



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

**EL POÉTICO MUNDO JURISPRUDENCIAL DE LA
PROTECCIÓN AL DERECHO MORAL DE AUTOR**

CARLOS CASTELLANOS RUBIO

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho - GECTI

Revista N.º 5, Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7786

El poético mundo jurisprudencial de la protección al derecho moral de autor*

Carlos Castellanos Rubio**

The idea/expression dichotomy amounts to a distinction between authorship and copyright, between the scope of what the author sends into the world (i.e. idea as much as expression) and the narrower scope of what is subject to legal protection (i.e., expression alone) [...] The proposition that only expression is copyrightable, and not ideas, is thus necessarily rooted in the equality of the parties as authors.¹

RESUMEN

El presente artículo tan solo pretende analizar el razonamiento jurídico con el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al proferir la sentencia del 28 de mayo de 2010 –relacionada al caso de plagio

ABSTRACT

This article analyzes the legal reasoning employed by the Colombian Supreme Court of Justice in a proceeding on criminal appeal about plagiarism –which was issued on May 28th, 2010–, in order to expand the statutory scope of the

* Consideraciones a la dicotomía idea-expresión que se erigen de la visión filosóficamente personalista y proteccionista que la Corte Suprema de Justicia desarrolló al momento de analizar el concepto del plagio como una violación penal del derecho moral de autor

** Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Bogotá-Colombia) en el 2009, y Miembro del Grupo de Estudios en internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática (Gecti) de la misma Universidad. A trabajado como responsable de apoyar al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio de Colombia en las actividades investigativas vinculadas con los procesos de cooperación internacional, y las relaciones con las oficinas homólogas y organizaciones internacionales en temas concernientes a la propiedad industrial y al derecho de la competencia. Asimismo, trabajó como consultor externo del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC / Unesco). Su trabajo de Tesis, titulado: "Responsabilidad extracontractual de los ISP por las infracciones que sus proveedores de contenidos cometen contra el derecho de autor y los derechos conexos de terceras personas en Colombia", en donde efectúa un análisis comparativo sobre las implicaciones jurisprudenciales que el TLC con Estados Unidos genera dentro del sistema Colombiano de responsabilidad civil extracontractual, fue publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho de Autor núm. 6 (Julio– Diciembre 2009). Revista que es publicada por el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina, el Caribe, España y Portugal (Cerlalc/Unesco), y la Universidad de los Andes (Colombia). Recientemente, fue becado por la Swedish International Development Cooperation Agency (SIDA), la Swedish Patent and Registration Office y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), para asistir al programa "Copyright and Related Rights in the Global Economy", el cual fue llevado a cabo en Suecia y Singapur. Actualmente se desempeña como asesor externo de la firma de abogados Rubio Oramas & Asociados.

1 Abraham Drassinower, "A Right-Based View of the idea /Expression Dichotomy in Copyright Law, 2003.

de la profesora Luz Mary Giraldo de Jaramillo–, empleó a efectos de ensanchar el espectro de protección de los derechos morales de autor vía norma penal. Al punto, el autor expondrá las razones por las cuales considera que la referida sentencia obedeció los parámetros teóricos típicamente asociados a una perspectiva filosófica personalista del tema. Bajo tal marco, el autor vislumbrará los riesgos socio-económicos colaterales que emanan de adoptar con rigidez dicha perspectiva filosófica personalista los cuales, principalmente, podrían permitir que por vía judicial se adjudiquen derechos morales de autor –exclusivos– sobre ideas, conceptos y/o procedimientos que no merecen ser protegidos por el campo del derecho de autor. Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, el autor se detendrá en analizar herramientas analíticas desarrolladas dentro del *case law* norteamericano, como: la teoría de las *Scenes a Faire* y la doctrina de la convergencia; las cuales, en su opinión, sirven como una alternativa institucional en el esfuerzo para lograr equilibrar los intereses asociados con el actual ensanchamiento existente de protección jurídica vía penal otorgado a los derechos morales de autor en consecuencia de actos de plagio, con los casos en los que resulta necesario definir las fronteras entre la idea no protegible y las expresiones protegibles de las ideas.

PALABRAS CLAVE: Dicotomía entre la idea y la expresión, la protección al derecho moral de autor, plagio, *Scenes a Faire* y la doctrina de la convergencia, sentencia en casación penal dentro del caso Luz Mary Giraldo de Jaramillo y Adpic.

author’s moral rights protection granted by the Colombian Criminal Code. In doing so, the author will explain the reason why he considers that the above mentioned Court opinion was framed within the theoretical parameters typically associated to the philosophical perspective of copyright personhood. Under that scenario, the author will glimpse the socio-economic collateral risks derived from having adopted a strict philosophical perspective of the personhood of the author’s moral rights protection; situation that in the opinion of the author, would allow the allocation of author’s moral rights over ideas, concepts, thoughts, scientific proceedings, facts, amongst others, that by its nature do not deserve to be protected by the Colombian Copyright Act. Finally, as a consequence of the aforementioned, the author will focus mainly on observing the analytical tools developed within the North American case law context, namely: *Scenes a Faire* and the merger doctrine, which in his standpoint, represents a useful institutional alternatives to take into account, in order to strive balance between the interest associated with the actual scope legally expanded of the author’s moral rights protection, and the cases where would be necessary to define, *a priori*, the borders between the non copyrightable idea and the protectable expressions of ideas.

KEYWORDS: Idea/Expression Dichotomy, author’s moral rights protection, plagiarism, Colombian criminal code, *Scenes a Faire* and Merger Doctrine, Trips.

SUMARIO

Introducción - I. LA PERSPECTIVA FILOSÓFICA-PERSONALISTA DEL DERECHO MORAL DE AUTOR ADOPTADA POR LA CORTE AL MOMENTO DE INTERPRETAR EL ÁMBITO DE SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - II. LA NECESIDAD DE DESARROLLAR Y/O ADAPTAR HERRAMIENTAS ANALÍTICAS PARA DEFINIR LAS FRONTERAS ENTRE LA IDEA Y LA EXPRESIÓN - III. CONCLUSIONES- Bibliografía

Introducción

Sin lugar a dudas la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal proferida el 28 de mayo de 2010², evidenció a una Corte Suprema abiertamente proteccionista en materia de derechos morales de autor. Asimismo, se pudo vislumbrar a una Corte Suprema de Justicia que guiada por una perspectiva teórica abiertamente filosófica y personalista sobre el tema, específicamente sobre el tratamiento del plagio, generó una discusión jurisprudencial respecto a la ya conocida y poco estudiada – dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico–, tensión doctrinal y jurisprudencial tejida sobre la dicotomía entre la idea y la expresión.

La referida sentencia también mostró a una Corte Suprema abierta a integrar análisis jurisprudenciales comparativos sobre el problema jurídico analizado, que si bien al final tan solo hicieron parte de la configuración de su *obiter dicta* y no de su *ratio decidendi*, representaron válidos esfuerzos analíticos a fin de aproximarse– de una manera intertextual y comprensiblemente integradora del tema– al complejo y no pacífico mundo jurídico del derecho de autor.

