



Revista de Derecho Privado  
E-ISSN: 1909-7794  
[mv.pena235@uniandes.edu.co](mailto:mv.pena235@uniandes.edu.co)  
Universidad de Los Andes  
Colombia

Perilla Granados, Juan Sebastián Alejandro  
Alineación iusteórica desde las licencias creative commons  
Revista de Derecho Privado, núm. 50, julio-diciembre, 2013, pp. 1-29  
Universidad de Los Andes  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033221002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



**ALINEACIÓN IUSTEÓRICA DESDE LAS LICENCIAS  
*CREATIVE COMMONS***

**JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS**

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 50

Julio - Diciembre de 2013. ISSN 1909-7794

# Alineación iusteórica desde las licencias *creative commons*<sup>\*</sup>

Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados<sup>\*\*</sup>

## RESUMEN

Cada sistema jurídico tiene un enfoque iusteórico particular que debe inspirar a los diferentes regímenes jurídicos que lo conforman, lo cual solo sucede en contadas oportunidades. Por esta razón, el presente artículo plantea una propuesta de alineación iusteórica probada, en el caso colombiano, a través del análisis del régimen del derecho de autor desde las licencias *creative commons*.

**PALABRAS CLAVE:** iusteoría, alineación iusteórica, formalismo, antiformalismo, derechos de autor, *creative commons*.

## ABSTRACT

Each legal system has a theoretical approach, which should inspire the different legal regimes that comprise it. However, on rare occasions the legal regimes are aligned with the theoretical approach of the legal system. For this reason this paper presents a theoretical alignment proposal to the different legal systems. This proposal is tested in the Colombian case by analyzing the copyright regime, highlighting inconsistencies and theoretical alignment raising proposals from creative commons.

**KEYWORDS:** theoretical approach of the legal system, theoretical alignment, formalism, anti-formalism, copyright, creative commons.

\* Cómo citar este artículo: Perilla Granados, J. S. (Diciembre, 2013). Alineación iusteórica desde las licencias *Creative Commons*. *Revista de Derecho privado*, 50.

\*\* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes con grado Cum Laude. Cumplió con los requisitos académicos necesarios para recibir los diplomas de la Opción en Educación (*minor*) y de la Opción en Estudios Críticos de Género y Sexualidad (*minor*) de la misma Universidad. Especialista en Derecho Comercial, magíster en Educación y en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como asesor del Icfes para el diseño e implementación de las Pruebas Saber Pro de Derecho. Docente universitario y actual director de docencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

## **SUMARIO**

Introducción – I. IUSTEORÍAS: DEFINICIÓN, TRANSPLANTE Y APROPIACIÓN –A. *La iusteoría formalista de la Constitución de 1886* – B. *La iusteoría antiformalista de la Constitución de 1991* – II. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA HACER ANÁLISIS IUSTEÓRICOS – A. *El régimen de protección actual de los derechos de autor* – 1. Las licencias *creative commons* como una propuesta de alineación iusteórica – III. CONCLUSIONES – Referencias.

## Introducción

En Colombia, la protección a los derechos de autor empezó a consolidarse en el sistema jurídico propio de la Constitución de 1886. Tal Constitución inscribió a Colombia en un Estado de derecho liberal, en el cual la rigidez de sus fuentes y la primacía de la ley como norma fundamental configuraron una iusteoría formalista del derecho. En el marco de esta iusteoría se introdujeron los derechos de autor, morales y patrimoniales, y se definieron reglas legales estrictas sobre titularidad, usos, limitaciones y excepciones.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se configuró un sistema jurídico cuya iusteoría se ha de entender como antiformalista, toda vez que la nueva Constitución reconoce que el derecho no se limita al contenido literal de las normas legales, sino que puede ser complementado por una multiplicidad de fuentes que no están expresamente determinadas. Aunque en el país continúan vigentes las normas de derecho de autor que surgieron en vigencia de la iusteoría formalista, durante la última década se ha comenzado a alinear con una alternativa de protección mundial de los derechos de autor: las licencias *creative commons*.

La propuesta de licencias *creative commons* parece cambiar el enfoque formalista de la regulación normativa, puesto que bajo sus disposiciones el autor es quien de manera principal determina el alcance de sus derechos y la forma en que sus obras pueden ser utilizadas por otros.

