información y el desarrollo cultural, entre otras. Es por ello que la consecución de tales objetivos, deben actuar con responsabilidad y cautela, teniendo en cuenta las necesidades de sus usuarios si dejar de lado el derecho de autor.

- Para ciertos estudiosos del tema, las bibliotecas deberían pagar a los titulares por prestar sus libros, discos, videos, CDs, etc., aunque su actividad se realice sin ánimo de lucro. En este mismo sentido lo declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al considerar que España "... *había incumplido la legislación comunitaria en materia de protección intelectual al eximir, prácticamente a todos los establecimientos dedicados al préstamo, del abono de la correspondiente compensación a las entidades gestoras de derechos de autor...*"<sup>39</sup>. España alegó que era de superior jerarquía al derecho de autor la promoción cultural sin ánimo de lucro; pero el Tribunal señaló que ambos derechos eran completamente compatibles y que se debería proceder con el reconocimiento de la respectiva compensación económica.
- Otro tema relevante en cuanto a las bibliotecas se refiere, es cuando éstas reciben una copia de las tesis de grado o en general de los trabajos que los estudiantes elaboran para efecto de optar por un título académico. En efecto, como se indicó en este documento, el titular exclusivo de tales obras es, en principio, el estudiante y dentro de sus prerrogativas se encuentra el derecho a lo inédito, luego, nadie lo puede compeler a publicar lo que no desea. Es por ello que las bibliotecas deben, dentro de sus catálogos, separar y dar un tratamiento diferencial, aquellas obras que conservan con carácter inédito de las que no lo son, ya que las primeras no podrían ser consultadas ni utilizadas por los usuarios de las mismas.
- Como complemento de lo anterior, las bibliotecas así pertenezcan a la misma universidad en la cual estudia el alumno en cuestión, deben obtener de éste la respectiva licencia, remunerada o no, para su comunicación y consulta pública y, en general, para las actividades que normalmente realiza. Dicha autorización en ningún caso implica cesión o transferencia de los derechos, lo cual no obsta para que eventualmente ello ocurra por razones de negociación contractual o conveniencia, caso en el cual se deberá observar las formalidades de ley (escritura pública o documento privado reconocido y posteriormente su registro) para su existencia y debida oponibilidad. Sin embargo, dicha enajenación no debería ser la regla general, puesto que al

---

<sup>39</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 28 de octubre del 2006.

despojar al titular de los derechos patrimoniales sin mayores propósitos que las funciones usuales de las bibliotecas, se estaría restringiendo la posibilidad de re-crear la obra, actualizarla, adaptarla, modificarla, puesto que normalmente las bibliotecas no cuentan con la capacidad para realizar tales labores, quedándose entonces con unos derechos que jamás explotará, limitando así el desarrollo cultural, como ya se explicó anteriormente.

- Otro punto que debe tenerse en cuenta en relación con las bibliotecas es el que concierne a las bases de datos digitales, consultas on line y, en general, servicios de esta clase, ya que como se indicó en su oportunidad, en materia del derecho de autor los usos y facultades son independientes, de modo tal que si la respectiva licencia no tenía previsto expresamente la digitalización de la obra, o su puesta a disposición en medio digital, o su comunicación o consulta por este medio, entre otros eventos, la biblioteca NO CONTARÍA con las facultades legales para ello y si procediera estaría vulnerando la normatividad. Verbi gracia, bases de datos que funcionan bajo el sistema "open access", -que consiste en una red científica para compartir información, en donde no se tiene en cuenta la retribución económica, por cuanto la recompensa para el autor consiste en el reconocimiento de sus pares-, su utilización estaría desconociendo el régimen del derecho de autor, si no existiera previamente la correspondiente licencia.
- Es por lo anterior, que muchas bibliotecas "para curarse en salud" optan por la cesión, ya que al ostentar la titularidad absoluta de los derechos patrimoniales se encontrarían facultadas para cualquier explotación. Sin embargo, como se advirtió tal proceder no es el más equitativo razón por la cual se aconseja obtener del catálogo de obras protegidas, las respectivas licencias que concedan, según las políticas de cada biblioteca y el interés del titular, las precisas facultades requeridas para los fines que imponen las nuevas tecnologías, bajo el entendido de que lo que no está autorizado está prohibido. Luego si se permite la sola consulta ello no implicaría que se ha facultado su copia y, en consecuencia, las obras podrían tener las medidas tecnológicas de protección correspondientes. Además, respecto de las obras que las bibliotecas ya tenían, éstas no contaban con las autorizaciones para esta clase de usos porque no existían o no se tenían