Para bien o para mal –dado que el presente artículo no pretende elaborar juicios de valor sobre la referida sentencia–, debe reconocerse que después de varios años de silencio jurisprudencial sobre un problema jurídico que

para muchos –incluyendo abogados y académicos en el área– parece igual o más poético que *El mundo de Giovanni Quessep*, la Corte Suprema no sólo fue capaz de marcar la pauta en la estructuración de un importante precedente jurisprudencial en materia del desarrollo del concepto jurídico del plagio de una obra inédita que fue parcialmente publicada sin la debida autorización de su respectivo titular; sino que a su vez, actuó como una rara especie de legislador terciario– dado que el secundario supone estar representado por el Congreso de la República³– al momento de exigirle al Ministerio del Interior y de Justicia, al Congreso y a la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia (DNDA) a que

en aras de que se promueva la aclaración de la norma estudiada [...], incorpore de manera amplia y específica la protección de las principales aristas del derecho moral de autor, para evitar equívocos o malos entendidos que puedan poner en entredicho esa profunda protección que en la actualidad amerita todos los matices del derecho moral de autor, en cuanto, se reitera, fundamental.⁴

2 En donde determinó no casar la sentencia condenatoria proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá en el caso penal instaurado contra la Sra. Luz Mary Giraldo de Jaramillo por violaciones al derecho moral de autor (artículo 270 del Código Penal) al publicar y usurpar la paternidad, por medio de una conducta plagaria, de la obra inédita titulada “El mundo poético de Giovanni Quessep”.

3 Al punto, vale la pena preguntarse si tal situación no infringiría el principio de reserva legal el cual se deriva del mismo principio de legalidad constitucional. Entendiendo que, a la luz del referido principio de reserva legal, “el único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero muy especialmente en las de carácter penal, que, como lo ha dicho la Corte Constitucional, por sus características deben estar precedidas de un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática”. Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá, D.C., sentencia del 28 de mayo de 2010. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. Punto 7 p. 83.

Bajo este escenario, el presente artículo pretenderá explicar al lector, en primer lugar, las razones por las cuales puede catalogarse a la Corte Suprema de Justicia, en el caso “el mundo poético de Giovanni Quessep”, como una Corte que desde una perspectiva filosóficamente personalista del derecho moral de autor estructuró un precedente jurisprudencial abiertamente proteccionista en materia de observancia penal frente a cualquier tipo de conducta infractora del mismo derecho⁵. Situación que la llevó a aplicar el principio *pro homine* para efectos de lograr que el artículo 270 del Código penal cubriera “adecuadamente⁶” –de acuerdo a los compromisos internacionales adquiridos por el

país en la materia– la protección al derecho moral de autor. Dentro del desarrollo de este punto, y después de exponer la principal razón por la cual considero que la Corte Suprema de Justicia adoptó una posición personalista en materia de protección del derecho moral de autor, pasaré a observar cual sería el principal problema que se deriva de tal situación lo cual, en últimas, me centrará en resaltar la importancia de diferenciar los casos de plagio de los que involucran una libre utilización de las ideas, pensamientos, métodos, formulas y conceptos.

En segundo plano, e íntimamente relacionado con la última parte del punto referido anteriormente, auscultaré la necesidad de estructurar –más no trasladar y/o trasplantar jurídicamente– estudios sobre herramientas analíticas a fin de alcanzar, de una manera racional y objetiva, una apropiada diferenciación entre casos de plagio y casos de libre utilización de las ideas. Éste apartado obligará, por un lado, a retomar el estudio sobre la dicotomía entre las ideas y la expresión de las mismas, y por el otro, exigirá presentar una explicación de cómo las cortes norteamericanas han desarrollado– jurisdiccionalmente– herramientas analíticas con el fin de, principalmente, identificar los elementos protegibles y no protegibles por el Copyright que una obra alegada como plagiada puede llegar a contener y/o integrar dentro de su estructura original y/o creativa.

No obsta precisar que, la referencia que en este documento se hace a las herramientas analíticas que jurisprudencialmente han venido siendo desarrolladas por las cortes norteamerica-

5 Considero necesario precisar que el presente artículo no constituye una explicación sistemática ni integral acerca de las razones, a favor o en contra, que podrían explicar y/o justificar la preeminencia de una perspectiva instrumentalista o utilitarista del derecho de autor– la cual predica que los derechos legales de autor se ubican en un marco teleológico que potencializa, como un medio y no como un fin, la maximización del bienestar social–, sobre una perspectiva que reivindica la protección del derecho de autor por medio de los derechos naturales del autor– la cual predica que la dignidad inherente del derecho de autoría es el pilar por medio del cual se define la ley del derecho de autor–, o viceversa. Asimismo, no es el propósito de este artículo discutir si una perspectiva utilitarista o instrumentalista del derecho de autor es o no, la única base bajo la cual se pueda producir un aporte teórico a la luz de la figura del dominio público. Por el contrario este artículo de entrada no desconoce que –en los mismos términos expuestos por el profesor Abraham Drassinower–, una aproximación del derecho de autor basada en una perspectiva personalista puede proporcionar su propia teoría con función social capaz de, entre otras cosas, generar su propia lectura de las limitaciones al derecho de autor que deberían ser impuestas sobre su creador y/o titular; específicamente, relacionada con la dicotomía entre la idea y la expresión de la misma. Ver. Abraham Drassinower, “A rights-based view of the idea/Expression Dichotomy in Copyright Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVI, núm. 1 (January 2003).

6 Al enmarcar la palabra “adecuadamente” entre las expuestas comillas, el autor no pretende sugerir que la aplicación del principio *pro homine* al tema de la protección que por vía penal se le otorga a los derechos morales de autor genere, per se, una defensa sistemática y rígida de una visión utilitarista y/o instrumental del derecho de autor; la cual sostiene que la reivindicación de la dignidad inherente del derecho de autoría es teóricamente deficiente para proporcionar una teoría acerca de la protección del derecho de autor, en razón a que la misma perspectiva personalista no es capaz de limitar el espectro de derechos del autor a la luz del dominio público. Por el contrario, y como se aclaró en el pie de p. número 4 de este documento, el análisis de la sentencia del caso aquí analizado no desconoce, per se, que “a rights-based account can generate its own affirmation of the limits of authorial right”. Ver. Drassinower, op cit, p. 5.

nas – en especial por las cortes del 9 Circuito de los Estados Unidos– para efectos de filtrar las ideas no protegibles de las expresiones de las mismas que merecen protección por el *Copyright Act*, no obedece a un caprichoso deseo del autor por reivindicar teóricamente una justificación acerca del trasplante jurídico y/o implementación sistemática de tales herramientas dentro de nuestra cultura jurídica que se ha venido materializando como telón de fondo al momento de analizar el espectro y objeto de protección del derecho de autor, en casos donde se discutan infracciones al derecho moral de autor, específicamente en casos de plagio; sino que por el contrario, obedece a la intención de proporcionar una perspectiva comparada respecto a los esfuerzos de racionalización que, en su contexto, las cortes norteamericanas han venido desarrollando a efectos de impedir otorgar monopolios sobre las ideas en sí mismas vía la protección brindada por el *Copyright Act*⁷.