Surge así el siguiente cuestionamiento: en el marco de la iusteoría antiformalista propia del sistema jurídico colombiano actual ¿es viable apropiar en Colombia la propuesta de licencias *creative commons* como una nueva forma de protección de los derechos de autor? El presente trabajo busca responder esta pregunta a través de la siguiente estructura argumentativa: en primer lugar se reconocerán los elementos diferenciadores entre la iusteoría formalista de la Constitución de 1886 y la iusteoría antiformalista propia de la Constitución de 1991; en segundo lugar se identificarán las características del régimen actual de protección de derechos de autor y de las licencias *creative commons* para, finalmente, determinar si estas son coherentes con los lineamientos de la iusteoría antiformalista actual.

## I. IUSTEORÍAS: DEFINICIÓN, TRANSPLANTE Y APROPIACIÓN

Siguiendo a López Medina (2004), un ordenamiento jurídico puede responder a una o varias iusteorías (o elementos de ellas). Tales iusteorías, adoptando los lineamientos planteados por Larenz (2001) sobre interpretación auténtica<sup>1</sup>, pueden ser entendidas como aquellos enfoques jurídicos que están llamados a permear de manera dúctil el sistema jurídico de acuerdo con

1 Larenz abre la posibilidad para que los operadores jurídicos —especialmente los jueces— adelanten interpretaciones jurídicas que no respondan en estricto sentido a las técnicas hermenéuticas tradicionales: gramatical, teleológica, histórica y sistemática. De esta manera, avala la opción de que cada quien configure su propia técnica con diversos elementos de interpretación. A este ejercicio le he atribuido la denominación de “interpretación auténtica”. Al respecto también es posible consultar a Barría Paredes (2011).

las características del contexto del cual provienen<sup>2</sup>. Ejemplos a través de los cuales se logra tal ejercicio de permeabilización son las fuentes del derecho<sup>3</sup>, la naturaleza de las normas<sup>4</sup> y la técnica de interpretación de las reglas<sup>5</sup>.

La consolidación de las iusteorías de cada sistema jurídico se da por un proceso de transplante propio de la Teoría Transnacional del Derecho (TTD) propuesta por López Medina (2004), la cual se caracteriza —parafraseándola de manera general y sin el ánimo de tornar simple un tema altamente estructurado— por el hecho de transplantar teorías (o elementos de estas) forjadas en sitios de producción con ambientes hermenéuticos ricos a sitios de recepción con

ambientes hermenéuticos pobres que tienen el potencial para generar una mutación de las teorías originales. El transplante propio de la Teoría Transnacional del Derecho recae en “un tipo de literatura, ideas y argumentos iusteóricos que cruzan las fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-positivo” (López Medina, 2004, p. 15).

Los sitios de producción son entonces la cuna y ambiente de crecimiento y fortalecimiento de las teorías influyentes a nivel global; en el campo jurídico, “[u]n sitio de producción parece ser un medio especial en donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho” (López Medina, 2004, p. 16). Tales sitios usualmente están concentrados en círculos e instituciones académicas de Estados-nación centrales y prestigiosos; los países centrales generan los productos más difundidos de la TTD, los cuales se constituyen en cánones normalizados globalmente y, en consecuencia, están llamados a circular tarde o temprano por la periferia (López Medina, 2004).

La circulación posterior se da en los sitios de recepción, esto es, en aquellos círculos e instituciones académicas de Estados-nación periféricos y semiperiféricos; “[e]n teoría del derecho, como en muchas otras áreas de derecho, estos países transplantan o usan ideas originadas en jurisdicciones prestigiosas” (López Medina, 2004, p. 17). Así, los sitios de producción deben y acostumbran a ser reproductores de las teorías normalizadas globalmente. En términos