previstos; por tanto, no podrían colocar de manera general todo su catálogo en línea o "conectarlo" a estas bases de datos digitales o de open access; ya que tendrían que distinguir y sólo podría estar allí aquello respecto de lo cual se cuenta con la precisa autorización o se es cesionario sin limitación alguna.

- Otra excepción y limitación aplicable al ámbito académico es la relativa **a los apuntes de las conferencias o las clases**, de acuerdo con la cual, sin perjuicio del derecho de autor que le asiste al profesor o conferencista por su clase, charla, ponencia,..., no está legitimado a oponerse a que los destinatarios de las mismas las fijen en sus apuntes o en grabaciones (puesto que pueden ser recogidas libremente), ya que constituyen su material de estudio, SIEMPRE que se dicten en establecimientos de enseñanza superior, secundaria o primaria, con la prohibición de su reproducción o publicación total o parcial, salvo expresa autorización de su titular<sup>40</sup>.
- Para terminar este acápite, cabe resaltar que las excepciones y limitaciones descritas son aplicables al sistema análogo pero no han sido concebidas para el digital, motivo por el cual no se puede extender ni ampliar su cobertura de manera automática, para lo cual se requeriría la correspondiente licencia voluntaria en las condiciones que el titular o la respectiva sociedad de gestión colectiva definan.

#### **4. CONCLUSIONES Y DERIVADAS JURÍDICAS**

Con base en todo lo expuesto, se pueden inferir las siguientes conclusiones, las cuales podrán constituir derivadas jurídicas aplicables a casos semejantes, o a través de ellas, inducir postulados más generales.

- Los trabajos de grado o de tesis, de investigación o similares, que realicen los estudiantes dentro de sus actividades académicas, los derechos morales y patrimoniales serán del estudiante, salvo que respecto de estos últimos haya mediado una forma especial de coautoría, de producción o de cesión.
- *Nuestra legislación no contempla de manera específica un régimen particular para las Tesis o Trabajos de Grado; en consecuencia, su régimen es semejante al de cualquier otra obra literaria, científica o artística,*

---

<sup>40</sup> Artículo 40 Ley 23 de 1982.

según corresponda, por cuanto esta clase de trabajos pueden revestir múltiples formas y variadas concepciones, ya que se pueden concretar en documentos escritos como ensayos, escritos o monografías; o en un software; o en una composición musical; o en una obra plástica, artística o audiovisual; entre otras posibilidades.

- En ese orden de ideas, cualquier creación original que realice el estudiante que pueda reproducirse por cualquier medio y, que en general, cumpla con las características correspondientes, se considera UNA OBRA reconocida y tutelada por el Derecho de Autor, sin perjuicio de que adicionalmente y de manera paralela conforme un requisito para optar por el título de grado para el cual se matriculó, valorado como un crédito académico.
- Así las cosas, los requisitos y condiciones académicos que se lleguen a definir por parte de la Universidad, NO pueden desconocer o vulnerar la naturaleza de obra que ostenta la Tesis o el Trabajo de Grado.
- Aunque la Universidad provea de recursos al estudiante para la elaboración de su Tesis o Trabajo de Grado (en adelante genéricamente se designarán como tesis) y coloque a su disposición un docente que cumpla las veces de director, -en cumplimiento de los compromisos que le corresponden por virtud de la matrícula-, ello NO es óbice para considerar que se trata de una obra por encargo y, que por ende, los derechos patrimoniales le corresponden a la Universidad. **Tal aseveración no sólo constituiría un error sino que violaría el régimen del derecho de autor.**
- Un tema de crucial importancia es el poder DELIMITAR la función que desempeña el Director de Tesis, ya que en la práctica se confunden sus funciones llegando a matizarse, hasta el punto que se crean equívocos muy frecuentes. De ahí que sea usual escuchar frases como la que sigue: "El director aportó ideas muy valiosas a la tesis de tal manera que es un autor más de la misma", -percepción que puede ser o no compartida por el estudiante-. Tal aseveración es incorrecta porque desconoce varios de los postulados generales expuestos anteriormente, tales como: a. Las ideas no se protegen por más brillantes, ingeniosas, novedosas, originales o útiles que resulten; lo que se tutela es la concreción que de la misma se haga, la manera como