Finalmente, y reiterando que no es la intención de este artículo efectuar un juicio de valor sobre la conveniencia o no del precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia, concluiré –a manera de recomendación–, que el actual panorama jurisprudencial obliga a que los jueces de la República consideren la necesidad de desarrollar herramientas analíticas que en nuestro contexto les faciliten– racional y objetivamente– identificar, *a priori*, la distinción entre las ideas y la expresión de las mismas que se puedan ver

involucradas en un caso en el que se alegue el plagio de una obra literaria, artística y/o científica. De lo contrario, como en su oportunidad lo subrayaré, los jueces correrían el riesgo no sólo de otorgar monopolios sobre ideas y/o expresiones de ideas que, por su naturaleza y/o espectro de expresión, eventualmente no merecerían estar protegidas por el derecho de autor; sino que también, de incumplir acuerdos internacionales que, en últimas, predicen la necesidad de encontrar una armonía entre los legítimos intereses de los titulares de obras literarias, artísticas y/o científicas protegidas por el derecho de autor, y los usuarios que legítimamente tienen derecho a acceder y utilizar –libremente– ideas, conceptos, formulas y/o métodos involucrados en obras preexistentes.

I. LA PERSPECTIVA FILOSÓFICA-PERSONALISTA DEL DERECHO MORAL DE AUTOR ADOPTADA POR LA CORTE AL MOMENTO DE INTERPRETAR EL ÁMBITO DE SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Dentro de las teorías legales desplegadas para analizar el sentido y los propósitos políticos, económicos y sociales de un campo tan complejo como es el de la Propiedad Intelectual (PI)⁸, específicamente, para justificar la protección de la PI en general, y en particular la merecida por el derecho de autor, se encuentra, entre otras

7 En tales términos, y leído en su contexto, creo necesario recordar la obra del profesor Benjamin Kaplan titulada: "An Unhurried view of Copyright" (New York: Columbia University Press, 1967), en donde el autor insiste en la necesidad de reevaluar el estado actual de la ley del copyright, a fin de salvarla de sus propias exageraciones en términos de expansión y/o espectro de protección.

8 El término Propiedad Intelectual no solo especializa y distingue la protección merecida por el derecho de autor y por la propiedad industrial, sino que a su vez, "refiere a un grupo suelto de doctrinas que regulan los usos de diferentes clases de información". Tomado del Web Site "The Bridge" de la Universidad de Harvard <http://cyber.law.harvard.edu/bridge/Philosophy/ipphil.htm>.

teorías,⁹ la perspectiva personalista de la teoría filosófica de la PI.

Dicha aproximación personalista de la teoría filosófica que analiza la PI¹⁰, principalmente, parte de la reivindicación de las reflexiones que Hegel estructuró para explicar las relaciones existentes entre personalidad y derechos de PI. En tal sentido, para Hegel –explicó Justin Hughes–, “la propiedad intelectual no necesita ser justificada por analogía a la propiedad física. De hecho, la analogía a la propiedad física puede distorsionar el estatus que Hegel atribuye a la personalidad y características mentales en relación a la voluntad¹¹”.

Bajo el referido paradigma, la perspectiva personalista de la teoría filosófica de la PI sostiene, en pocas palabras, lo siguiente:

La persona es el único tipo potencial de la propiedad intelectual que se piensa, generalmente, en cómo no ser un resultado del trabajo. Incluso si se piensa que la persona es considerada como un producto del trabajo, la gente

trabajaría en sus propias personas sin que [la existencia] de algún derecho de propiedad sea necesario para motivarlos. Por lo tanto, la justificación instrumental del trabajo no es necesaria. En contraste, la persona es la propiedad ideal para la justificación de la personalidad. Ningún concepto intermediario, como la expresión o la manifestación, es necesario: la persona es la reacción de una sociedad y de una personalidad. Los derechos de propiedad en la persona otorgan el valor económico individual derivado, más directamente, de una tipo de personalidad.¹²

En tal orden de ideas, podemos afirmar que esta perspectiva teórica, de manera particular aplicada al derecho de autor, entiende que tanto el concepto jurídico de persona como los poemas, historias, novelas, obras musicales, esculturas y pinturas, especialmente, están claramente comprendidos dentro del concepto de la personalidad. Al punto, el Juez norteamericano Holmes explicó que, en últimas, “*dichas obras son la reacción personal de un individuo sobre la naturaleza*¹³”.

Sin embargo, una de las más grandes debilidades de esta perspectiva teórica de la PI, tal como lo advirtió el mismo Hegel,

9 Teorías legales como el legalismo jurídico (legal realism), los estudios críticos del derecho, los análisis económicos de derecho (Law & Economics-aed) y los estudios de derecho en contexto (law in context), principalmente, han elaborado discusiones legales que pretenden otorgar claridad, proponer reformas y en últimas justificar o no la protección otorgada por la Propiedad Intelectual

10 Dentro de los principales expositores de la referida aproximación se encuentran, entre otros: Justin Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property” (1988) 77 Georgetown L.J. 287; Alfred C. Yen, “Restoring the Natural Law: Copyright as labor and Possession” (1990) 51 Ohio State L.J. 517; y Wendy Gordon, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, (1993) 102 Yale L.J. 1533.

11 Justin Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property”, 77 Georgetown L.J. 287, 331-39 (1988). El texto original dice lo siguiente: “For Hegel, intellectual property need not be justified by analogy to physical property. In fact, the analogy to physical property may distort the status Hegel ascribes to personality and mental traits in relation to the will”. La traducción e interpretación es propia.

12 Ibidem. “The persona is the one type of potential intellectual property which is generally thought of as not being a result of labor. Even if the persona is considered to be a product of labor, people would work on their personas without any property rights being necessary to motivate them. Therefore, the instrumental labor justification is not necessary. In contrast, the persona is the ideal property for the personality justification. No intermediary concepts such as “expression” or “manifestation” are needed: the persona is the reaction of society and a personality. Property rights in the persona give the individual the economic value derived most directly from one’s personality”. La traducción e interpretación es propia.

13 “Poems, stories, novels, and musical works are clearly receptacles for personality. The same can be said for sculpture, paintings, and prints. Justice Holmes aptly characterized such works as “the personal reaction of an individual upon nature.” En: <http://cyber.law.harvard.edu/bridge/Philosophy/ipphil.htm>

se erige cuando un creador de propiedad intelectual no incorpora [y/o no involucra] su voluntad en un objeto en la misma forma que un artista lo hace [...] El dilema se agrava por el hecho de que el propósito de un producto de la mente es que otras personas diferentes a sus propios autores, no lo entiendan y los conviertan en sus propias ideas, memorias, pensamientos etc.¹⁴

Como solución a este último problema, Hegel simplemente sostuvo que era suficiente que “la transmisión de una copia única de una obra necesita no vincular el derecho de producir ejemplares, porque dicha reproducción es una de las formas y medios de expresión que pertenecen al autor¹⁵”. Afirmación que advierte, de antemano, una posición que considera totalmente inconveniente la transmisión total de los derechos de propiedad intelectual que se tengan sobre una determinada creación¹⁶.