2 La interpretación auténtica que permite formular esta definición se fundamenta en los siguientes ejercicios hermenéuticos: siguiendo a Savigny (2004), desde una interpretación gramatical del vocablo “ius” se desprende la palabra derecho. De esta manera, al hablar de iusteoría se trata de una teoría del derecho. Tales teorías del derecho “son el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas” (López Medina, 2004, p. 16), razón por la cual responden y conllevan características y necesidades del contexto en el cual fueron formuladas. Una vez configurada cada una de las teorías del derecho —y parafraseando a Sousa Santos (1998)—, estas pueden y deben beneficiar a los destinatarios finales de las normas que configuran el sistema jurídico. Tal beneficio se materializa como un impacto sobre la totalidad del sistema jurídico, por consiguiente se habla de una permeabilización marcada por la ductilidad de la iusteoría. Por sistema jurídico se ha de entender aquel conjunto de normas que dependen de una sola Constitución y la labor que los operadores jurídicos hacen con ellas. Finalmente, el enfoque surge de la teoría de la educación, según la cual “cada currículo representa una opción de cómo enfocar la educación de los estudiantes” (Posner, 2005, p. 45). En el caso que nos ocupa, la iusteoría representa una opción de cómo enfocar la labor de los operadores del derecho de cada uno de los sistemas jurídicos.

3 Por ejemplo: sería propio de un sistema jurídico con teoría formalista que las fuentes del derecho provengan de manera casi exclusiva del legislador.

4 En un sistema jurídico con una iusteoría antiformalista se esperaría, por ejemplo, que las normas fuesen de naturaleza abierta (López Medina, 2004).

5 Que en un sistema jurídico con una iusteoría formalista las técnicas de interpretación predominantes serían la gramatical, la histórica y similares.

de las familias jurídicas del derecho comparado, los países de recepción deben y acostumbran a desempeñar el rol de hijos que mediante un ejercicio mimético aprenden de sus padres. Es de esta manera que el transplante resulta ser, al menos en abstracto, un aprendizaje basado en una mímisis, en el cual las teorías generadas en países centrales deben ser reproducidas en países periféricos y semiperiféricos.

Ahora bien, aunque se pretenda alcanzar una reproducción exacta de teorías, los elementos de interpretación con los cuales cuentan los sitios de producción y recepción son marcadamente distintos, provocando que tal aspiración de exactitud no pueda ser materializada en estricto sentido. Los sitios de producción cuentan con ambientes hermenéuticos ricos, toda vez que los lectores poseen acceso extratextual a un bagaje amplio, profundo y específico de información (háblese de problemas o preocupaciones sociales, doctrinarios, económicos, entre otros posibles) que comparten con el autor o los autores del argumento iusteórico aparentemente abstracto (López Medina, 2004, p. 16). Esta información extratextual es compartida por lector(es) y autor(es) “a partir de una experiencia social y jurídica, expresada particularmente en una comprensión común de la educación jurídica y de las prácticas, fuentes, instituciones, tradiciones y desafíos del derecho dentro de un mismo sistema jurídico” (López Medina, 2004, p. 16). Es así como el conocimiento extratextual compartido y culturalmente alcanzable por el lector en el sitio de producción permite y lleva a que se suponga que quien lee terminará haciendo “una lectura correcta, o por lo menos norma-

lizada de la iusteoría que se le ofrece” (López Medina, 2004, p. 17).

En contraposición, los sitios de recepción (que algunos llamarían sitios de reproducción) y, en particular, los lectores, no tienen la misma posibilidad de acceso extratextual a la información antes mencionada, razón por la cual estarán inmersos en un ambiente hermenéutico pobre. Por consiguiente, “el autor y sus lectores periféricos comparten muy poca información contextual acerca de las estructuras jurídicas subyacentes o las coyunturas políticas o intelectuales específicas en las que nació el discurso iusteórico” (López Medina, 2004, pp. 17-18), llevando a que las lecturas descontextualizadas hechas por los lectores periféricos no puedan ser entendidas como correctas o normalizadas respecto de la iusteoría que se aborda. Esta falta de elementos hermenéuticos propios de los sitios de producción genera que no haya una reproducción exacta de la teoría original, sino que se genere una mutación; las lecturas que se hacen en ambientes hermenéuticos pobres son diferentes de aquellas que se hacen en ambientes hermenéuticos ricos, razón por la cual la apropiación de teorías será diferente en cada uno de los sitios donde se haga la lectura.