el estudiante ha tomando tales aportes, junto con todo lo demás que el contexto le ha brindado (sus propias ideas y concepciones, bibliografía, otros autores,...), y los materializa de manera original y creativa en su obra.

- La función del Director de Tesis, como su nombre lo indica, es la de dirigir, orientar, aconsejar, delimitar, fijar derroteros, corregir, sugerir, recomendar; pero, en NINGÚN MOMENTO en su calidad de director se puede involucrar en la cristalización de la obra. Es factible que participe en la concepción teórica de la obra, (de la tesis), *pero cuando ésta adopta una forma, una expresión original y creativa en la realidad, excluye por definición la intervención del director, siendo el único responsable de dicha labor, de manera exclusiva, el estudiante.*
- La afirmación anterior no sólo es una conclusión forzosa de los postulados generales del Derecho de Autor, sino de la concepción académica de la propia tesis. Ya que de otra forma no se podría explicar cómo gracias al esfuerzo de otro (compartido o no), un estudiante reciba un crédito académico que no refleja su real participación y, pueda así optar por su título de grado. *La tesis es una labor personalísima, en la que pueden intervenir uno o varios estudiantes, incluso otros sujetos como docentes e investigadores, -como se explicará más adelante-, pero nunca el propio director en su calidad de tal.*
- Cosa distinta es que, como se explicó en la introducción, la tesis haga parte a su vez de una obra colectiva o en colaboración en la que participan otros intervinientes, en cualquier calidad, diferente a la de Director de Tesis. En efecto, puede suceder que los propios docentes o investigadores de la Universidad se encuentren desarrollando una obra en colaboración, donde los aportes de todos no puedan ser separados sin desnaturalizar la obra y, acuerden permitir la participación de estudiantes en determinados aspectos. Participación que si cumple con las condiciones académicas que exige la Universidad se constituiría, además, en su tesis.
- El evento anterior, resulta ser un caso sui generis, donde una tesis se encuentra inserta en una obra en colaboración, lo cual a la luz de la normatividad del Derecho de Autor, es perfectamente lícito y posible,

puesto que cada partícipe ostentaría la calidad de autor, conservando la titularidad de los correspondientes derechos. Sin embargo, donde se puede presentar alguna clase de inconveniente es en el área académica, frente a la Universidad, ya que ésta tendría que crear las herramientas y estrategias idóneas para valorar aquella parte de la obra en colaboración que exclusivamente realizó el estudiante y que corresponde a su tesis, a pesar de encontrarse en una obra donde justamente los aportes no pueden ser separados. En resumen, la parte que resulta ser la tesis del estudiante es de su completa autoría y será el titular respectivo, con la conciencia de que a su vez conforma una obra en colaboración, en la que hay coautoría, compartiendo todos la titularidad respectiva. Además, se debe entender que cada cual no podría explotar o disponer de su derecho sin la respectiva autorización de los demás, en las formalidades a que haya lugar.