Contrario a la anterior solución, específicamente respecto a la libertad de enajenar y/o transmitir derechos de propiedad intelectual, Hughes

se preguntó lo siguiente: “¿Cuántos de los derechos disfrutados por el creador de un artefacto intelectual deberían ser permitidos, por el autor o la autora, para ser otorgados [transferidos] o vendidos a terceras personas¹⁷? Así, y parafraseando lo explicado por Hughes en contra oposición de la visión de Hegel –expuesta anteriormente–, tenemos que al igual que la enajenación y/o transmisión de objetos físicos comprendidos en derechos de propiedad tangibles, la transmisión de derechos en materia de propiedad intelectual puede tener dos formas básicas. La primera, comprende el hecho de una transmisión completa y/o integra, la cual comprenderá todos y cada uno de los derechos patrimoniales que el autor y/o titular derivado de la obra artística, literaria y/o científica, en el caso del derecho de autor, retenga sobre su creación. El otro caso, por su parte, comprende la transmisión completa de copias de la propiedad la cual, sin embargo, estaría sujeta a limitaciones sobre como estas copias pueden ser utilizadas. Dada la anterior paradoja, se vislumbra que ésta es más aguda cuando se trata de propiedad intelectual, sostuvo Hughes, pues “a diferencia de la propiedad física, el titular puede transmitir la propiedad intelectual mientras mantiene el todo de su propiedad y de su personalidad¹⁸”.

No obstante la referida paradoja, bajo el contexto de la perspectiva de la personalidad de la teoría filosófica, Hughes explicó que ésta

14 Ibidem. 209-211. “The problem arises when a creator of intellectual property does not embody his will in an object in the same way the artist does. The dilemma is exacerbated by the fact that “the purpose of a product of mind is that people other than its author should understand it and make it the possession of their ideas, memory, thinking, &c”. La traducción e interpretación es propia.

15 Ibidem. 212.

16 Ibidem., 344-50 “Hegel seems to have taken a contrary view, considering the complete alienation of intellectual property to be wrong — morally analogous to slavery or suicide because it is the surrender of a “universal” aspect of the self. Selling an entire piece of intellectual property seems like a lesser surrender of the self, but Hegel considered it too much a “universal” part of the individual to be permitted. He seemed to identify the intellectual object as an ongoing expression of its creator, not as a free, abandonable cultural object. Supporting Hegel’s view, we can note that even when the creator thinks he has abandoned the object, he may still identify with it enough to oppose certain uses for it. Even after “abandoning” a visual image, the artist might oppose its use as a symbol by a fringe political or religious organization”.

17 Ibidem.

18 Ibidem., 344-50. “Unlike physical property, the owner can, in this way, alienate the intellectual property while keeping the “whole” of the property and himself”. La traducción e interpretación es propia.

puede proporcionar una mejor y más apropiada justificación de la transmisión de propiedad intelectual. Para el caso del derecho de autor, específicamente respecto de las copias y/o reproducciones que podrían hacerse de una obra protegida,

la transmisión de copias es, quizás, la forma más racional para obtener la exposición de las ideas [...] Sin embargo, dos condiciones parecen ser esenciales para la justificación de la transmisión total: primero, el creador de la obra *debe recibir pública identificación*; y segundo, la obra *debe recibir protección contra cualquier cambio no pretendido o inapropiado [desde el punto de vista] del creador* [...] Autores e inventores deberán permitírseles transmitir copias de sus obras (de ese modo se les permitirá ganarse el respeto, admiración, honor y dinero del público), *pero no se les deberá permitir entregar ciertos de sus derechos de sus creaciones* (de manera más importante, sus derechos para prevenir que otros mutilen o se apropien indebidamente de sus obras [curativas del autor]).¹⁹

De antemano, vale recordar que en nuestro Ordenamiento Jurídico, a diferencia del *common law*, el tema de los derechos morales, dado que proporcionan una solución dispositiva al problema de la transmisión total de obras protegidas

19 Ibidem 344-50., "The personality theory provides a better, more direct justification for the alienation of intellectual property, especially copies. The alienation of copies is perhaps the most rational way to gain exposure for one's ideas [...] Two conditions appear essential, however, to this justification of alienation: first, the creator of the work must receive public identification, and, second, the work must receive protection against any changes unintended or unapproved by the creator [...] Authors and inventors should be permitted to alienate copies of their works (thereby enabling them to earn respect, honor, admiration, and money from the public) but should not be permitted to surrender certain of their entitlements to their creations (most importantly, their right to prevent others from mutilating or misattributing their works)". La traducción e interpretación es propia. Las subrayas son fuera del texto original

por el derecho de autor, no generan discusiones semejantes a la paradoja entre personalidad y propiedad atrás explicada. Habida cuenta que los mismos, por expresa disposición normativa²⁰, no pueden ser enajenados, dada su naturaleza de ser fundamentales y extrapatrimoniales. Entonces, lo que parece paradójico dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, contrario a la paradoja entre personalidad y transmisión en materia de *Intellectual Property* tejida dentro del *common law*— especialmente abstraída al *Copyright*—, es que sin un expreso reconocimiento de la adopción de una perspectiva personalista del derecho moral de autor —bajo las líneas teóricas desarrolladas por Hegel y Hughes—, la Corte Suprema de Justicia terminó aceptándola y adoptándola al momento de estructurar jurídicamente su parte motiva en el caso "*El mundo poético de Giovanni Quessep*".

Para ilustrar lo anterior basta con observar que la Corte Suprema de Justicia, en el referido caso, fue contundente al sostener que la protección de los derechos morales de autor, "*dada su naturaleza fundamental, encuentra sustento en diferentes instrumentos internacionales aprobados y ratificados por el Estado colombiano, así como la Constitución Política en las normas legales que desarrollan la materia*". Asimismo, y recordando la posición de la Corte Constitucional sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia

20 "El derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienable, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido". Corte Constitucional, sentencia C-276 de 1996.

decidió, de una manera tajante, reconocer la siguiente situación jurídica constitucional:

[D]esconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es *desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza*. Por tal razón, los derechos morales de autor, *deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición del hombre* [cursivas del autor].²¹

Cuestión última que, en primera medida, me lleva a preguntarme: ¿Cómo la Corte Suprema de Justicia, sin hacer expresa alusión a estas teorías, y mucho menos a los debates que se entretajan en ambientes foráneos entre ellas pudo llegar a establecer en su contexto, palabras más palabras menos, que las obras emanadas del proceso de creatividad humano representan la reacción natural que un individuo tiene sobre la misma naturaleza humana? Lo cual, a su turno, me lleva a cuestionarme si esta posición representa una indudable manifestación jurisprudencial colombiana que se enmarca dentro de los cauces de la perspectiva personalista de la teoría filosófica aplicada al derecho moral de autor. Respuesta que, indiscutiblemente, debo contestar de manera afirmativa.

Bajo tal panorama, observamos que la referida aproximación personalista del derecho moral de autor –en el caso en concreto– fue la que, en últimas, motivó la estructuración de una inter-

pretación extensiva de la protección otorgada al mismo tipo de derecho, con el fin no sólo de justificar y/o aclarar la inclusión del plagio dentro de la limitada protección otorgada al derecho moral por medio del artículo 270 del Código penal, sino que a su vez, de cubrir de manera “suficiente” y “adecuada” el compromiso internacional adaptado por el país en torno de la protección debida al derecho moral de autor.

Guiada bajo la égida de alcanzar los referidos propósitos, la Corte Suprema de Justicia expresamente dio cuenta de la explicada extensión conceptual de la perspectiva personalista, extensión exegética que justifica –en opinión de la Corte– un adecuado y congruente esquema de protección al derecho moral de autor en nuestro país²².