Una apropiación diferente, y en el fondo una imposibilidad de reproducción de las teorías originales, lleva a que el trabajo hermenéutico de los lectores periféricos y semiperiféricos sea tachado de incorrecto y anormal desde la perspectiva de los sitios de producción. Cuando los lectores periféricos se enfrentan al criterio de los lectores y autores centrales se encuentran con que

su lectura es básica y alejada de los parámetros de lo que debe ser; “cuando [el lector periférico] confronta su lectura con la obtenida en ambientes hermenéuticos ricos recibe la descorazonada noticia de su comprensión subestándar” (López Medina, 2004, p. 18).

Sin embargo, ¿por qué ha de pensarse que los sitios de recepción están llamados a ser meros reproductores miméticos de lo que otros han dicho?, ¿por qué los sitios de recepción deberían propender por enmarcarse dentro de parámetros de corrección y normalidad establecidos por los sitios de producción? Bloom (1995)<sup>6</sup> conceptualiza el proceso de mutación de teorías que se da gracias a ambientes hermenéuticos pobres a través del término *misreading*<sup>7</sup>. Este proceso no debe ser tachado de incorrecto o anormal con cargas negativas, toda vez que parafraseando a Bloom (1995), en últimas resulta ser el único medio para asegurar originalidad en las lecturas presentes y futuras; nada podría ser considerado como original sin estar inscrito en una cadena traslatica de procesos consecutivos de mutación de teorías. De esta manera, la mutación de teorías es el medio idóneo para crear teoría, dado que el alcance y apropiación

logrados hace que no se trate de la teoría original sino de una innovación.

El lector debe advertir en este punto que está ante un avance teórico, como quiera que se rompen los parámetros de normalidad del ‘deber ser’ propio de los sitios de producción, de tal suerte que lo que no se inscriba en estos ya no puede ser tachado de incorrecto o anormal. Por el contrario, las ideas mutadas generan nuevas teorías, las cuales a su vez constituyen nuevo conocimiento y no deben perseguir una aspiración utópica de corrección y normalidad. Esto me motiva a afirmar que en el momento en que los lectores periféricos apropián (no reproducen) en ambientes hermenéuticos pobres teorías generadas en sitios de producción, están siendo en sí mismos autores centrales de nuevas teorías en nuevos sitios de producción con ambientes hermenéuticos ricos.

Lo anterior se justifica en el hecho de que una mutación se da siempre que no sea posible tener acceso extratextual total a información del contexto, toda vez que la información faltante se sustituye por la información del contexto del lector y este ejercicio de sustitución convierte al lector en autor. Con el ánimo de responder al objetivo del presente trabajo, a continuación se profundizará en el proceso de transplante iusteórico ocurrido en Colombia y su posterior mutación, para concluir cuál ha sido y cuál es la iusteoría de los últimos sistemas jurídicos colombianos.

6 Agradezco a López Medina (2004) por la generosa remisión a este autor, respecto al tema concreto.

7 Como lo hace evidente López Medina (2004), este término inglés encuentra múltiples posibilidades de traducción al español (mala lectura, leer mal, lectura errónea, lectura personal, lee mal, mal lectura, transmutación, transformación, transversión, tergiversación, lectura tergiversada, entre otras) y todas ellas tienen cargas subjetivas fuertes al momento de ser usadas. Sin embargo, no se entrará en el debate conceptual de cuál de todas las traducciones se usará, por el contrario, se seguirá utilizando el conjunto de palabras “proceso de mutación de teorías” en el momento de referirse al asunto en cuestión.

## A. La iusteoría formalista de la Constitución de 1886

Siguiendo a Herrera (1994), en el caso de Latinoamérica —como ejemplo de un conjunto de países periféricos y semiperiféricos entre los cuales se encuentra Colombia—, una lista extensa de las iusteorías influyentes que intervinieron en el proceso de transplante de teorías está conformada así: exégesis francesa, escuela histórica, tendencias formalistas, finalismo, ordinalismo concreto, fenomenología, teorías neohegelianas, realismo jurídico norteamericano, realismo jurídico escandinavo, teorías de derecho natural, marxismo y neomarxismo. López Medina (2004), desde el punto de vista de una TeoComp, acorta esta lista de iusteorías (y otras similares) al señalar de manera sintética que las iusteorías influyentes en Latinoamérica han sido: escuela de la exégesis, jurisprudencia de conceptos, teoría pura del derecho, libre investigación científica, solidarismo, positivismo analítico y derecho como integridad.