- También puede ocurrir que sea la Universidad, por su propia iniciativa o por un vínculo jurídico previo con otras entidades académicas o con el sector real o de servicios (el caso de las pasantías o prácticas empresariales), quien decida producir una obra bajo su coordinación, orientación y seguimiento, en la que participen indistintamente profesores, investigadores y alumnos. En este evento, se estaría en el ámbito de una obra colectiva donde los derechos patrimoniales quedarían radicados en cabeza de la propia Universidad, en su calidad de productora de la misma, sin necesidad de formalidad alguna, bastando únicamente que se enmarcara dentro de las condiciones de tal (Vínculo laboral o de prestación de servicios con los participantes, orientación y coordinación de por parte de la Universidad, por cuenta de quien se realiza y publica, aportes personales que no pueden ser separados ni diferenciados).
- En el caso inmediatamente anterior, la participación del estudiante e tales obras puede, a su vez, hacer parte o no de su tesis. Si fuere lo primero, habría que, por un lado, remitirse a lo mencionado en los párrafos anteriores para efectos de poderla calificar y valorar en términos académicos. No obstante lo anterior, habría que precisar que si el estudiante está participando por cuenta de su tesis no tendría vínculo laboral o de prestación de servicios alguno con la universidad y, por tanto, no se estaría dentro de la presunción legal de transferencia automática de la obra colectiva, motivo por el cual, para que la

Universidad fuese la titular de dicha producción, se requerirían de las respectivas cesiones con las formalidades de ley. En cambio, si la participación del estudiante no es considerada como su tesis, podría vincularse al alumno mediante contrato de trabajo o de prestación de servicios y, en ese evento, estaría en la misma condición que la de cualquier otro investigador o docente, en donde el equipo de trabajo conformado, previamente ha entendido y aceptado que están dentro de una obra colectiva y que, en consecuencia, se procederá de conformidad con dicha naturaleza en cuanto a la titularidad de los derechos patrimoniales, siempre que se cumpla con las condiciones para que opere la presunción legal.

- Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la situación puede resultar un tanto más compleja ya que si la iniciativa no proviene de la propia Universidad sino de un tercero -Centros de investigación, gremios, otras entidades académicas, empresarios, comerciantes personas naturales, entre otros-, puede que se esté ante el evento de una obra por encargo, si se reúnen sus condiciones de tal y, por ende, la titularidad que originalmente ostentaría la Universidad como productora de la obra, quedaría radicada en cabeza del encargante, para lo cual habría que probar la cadena de cesiones o de encargos, preservando cada cual sus derechos morales<sup>41</sup>.
- En esta última modalidad, vuelve a surgir equívocos cuando la participación del estudiante sea también considerada como su tesis de grado, ya que como crédito académico se deben entregar copias de la misma a la Universidad, como constancia y cumplimiento de los procedimientos internos. En este evento se deberá advertir al encargante ya que es él, quien únicamente podría autorizar la reproducción, así sea parcial de la obra encargada. Y, si no concediese dicha licencia, puesto que es su legítimo derecho, le corresponderá a la Universidad crear alguna clase de tratamiento excepcional, en donde se entienda aceptada la tesis con la entrega que de ella

---

<sup>41</sup> En opinión de la Dirección Nacional del Derecho de Autor y de una posición mayoritaria de la doctrina, para que ocurra la presunción y el traslado automático de los derechos patrimoniales, el encargado SIEMPRE debe ser una persona natural, ya que sólo éstas pueden ser autores. En consecuencia, si media la intervención de una persona jurídica, no operaría la transferencia y debería perfeccionarse la correspondiente cesión. En nuestro sentir, respetuosamente nos apartamos de tal consideración por cuanto consideramos que sin importar la naturaleza del destinatario opera la presunción legal, con la cadena de cesiones o de encargos respectiva, pero esto será tratado con mayor detalle y de manera más exhaustiva en un artículo que posteriormente daremos a conocer.

haga el estudiante al encargado, si fuere de caso, sin necesidad de dejar copia alguna a su interior.