Como consecuencia de lo anterior, la Corte –y en su opinión– todos los demás jueces de la República, tienen el deber de conciliar el artículo 270 del Código Penal con los estándares internacionales de protección de derechos humanos. Advirtiendo así, que el referido artículo ha de ser interpretado de tal forma que su numeral primero no sólo cubra la tutela de lo inédito respecto de la publicación, sino que en un sentido teleológicamente amplio, logre proteger el derecho moral del autor y, consecuentemente, incluya dentro de las posibles conductas de sanción penal, las siguientes:

- 1) aquellas que por medio de *otras formas de divulgación* conlleven la pública difusión de la

21 Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998.

22 “Ello, entonces, implica, como se dice en el apartado jurisprudencial arriba descrito, dar a las normas la exégesis más posible, es decir preferir su interpretación extensiva”. Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998.

obra inédita, sin autorización previa y expresa de su titular; y, 2) aquellas que *conlleven a [sic] la violación del derecho de paternidad o reivindicación*, conforme a las siguientes eventualidades:

(A) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se *divulga* total o parcialmente, *a nombre de persona distinta a su titular*, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

(B) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se *publica* total o parcialmente, *a nombre de otro, una obra ya divulgada*, de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico [cursivas del autor].

En tales términos, la Corte Suprema sostuvo – tácitamente – que, por medio de la adopción de una teoría personalista extensiva que justifica la protección del derecho moral de autor en su calidad de derecho fundamental, se logra proteger “íntegramente ese derecho fundamental en sus más importantes aristas, vale decir, derecho de paternidad o reivindicación, derecho inédito y derecho de integridad de la obra”.

Sin juzgar la conveniencia o no, o mejor, sin catalogar como apropiada o no la adopción y respectiva extensión interpretativa de dicha perspectiva personalista adoptada por la corte, vale recordar, cuanto menos, el principal problema teórico-jurídico que, en mi noble punto de vista, retiene la misma interpretación extensiva de la perspectiva personalista de la teoría filosófica del derecho moral de autor en nuestro país.

Al punto, considero que el principal problema de dicha perspectiva del derecho moral de autor adoptada por la Corte se centra en la posibilidad de generar riesgos respecto del proceso judicial de identificación y distinción entre casos de plagio y casos que involucren la libre utilización de las ideas, pensamientos y conceptos. Habida cuenta que una gran cantidad de condenas penales por plagio por imitación servil²³ y/o imitación elaborada²⁴ podrían acontecer, si se llegare a entender que el derecho moral de autor – guiado desde una teoría de la personalidad interpretativamente extensa –, logra abarcar todas y cada una de las situaciones en las que el hombre en su condición de individuo piensa, crea y expresa su racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza²⁵. Situación que, entre otras consideraciones, no es del todo válida de cara al objetivo prístino de la PI – en sentido general –, el cual dentro de nuestras actuales sociedades de la información y del conocimiento corresponde al de

contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos [...] de modo que favorezcan el

23 La imitación servil ocurre, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, cuando: “el plagiarlo pura y simplemente suprime el nombre del autor sin tocar en lo absoluto el contenido de la obra”.

24 La imitación elaborada ocurre, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, cuando: “el plagiarlo extrae parte importantes de la obra para incorporarlas a la obra plagiaria”.

25 “Considered in their bare generality, ideas are the material but not the product of the work of authorship [...] Authors do not author ideas; they author expressions”. Ver. Abraham Drassinower, “A rights-based view of the idea/Expression Dichotomy in Copyright Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVI, núm. 1 (January 2003), p 17.

bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.²⁶

Por ello resulta válido preguntarse en qué medida puede afectar al proceso de libre circulación de las ideas, una interpretación rígida y abiertamente extensiva de la perspectiva personalista aplicada como justificación de la protección al derecho moral de autor.

Vale precisar que a diferencia de lo que explicó la Corte Suprema respecto al punto en concreto, no resulta ser tan fácil –más no imposible–, a fin de distinguir entre plagio y libre utilización de las ideas, simplemente entender que el elemento esencial de caracterización del plagio es que

haya una apropiación de las manifestaciones originales y novedosas, entendidas como resultado de la actividad del espíritu, que evidencian individualidad y creación, sin perder de vista que las identidades en muchas ocasiones pueden ser fruto del azar, del desenvolvimiento de una misma idea dentro de un mismo marco social.²⁷

Y no resulta ser tan fácil diferenciar entre casos de plagio y de libre utilización de ideas, principalmente, si se aproxima de la misma forma con la que la Corte Suprema de Justicia se aproximó a diferenciarlas; toda vez que tal método interpretativo y analítico incluyó, *per se*, una visión extensivamente personalista del derecho moral de autor. En consecuencia, y en eventuales casos concretos, los jueces de la República – siguiendo

la referida extensión interpretativa de la perspectiva personalista – podrían llegar a tener problemas de ponderación de derechos al formularse preguntas excesivamente ambiguas, tales como: ¿Existen obras intelectuales que no involucren una manifestación de la actividad del espíritu del autor capaz de evidenciar la individualidad, originalidad y “novedad” de su proceso creativo? Respuesta que en sí misma, dada la formulación del referido cuestionamiento, vislumbra altos grados de ser una respuesta retórica y circular, que a su vez, evita que se solucione el fin último de determinar si en un determinado caso en concreto existe plagio o no.

Por el contrario tales cuestionamientos se dirigen a discutir, de una manera circular, los paradigmas y/o elementos discursivos que caracterizan y justifican una protección al derecho moral de autor desde una perspectiva excesivamente personalista, verbigracia: la titularidad del derecho moral como un elemento que permite a una persona asegurar su voluntad y ser reconocido – por parte de terceros – como una agente libre, la individualidad pensada como una consecuencia de la identidad derivada de la obra, y la benevolencia del autor vista como esencial para permitir que una tercera persona pueda expresar sus ideas relacionadas con la obra primigenia.

Situaciones discursivas que tenderían a reafirmar, lamentablemente, la antítesis teleológica de la PI encarnada en el valor suntuario que la misma pudiera retener actualmente (*Sumptuary intellectual property law*²⁸), la cual el profesor

26 Ver: Artículo 7 (objetivos) del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

27 Alejandro González Gómez. El tipo de los delitos contra la propiedad intelectual, Madrid, Tecnos, p. 192. Citado por Vicente E. Gaviria Londoño en obra referenciada, pag. 554.

28 "Through Sumptuary intellectual property law, we seek in particular to suppress the revolutionary social and cultural implications of our increasingly powerful copying technology. Sumptuary intellectual property law is

Barton Beebe plantea en su artículo titulado: “Intellectual Property Law and the sumptuary code”. Artículo en el cual, vale explicar, el autor sostiene que la PI –en general–, y el Copyright, en particular, representan una herramienta jurídica que ayuda, de una manera infructuosa a futuro, a sostener nuestro actual sistema de consumo basado en la distinción social (*consumption-based social distinction*)²⁹. Tesis que de darle argumentos para sostenerla –en mi opinión– terminaría transfigurando la protección que otorga el derecho de autor a las obras creativas –la cual se sustenta en el grado de originalidad de éstas–, pasándola a convertir así en una herramienta jurídica que busca proteger al titular de la obra de “los daños a su reputación causados por la disponibilidad y prevalencia de copias de su obra³⁰”. Cuestión que confunde, indudablemente, entre originalidad y distintividad al momento de asociarlos con la personalidad del autor (Co-

pyright Law as a dilution law³¹). Escenario último que motiva la desnaturalización teleológica de multilaterales sistemas normativos en materia de protección de derechos de PI, los cuales fueron estructurados para efectos de proteger activos intangibles, a saber: la protección por vía del derecho de autor otorgada a las obras creativas-originales, y la otorgada por vía de la protección marcaria, la cual abarca a los signos distintivos, más no originales, respectivamente.