Una vez identificadas y evidenciadas las teorías transnacionales influyentes en Latinoamérica ha de procederse a evidenciar el proceso de apropiación jurídico teórico presentado por cada país en particular. En el caso colombiano<sup>8</sup>, a finales del siglo XIX el derecho privado

se caracterizaba por pertenecer a la iusteoría de un formalismo clásico regional propio de la escuela del clasicismo, distinguida por reglas y principios provenientes de l'*École de l'Exégèse* y de *Begriffs-jurisprudenz* (López Medina, 2004). Hacia el año de 1930 el clasicismo fue complementado —sustituido para algunos— por un positivismo kelseniano<sup>9</sup>.

En simultáneo con la apropiación de las teorías kelsenianas, el formalismo clásico de finales del siglo XIX y principio del XX fue cuestionado y repensado desde diferentes perspectivas teóricas, de tal suerte que surgió un antiformalismo regional (López Medina, 2004)<sup>10</sup>. De manera simultánea a la consolidación del antiformalismo regional propio del derecho privado, el derecho constitucional empezó a tomar fuerza desde la perspectiva de lo social por encima del derecho liberal clásico distintivo del espíritu de la Constitución colombiana de 1886. Así, el ordenamiento jurídico estuvo inmerso en una reforma social paulatina por vía constitucional, legalizada en la Constitución Política en 1936<sup>11</sup>. Pese a los esfuerzos por implementar iusteorías antiformalistas, luego de la década de 1930 el clasicismo volvió a permear la conciencia jurídica colombiana (López Medina, 2004). Así, la ola de antiformalismo fue rápidamente absorbida

<sup>8</sup> Inicia el análisis con el derecho privado, toda vez que era la rama del derecho con especial relevancia a finales del siglo XIX y principio del XX; “la Ley [civil], por consiguiente, era la fuente principal (incluso exclusiva) del derecho” (López Medina, 2004, p. 408). Continúa con el proceso de fortalecimiento del derecho constitucional (que algunos, entre ellos el autor mencionado catalogan como derecho público) y finaliza con el ordenamiento jurídico actual en el cual el derecho constitucional tiene la mayor prevalencia y permea de manera dúctil al derecho privado y al derecho público, que pueden entenderse como inferiores al derecho constitucional.

<sup>9</sup> Esta clase de positivismo constituyó una apropiación regional particular de las teorías kelsenianas producto de un ambiente hermenéutico pobre (López Medina, 2004).

<sup>10</sup> Este antiformalismo fue producto de la apropiación de la iusteoría de la *libre recherche scientifique* planteada por Gény (1902, 1914, 1954).

<sup>11</sup> Esta renovación constitucional fue respaldada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia inmediatamente después de la reforma (López Medina, 2004; Barreto Rozo, 2011).

por el formalismo clásico hasta poco antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Tal formalismo propio del sistema jurídico fundado en la Constitución de 1886 López Medina (2005, pp. 129-130) lo define como:

una comprensión del derecho que piensa que no existe, al interior del derecho, una dimensión independiente de justicia o equidad, que el derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos pre-existentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades), que la interpretación del derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos y que en el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables de llenarlos.

De esta manera es posible afirmar que los elementos de la iusteoría formalista propia de la Constitución de 1886 son: 1) las normas jurídicas siempre aseguran la obtención de interpretaciones definitivamente correctas y completas, pues el derecho no tiene lagunas; 2) el legislador tradicional es la fuente del derecho y ha de asegurar un derecho sin vacíos; y 3) la labor de los operadores jurídicos es examinar textos pre-existentes sin tener en cuenta las realidades, intereses o necesidades del contexto.