- Así mismo, puede suceder que dada la naturaleza de la información suministrada por el encargado, -quien en no pocas ocasiones permitió el acceso a los potenciales autores, mostró sus necesidades, debilidades, fortalezas y proyectos para que con base en ellas pudieran realizar la obra-, sea de naturaleza confidencial o estratégica, motivo por el cual exija que se tomen las medidas necesarias y convenientes para que se conserve como tal. Siendo ello así, se volvería a presentar algunas inconsistencias frente al tratamiento interno que la propia Universidad le otorga a las tesis, ya que buena parte de la información no podría ser divulgada e incluso, es muy probable que el propio director de la tesis deba firmar la respectiva obligación de reserva.
- Ante todos estos eventos, se reitera la necesidad de la Universidad de diseñar y contar con las herramientas e instrumentos idóneos para que, cumpliendo con la cargas y deberes contractuales y legales que le competen, coloque en conocimiento del estudiante y, en general, de todos los participantes, las derivadas jurídicas que se generan en aplicación de los principios del Derecho de autor.
- Por otra parte, resulta muy frecuente considerar que si un tercero o la propia Universidad ofrece un patrocinio económico para una determinada obra, por ese sólo hecho se ha generado la correspondiente transferencia de la titularidad de los derechos patrimoniales. **Tal concepción podría constituir un error.** En efecto, ya se ha hecho mención sobre la naturaleza onerosa que ostenta, por regla general, la transferencia de los derechos de la obra por encargo y, en general, en las cesiones voluntarias que se lleven a cabo respecto de los derechos patrimoniales. Sin embargo, el reconocimiento económico no es de la esencia, ya que por pacto expreso podría enajenarse tales derechos a título gratuito, siendo el acto en cuestión plenamente eficaz. En otras palabras, el traslado de la titularidad de los derechos no depende de si existe contraprestación o no, sino de si se cumplieron con las formalidades del caso para la respectiva cesión o, si se encuentra enmarcada dentro los supuestos de hecho consagrados en la norma, para que por el sólo ministerio de la Ley opere dicha transferencia; verbi gracia, en el caso de la obra

por encargo, o de la obra colectiva cuyos aportes no pueden diferenciarse.

- Retomando el tema de las copias de las tesis que el estudiante debe entregar a la biblioteca de la Universidad, en cumplimiento de los procedimientos administrativos internos, cabe precisar que para que dicha conducta sea procedente, el propio alumno tendría que acceder a ello, mediante la respectiva licencia o autorización. Luego, no es legítimo considerar que por virtud de la matrícula le resulte obligatorio al estudiante tal proceder, ya que siendo él, el autor y, en consecuencia, el titular de los derechos patrimoniales de su tesis, no estaría compelido a realizar ningún acto de utilización, reproducción o explotación, a menos que así se avenga a ello. Esta prerrogativa debe conciliarse con las necesidades de la Universidad de conservar una copia para su archivo, así como para su difusión. Aspecto este último que también requeriría de la previa autorización del alumno.
- Por otra parte, en algunos casos podría considerarse excesiva la cesión integral de los derechos de estudiante a favor de la universidad, únicamente para el propósito de las reproducciones, ya que las demás facultades eventualmente estarían desaprovechadas en manos de la biblioteca y, si el estudiante decidiera complementar o actualizar posteriormente su tesis, adaptarla, traducirla, incluirla en otra obra, cambiarle el formato o su soporte, entre otros aspectos, no lo podría hacer salvo que a su vez la Universidad se lo autorizara o, a semejanza de un pacto de retroventa, le volviera a ceder los derechos bajo las formalidades señaladas.
- En ese orden de ideas, dependerá de la finalidad que la Universidad persiga con la tesis en cuestión, para optar por la vía acordada con el estudiante de la cesión formal o, quizás una alternativa más simple y ajustada a los intereses que se buscan, por la autorización o licencia por parte del estudiante a favor de la Universidad, para efectos de poder realizar las reproducciones o publicaciones que se deseen. Siempre deberá tenerse presente que las facultades tienen que quedar expresa y taxativamente indicadas, ya que su interpretación es restrictiva, su aplicación no es extensiva y los usos son independientes.