Como observamos, una gran cantidad de problemas se envolverían entre los intereses volitivos plasmados en una determinada creación intelectual, lo cual podría hacer que el derecho a la libre utilización de las ideas lamentablemente se vea en riesgo de reducirse, al momento de analizar el plagio en un caso en concreto, a una infracción al derecho moral de autor. Panorama que no sólo facilitaría la propagación de un amparo judicial sobre los monopolios de las ideas, sino que a su vez, condenaría y sometería el proceso creativo de cada individuo a la benevolencia que cada uno de los autores llegare a tener al respecto.

En últimas se subraya la necesidad de reconocer, en todo momento de esta discusión, que la

thus taking shape as the socially and culturally reactionary antithesis of the more familiar technologically progressive side of intellectual property law”. Barton Beebe, “Intellectual Property law and the sumptuary code”, Harvard Law Review, Volume 123, Number 4, February 2010. P. 810

29 “The short answer is that without some form of intellectual property protection, it would be hardly operate at all [...] Indeed, a system of consumption-based differentiation in such a world might operate very much like the current system of apparel fashion in the United States– which grants no significant intellectual property protection to clothing designs– but with signs of difference burned through at an even more accelerated pace, and with designers of those signs complaining even more desperately that unauthorized copying is bankrupting them [...] It is likely, furthermore, that designers (and consumers) would respond accordingly, by gravitating toward the production (and consumption) of designs that are protectable. And to ensure, in the name of technological progress, that the promotion of relative utility does not conflict with the promotion of absolute utility [...] We are already relying in intellectual property law and laws akin to it to preserve the conditions of commodifiable rarity that our system of consumption-based distinction requires to operate”. Ibidem. P. 837

30 “Similarly, in assessing damages in copyright infringement cases, courts have adopted antidilution reasoning with respect to the plaintiff’s loss of goodwill and damage to its reputation caused by the “availability and prevalence” Ibidem. Pp. 859-860

31 “Our conventional view of copyright law does not admit of the possibility of dilutive copying of copyrightable expression [...] Yet notwithstanding this conventional, progressive view of copyright law, the practice of copyright law show that courts are in fact quite sensitive to rivalrousness of copyrighted works and to the depletability, specifically, of their relative utility [...] As traditionally construed, factor four of statutorily prescribed test for copyright fair use instructs courts to consider, among other things, what impact the defendant’s unauthorized use would have on the market for the plaintiff’s work if that use were to become widespread. Though courts have typically applied this slippery slope doctrine to prevent even small-scale substitution, they have also used it to address trademark-like concerns about a dilutive proliferation of borrowings, particularly in cases involving works embodied in limited editions [...] The copyright dilution case law remains in the minority. Yet its influence is growing. Consider the oft-noted expansion in the scope of copyright protection and in particular in the scope of substantial similarity”. Ibidem. P. 859-861.

protección del derecho de autor se funda y justifica al entender que “la protección de las ideas es inconsistente con la doctrina de la originalidad y su corolario normativo necesario, [a saber] la defensa de la creación independiente”.³²

II. LA NECESIDAD DE DESARROLLAR Y/O ADAPTAR HERRAMIENTAS ANALÍTICAS PARA DEFINIR LAS FRONTERAS ENTRE LA IDEA Y LA EXPRESIÓN

Como apreciamos en páginas precedentes, la diferenciación entre casos de plagio y casos de libre utilización de las ideas es un proceso analítico e interpretativo complicado, más aún, cuando se expande el ámbito de protección al derecho moral de autor desde una concepción excesivamente personalista del mismo. Este panorama nos involucra en la tarea de buscar y/o estructurar herramientas analíticas que, en su contexto, nos permitan distinguir entre las ideas y las expresiones, *a priori*, de ejercer juicios de valor sobre una determinada conducta para efectos de determinar si cae o no dentro del tipo penal descrito en el artículo 270 del Código Penal.

Así las cosas tenemos que, la situación a la que nos expone la interpretación extensivamente proteccionista que adoptó la Corte Suprema sobre la protección de los derechos morales de autor, considero, por un lado,

es fundamental en el análisis de una conducta que involucra la violación de los derechos morales de autor, *distinguir la libre utilización de las ideas, con la apropiación de las formas concretas de expresión de esas ideas*, pues sólo en este último evento tendrá cabida el derecho penal [cursivas del autor].³³

y por el otro, es complicada de desarrollar dado que, en palabras del Juez norteamericano Leonard Hand, “[N]adie ha podido fijar dicha frontera, y nadie nunca podrá hacerlo”.³⁴

Como un primer paso metodológico, en términos meramente comparativos, para efectos de lograr un aproximación racional y objetiva al espinoso panorama planteado anteriormente, resulta interesante observar como las cortes norteamericanas –especialmente la Novena Corte de Apelaciones para el Circuito de los Estados Unidos –la cual paradójicamente fue citada por la Corte Suprema dentro de la *obiter dicta* del caso “*El mundo poético de Giovanni Quessep*” –, han desarrollado una serie de herramientas analíticas e interpretativas dirigidas, específicamente, a delimitar, filtrar y distinguir el espectro de las ideas comunicadas con el de las expresiones protegibles de las mismas. Dicotomía que, como bien lo expresó la Corte Suprema de Justicia,

explica que frente a una misma idea, existan cientos o miles de obras que tratan sobre esta, sin que ello signifique violación de los derechos

32 “In short, copyrighting ideas is inconsistent with the doctrine of originality and its normatively necessary corollary, the defense of independent creation”. Ver. Abraham Drassinower, “A rights-based view of the idea/Expression Dichotomy in Copyright Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVI, núm. 1 (January 2003), p 14.

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá, D.C., sentencia del 28 de mayo de 2010. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. (las subrayas son propias)

34 “Nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can”. Cfr. caso: *Nichols Vs. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930). La traducción e interpretación es propia.

de autor frente al genuino pensador de la idea, pues, se reitera, lo que se protege es el estilo, el lenguaje, las formas utilizadas para expresar el pensamiento humano.³⁵

Situación última que, como lo explicó la Novena Corte de Apelaciones para el Circuito de los Estados Unidos, representa el verdadero objetivo en una acción por infracción al Copyright, el cual es –palabras más palabras menos– “*determinar si ha existido la copia de la expresión de una idea, más que una simple copia de la idea en sí misma*”³⁶.

Estas herramientas analíticas e interpretativas se refieren, en particular, a la doctrina de la convergencia (*The merger doctrine*), por un lado, y al método denominado “*Scenes a faire*”, por el otro. Vale aclarar, de antemano, que aunque “obviamente no existe ningún principio que pueda declarar cuando un imitador ha ido más allá de la copia de las ideas y ha tomado sus expresiones”³⁷, estas herramientas analíticas e interpretativas son importantes dado que permiten, cuanto menos, otorgar elementos racionales de juicio para reconciliar dos legítimos intereses socio-económicos, a saber: la recompensa individual por el esfuerzo y la originalidad del autor; y al mismo tiempo, el beneficio social y economi-

co que se recibe de una misma idea para desarrollar futuras investigaciones³⁸.

En primer lugar, tenemos que la doctrina de la convergencia sostiene que “[c]uando una idea es inseparable de su propia expresión, esa idea converge con la expresión, y dicha expresión, a pesar de cualquier [rasgo de] originalidad, se le niega la protección por el Copyright”³⁹. Así, podemos entender que la doctrina de la convergencia predica, en nuestro contexto, que la protección del derecho de autor nunca considerara que un tercero es infractor si en su obra se retienen ideas subyacentes que solo pueden ser expresadas en una sola forma. Por medio de esta doctrina se puede observar que cuando la idea y la expresión de la misma coinciden o son inseparables, dada la existencia de pocas vías para expresar la idea, no le es dable a un tercero obtener y/o reivindicar la protección de la expresión de sus ideas, toda vez que sería como otorgarle el monopolio de la idea la cual, por cuestiones legales, de creatividad y/o funcionales, puede ser materializada bajo un rango de expresión limitado⁴⁰.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá, D.C., sentencia del 28 de mayo de 2010. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

36 “The real task in a copyright infringement action...is to determine whether there has been copying of the expression of an idea rather than just the idea itself...Only... expression may be protected and only it may be infringed.” Cfr. caso: Sid & Marty Krofft Television v. McDonald’s Corp., 562 F.2d 1157, 1163 (9th Cir.1977). La traducción e interpretación es propia.

37 Traducción propia: “Obviously, no principle can be stated as to when an imitator has gone beyond copying the ‘idea,’ and has borrowed its ‘expression’”

38 Cfr. caso: Peter F. Gaito Architecture, LLC Vs. Simone Dev. Corp., (2d Cir. 2010).

39 “When an idea is inseparable from its own expression, that idea is said to merge with the expression, and such expression, despite any originality, is denied copyright protection”. Cfr. caso: Kern River Gas Transmission Co. Vs. Coastal Corp., 899 F.2d 1458, 1463 (5th Cir. 1990). La traducción e interpretación es propia.

40 “In cases of merger, rigorously protecting the expression would confer a monopoly over the idea itself, in contravention of the statutory command. To prevent that consequence, courts have invoked the merger doctrine. In other words, given the dilemma either of protecting original expression even when that protection can be leveraged to grant an effective monopoly over the idea thus expressed, or of making the idea free to all with the concomitant result that the plaintiff loses effective copyright protection even over the precise original expression used, copyright law chooses the latter course”. Cfr. caso: Fin. Control Assocs. Inc. Vs. Equity Builders., Inc., 799 F. Supp. 1103, 1118 (D. Kan. 1992).

En segundo lugar, el método de las “*Scenes a Faire*” es definido como aquellos “*incidentes, personajes o escenarios que son indispensables, o al menos son estándares, en el tratamiento de un determinado tema, o escenas las cuales necesariamente resultan de idénticas situaciones*”⁴¹. Por ejemplo, en el campo de la construcción de los planos arquitectónicos, en la medida en que incluyan nociones generalizadas de donde ubicar los elementos funcionales como la ruta del tráfico, e incluya métodos de construcción y principios de ingeniería que son aplicados, estos planos, o estas partes –para ser más precisos– no podrán ser apropiados por el Copyright⁴². Asimismo, ahora en el campo literario, este método identifica que las obras, relativas a las relaciones entre padres e hijos y niños perdidos, el concepto de belleza que un hijo tiene de su madre, las relaciones interpersonales entre las personas que se encuentran privadas de su libertad dentro de algún centro de reclusión, entre otras características estándares y/o ideas generales en el tratamiento de una determinada trama literaria; aunque comparten el tratamiento de eventos similares, pueden ser consideradas como escenas que necesariamente resultan y/o se derivan de una idéntica situación⁴³.

De igual forma, y en aplicación del referido método, “una novela de espías contendrá por lo general elementos como automóviles de lujo, cuentas numeradas en un banco suizo, una mujer fatal o varios *gadgets* de espía escondidos en relojes, cinturones, zapatos o paraguas, sin que la obra posterior en que tales elementos aparezcan sea un plagio de otra anterior en la que también se acudía a tales elementos”⁴⁴. Asimismo, bajo este método podría sostener que “el hecho que Shakespeare escribiera una historia acerca de amantes cuyos destinos están predestinados [*star-crossed lovers*], no puede significar que [Shakespeare] tiene un derecho de propiedad sobre todas las historias acerca de amantes cuyos destinos están predestinados”⁴⁵. Más aún, y en palabras de United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, bajo este modelo puede considerarse que “Degas no puede prohibir a otros artistas de pintar bailarinas, y Charlene Harris no puede detener a Stephanie Meyer de publicar *Crepúsculo* solo porque Sookie vino primero”⁴⁶.

Por ello, el método de las “*Scenes a faire*” impide que se protejan los elementos de una obra

41 Reyher Vs. Children’s Television Workshop, 533 F.2d 87, 92 (2d Cir. 1976).

42 “As a preliminary matter, we emphasized that “to the extent that [architectural] plans include generalized notions of where to place functional elements, how to route the flow of traffic, and what methods of construction and principles of engineering to rely on, these are ‘ideas’ that may be taken and utilized by a successor without violating the copyright of the original ‘author’ or designer.” Cfr. Caso: Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Dev. Corp. (2d Cir. 2010) La traducción e interpretación es propia.

43 Texto original explica, lo siguiente: “This similarity of events, however, may be considered scenes a faire, scenes which necessarily result from identical situations [...] The two stories are not similar in mood, details or characterization. Since both presents only the same idea, no infrin-

gement.” Cfr. Caso: Rebecca Reyher and Ruth Gannett VS. Childrens Television Workshop (2d. Cir. 1976). La traducción e interpretación es propia.

44 Cfr. caso: D, Alvaro VS. D. David, decidida por la Audiencia Provincial de Madrid (España) por medio de la sentencia número 220 del 2007.

45 “The fact that Shakespeare wrote a story about star-crossed lovers cannot mean that he has a proprietary claim on all stories about star-crossed lovers”. Ver. Abraham Drassinower, “A rights-based view of the idea/Expression Dichotomy in Copyright Law”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. XVI, núm. 1 (January 2003), p 17. La traducción e interpretación es propia.

46 “Degas can’t prohibit other artists from painting ballerinas and Charlene Harris can’t stop Stephanie Meyer from publishing *Twilight* just because Sookie came first”. Cfr. caso: Mattel, Inc., Vs. MGM Entertainment Inc., (9th Cir. 2010). La traducción e interpretación es propia.

que provienen de expresiones o representaciones que necesariamente fluyen de una misma idea en común. Frente a este principio se observa que el derecho de autor no ampara ciertos tópicos comunes a un género o a un tema estándar, tampoco protege elementos que provienen naturalmente del tema de una obra más que de la creatividad del autor, o elementos que son dictados por factores meramente externos y/o funcionales.