- Cuando los estudiantes elaboran sus trabajos como consecuencias de pasantías o prácticas empresariales, se tiene que precisar el vínculo jurídico que los une con la entidad en cuestión: por ejemplo, si se trata de un contrato de aprendizaje, o de un contrato laboral, o como consecuencia de su vinculación académica con la Universidad. Ya que en todos estos casos, en principio, la titularidad de lo que llegue a producir en desarrollo de la labor ejecutada es de su resorte, salvo que se den las condiciones de la presunción automática de transferencia de los derechos patrimoniales como consecuencia de haber reunido las condiciones de la obra por encargo o de la colectiva con aportes no diferenciados.
- En efecto, si no se dan las presunciones legales antes señaladas, no existiría transferencia de los derechos patrimoniales respectivos, por el sólo contrato de aprendizaje o por la vinculación laboral, o la académica, así haya una cláusula contractual expresa al respecto, ya que de acuerdo con la normatividad imperante la cesión total o parcial es un acto solemne que requiere de la escritura pública o el documento privado reconocido para su existencia, así como el registro, para su oponibilidad. De ahí que la Dirección Nacional del Derecho de Autor, haya rectificado su posición anterior y con base en la ponencia elaborada por el abogado Hernán Godoy del pasado 6 de agosto del 2004, se entienda que si no se cumple con la formalidad prevista es inexistente la pretendida cesión, así expresamente se haya estipulado en el respectivo contrato o vínculo jurídico. Además, en gracia de discusión si se cumpliera con la formalidad señalada, cuando la redacción de la cesión es absoluta o general ("por ejemplo transfiero mi producción futura") y no determinada y específica, dicha cláusula podría existir, por cumplir con la solemnidad prevista, pero resultaría nula absolutamente por contrariar norma imperativa. Así lo ha reiterado la Dirección Nacional del Derecho de Autor cuando al solicitarle el registro de una obra le adjuntan el sólo contrato de trabajo o el vínculo negocial que corresponda sin las formalidades y condiciones antes vistas<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup>Sin perjuicio de lo expuesto, existe una posición importante en la doctrina que considera injusta tal conclusión, ya que prevaleciendo las normas laborales, sí habría la referida cesión, por cuanto el empleador le ha pagado a empleado por esa labor, le ha suministrado los recursos necesarios para ello y la producción como tal se encuentra específicamente determinada y señalada en sus funciones; ya que con una interpretación diferente, en esta tendencia, generaría un enriquecimiento sin causa en el mejor de los casos, ya que el empleado recibió un pago por algo respecto de lo cual el empleador no ha recibido

- Es importante tener en cuenta que las precisiones esbozadas se circunscriben al ámbito de la universidad privada, puesto que para los funcionarios públicos existe disposición expresa que regula la materia. Así mismo, en tratándose de la propiedad industrial, particularmente en cuanto al régimen de patentes de invención, la Decisión Andina 486 del 2000 en sus artículos 22 y 23, así como el Código de Comercio en su artículo 539 han previsto que, salvo pacto en contrario mediante cláusula accidental, lo natural es que sin solemnidad alguna adicional se entienda al empleador como titular de la invención.
- En relación con las excepciones y limitaciones se reitera que éstas no son absolutas ni pueden considerarse como derechos subjetivos, razón por la cual para su adecuada aplicación se requiere indefectiblemente del cumplimiento de la regla de los tres pasos, puesto que no se tratan de "patentes de corso" para ser utilizadas de manera irrestricta, ya que no bastaría con enmarcarse dentro del caso especial y obedecer a actividades sin ánimo de lucro, sino que perentoriamente deben cumplir a cabalidad con la citada regla de los tres pasos.
- En cuanto al plagio y demás violaciones al derecho de autor, una herramienta muy útil y estratégica es la debida capacitación, concientización y valoración de la propiedad intelectual, como insumo indispensable para el crecimiento económico, social y cultural de una comunidad.