III. CONCLUSIONES

Ahora bien, independientemente de las complicaciones que se puedan derivar por la aplicación y/o implementación de estas doctrinas a casos en concreto (problemas como la determinación de la carga de la prueba, que establece quién es el que debería probar que la obra alegada como plagiada es susceptible de estar o no protegible por el derecho de autor, dado que comprende o no, la expresión de ideas originales más que de ideas en sí mismas⁴⁷; o problemas relacionados con su naturaleza, bien como defensas efectivas frente casos en los que se alegue, *ad hoc*, la infracción al *copyright*, o como elementos que definen la protección de una obra⁴⁸), hay que entender que cuando se aplican las explicadas herramientas de análisis lo que se está hacien-

do es sustrayendo y/o filtrando los elementos que no son originales, *ergo*, los elementos de la obra que se alega plagiada que no merecen protección por el derecho de autor⁴⁹. Situación que, *prima facie*- permitiría un justo equilibrio entre el rango de protección otorgado a la obra, y el estándar de libre disponibilidad de ideas tratadas en la obra protegida. Por ello, tal como lo explicó el caso norteamericano *Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc*, podría determinarse que cuando el rango de la protección de las ideas es tan limitado en una obra determinada, el estándar apropiado para copias ilícitas de la obra es virtualmente idéntico⁵⁰.

La pregunta que cabe hacerse en este escenario en el que la Corte Suprema de Justicia – como lo observamos en la primera parte de este artículo–, ensanchó el artículo 270 del Código penal desde una interpretación personalista, es la siguiente: ¿Qué hubiera acontecido si en el caso “*El mundo poético de Giovanni Quessep*”, algunas de las cortes involucradas en la decisión condenatoria hubieran considerado herramientas analíticas (tales como la doctrina de la convergencia o la de “*Scenes a faire*”), para efectos de delimitar racionalmente, antes que ejercer el juicio de valor sobre la conducta punible, el espectro de protección y la originalidad

47 Para observar un estudio al punto referido, se recomienda el artículo de Andrew B. Herbl, titulado: “A heavy burden: proper application of Copyright’s merger and Scenes a Faire doctrines. Publicado por: Wake Forest, Intellectual Property Law Journal, Volume 8, Number 1, 2007-2008, pp. 129-160.

48 “Although there is some disagreement among courts as to whether these two doctrines figure into the issue of copyrightability or are more properly defenses to infringement, we hold that they are defenses to infringement”. Cfr. caso: *Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc.*, 225 F.3d 1068, 1082 (9th Cir.2000).

49 “The Plaintiff’s ideas cannot be copyrighted in the name of the protection of the plaintiff’s authorship because the copyright of ideas in fact denies the possibility of the defendant’s authorship [...] The defendant’s equal dignity as an author is the concept by way of which a rights-based approach to copyright law insist upon the preservation of and cultivation of the public domain”. Ver. Abraham Drassinower, “A rights-based view of the idea/Expression Dichotomy in Copyright Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVI, núm. 1 (January 2003), p 18-17

50 “When we apply the limiting doctrines, subtracting the unoriginal elements [...] [w]hen the range of protectable expression is narrow, the appropriate standard for illicit copying is virtual identity.” Cfr. caso: *Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc.*, 225 F.3d 1068, 1082 (9th Cir.2000).

de la obra alegada como plagiada? O mejor aún, ¿Que elementos de la obra *El mundo poético de Giovanni Quessep* pudieron haber sido considerados como no protegibles, por pensarse que eran ideas que convergían con una limitada forma de expresar la misma idea de la obra, o con expresiones de ideas que representaban elementos necesariamente funcionales para el tratamiento de la misma idea de la obra?; ¿acaso el rango de protección de las ideas involucradas en la obra *El mundo poético de Giovanni Quessep* pudo haber sido tan limitado, que el espectro expresivo apropiado para copias ilícitas de la obra es virtualmente idéntico?

No siendo el objetivo de este artículo responder las preguntas atrás formuladas, basta con sostener que los mismos cuestionamientos reflejan que bajo el precedente jurisprudencial delineado por la Corte Suprema de Justicia en el caso *El mundo poético de Giovanni Quessep* dada la amplia, personalista y proteccionista interpretación exegética del derecho moral de autor, obliga a que todos los jueces de la República, incluidos los respectivos de las altas cortes, tengan cuidado al momento de decidir y/o confirmar futuros casos y/o sentencias de plagio; habida cuenta que en este escenario la no distinción, *a priori*, de los elementos protegibles y no protegibles entre la obra literaria, artística y/o científica alegada como plagiada puede generar el riesgo de otorgar monopolios de explotación sobre determinadas ideas, métodos o conceptos necesarios y/o funcionalmente requeridos para el tratamiento de un determinado tema asociado con el mismo objeto de la obra literaria, artística y/o científica alegada como plagiada.

Situación última que, en los mismos términos que la Corte Suprema de Justicia expuso al momento de tener en cuenta el bloque de constitucionalidad para justificar la aplicación del principio *pro homine* de cara al artículo 270 del Código penal, genera el riesgo de que el país pueda verse involucrado en el incumplimiento de compromisos internacionales como el delinado en el artículo 7° del Acuerdo Adpic. Dado que la no distinción, *a priori*, de los elementos protegibles y no protegibles de una obra alegada como plagiada, podría imposibilitar que la protección y observancia al derecho de autor no contribuya a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de creaciones intelectuales que indudablemente favorecen el bienestar social, económico y el equilibrio de derechos y obligaciones entre usuarios y titulares de derechos. Panorama que nos involucraría dentro de un mundo donde la protección del derecho moral de autor sea tratado y/o abordado de una manera excesivamente poética, poco funcional y distante de la realidad económica y social del país.

Bibliografía

Doctrina

- B. Herbl, Andrew "A heavy burden: proper application of Copyright's merger and Scenes a Faire doctrines", *Wake Forest, Intellectual Property Law Journal*, Volume 8, Number 1, 2007-2008, pp. 129-160.

Beebe, Barton *"Intellectual Property law and the sumptuary code"*, Harvard Law Review, Volume 123, Number 4, February 2010.

Drassinower, Abraham "A rights-based view of the idea/Expression Dichotomy in Copyright Law", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. XVI, No. 1 (January 2003).

Gómez, Alejandro González. El tipo de los delitos contra la propiedad intelectual, Madrid, Tecnos.

Justin Hughes, *"The Philosophy of Intellectual Property"*, 77 Georgetown L.J. 287 (1988).

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia C-276 de 1996.

Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá, D.C., sentencia del 28 de mayo de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

Jurisprudencia Norteamericana

Nichols Vs. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

Reyher Vs. Children's Television Workshop, 533 F.2d 87, 92 (2d Cir. 1976).

Rebecca Reyher and Ruth Gannett vs. Childrens Television Workshop (2d. Cir. 1976)

Sid & Marty Krofft Television v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157, 1163 (9th Cir.1977)

Kern River Gas Transmission Co. Vs. Coastal Corp., 899 F.2d 1458, 1463 (5th Cir. 1990)

Fin. Control Assocs., Inc. Vs. Equity Builders., Inc., 799 F. Supp. 1103, 1118 (D. Kan. 1992).

Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc., 225 F.3d 1068, 1082 (9th Cir.2000).

Peter F. Gaito Architecture, LLC Vs. Simone Dev. Corp, (2d Cir. 2010)

Sentencias de España

D, Álvaro vs. D. David, decidida por la Audiencia Provincial de Madrid (España) por medio de la sentencia número 220 del 2007.

Web Sites

"The Bridge", *Harvard University*. Technical Realization by Thomas R. Bruce. Information presented by: Abram Chayes; William Fisher; Morton Horwitz; Frank Michelman; Charles Nesson and Todd Rakoff.

URL: <http://cyber.law.harvard.edu/bridge/index.htm>