### ***B. La iusteoría antiformalista de la Constitución de 1991***

Fue hasta la década de 1980 cuando empezó a pensarse nuevamente en un antiformalismo contemporáneo producto de un proceso de transplante transnacional de teorías del dere-

cho<sup>12</sup>. Este antiformalismo contemporáneo es la base del sistema jurídico colombiano actual, fundamentado en la Constitución Política de 1991. Para caracterizar el antiformalismo colombiano<sup>13</sup> es útil hacer una referencia histórica acerca del proceso de apropiación en su contexto particular. Esta iusteoría fue presentada por Nieto (1971, p. 62) a través de una reinterpretación de la obra de Kelsen, donde planteó un ataque teórico directo al “positivismo vulgar” existente en Colombia en ese momento. Con esta obra el autor rompe el paradigma según el cual el derecho es un algo perfecto e incorruptible, de tal manera que lo relaciona con lo político y lo irracional<sup>14</sup>. Pese a este esfuerzo crítico por plantear una lectura antiformalista del derecho, Nieto es tímido al sugerir la apropiación de teorías en los contextos locales, toda vez que sugiere la realización de lecturas de las obras bajo ambientes hermenéuticos ricos<sup>15</sup>. Por su parte, Recasens (1980) también se niega a aceptar que la obra kelseniana justifique el formalismo clásico y a la vez —a diferencia de Nieto—

12 Según lo hace evidente López Medina (2004), las teorías transplantadas para constituir el antiformalismo contemporáneo fueron: *Reine Rechtslehre* de Kelsen, jurisprudencia analítica de Hart y la teoría de un derecho íntegro de Dworkin y Alexy.

13 Al hablar de “antiformalismo colombiano” se quiere mostrar que esta iusteoría fue objeto de apropiación en el contexto jurídico nacional siguiendo la TTD antes explicada.

14 El uso de la palabra “irracional” seguramente hace referencia a la moral. De esta manera, el autor plantea una crítica a la interpretación formalista que se le hizo en Colombia a la división que Kelsen acostumbró hacer entre derecho y moral.

15 Debe señalarse que el autor no usa la expresión “ambientes hermenéuticos ricos”, sino que se incluye en este caso para asegurar coherencia en la estructura argumentativa que se plantea. Nieto (1971) se refiere en general a los sitios donde fueron creadas las teorías y a los sitios donde se hacen lecturas transnacionales (los denomina “lo local”).

invita de manera abierta a hacer un uso local de esta teoría transnacional. Estas primeras aproximaciones teóricas constituyen un llamado de atención acerca de la iusteoría imperante en Colombia en ese momento y su incidencia en la realidad jurídica y social del país; no obstante, fueron propuestas académicas que poca incidencia práctica tuvieron en las normas del sistema jurídico de la Constitución colombiana de 1886.

De esa suerte, el antiformalismo no tomó fuerza sino hasta la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, que crea la Corte Constitucional, organismo responsable de materializar la iusteoría antiformalista que se predica del sistema jurídico colombiano actual. Esta Corte emplea la que Recasens (1980) denomina lógica de lo razonable en contraposición a la lógica de lo racional<sup>16</sup>, lo cual implica reconocer que más allá de la norma hay realidades preexistentes al mismo Estado, que en muchas ocasiones la literalidad de la norma es insuficiente para abordarlas. Lo anterior da un mensaje claro, y es que el ordenamiento jurídico concibe ahora que el derecho no tiene todas las respuestas, sino que los operadores jurídicos están llamados a complementarlas<sup>17</sup>.

En el fondo, la Corte Constitucional a través de su trabajo caracteriza al antiformalismo como aquel que concibe que el derecho no se limite al contenido literal de las normas legales, sino que puede ser complementado por principios y una multiplicidad de fuentes no determinadas. De esta manera se rompe la idea propia del formalismo clásico según la cual “el núcleo del derecho legal ordinario en una jurisdicción neorrománica contiene soluciones para conflictos que involucran la persona y sus atributos, la propiedad, las relaciones obligacionales y contractuales y la sucesión” (López Medina, 2004, p. 446).

Además, el Tribunal Constitucional máximo hace evidente que la fuente de preceptos jurídicos no puede ser el legislador tradicional de manera exclusiva, sino que el derecho puede ser creado desde otras fuentes, de modo que tiene una naturaleza abierta y cambiante. La multiplicidad de fuentes reconoce a su vez que la norma jurídica no es diferente de la decisión judicial, que el derecho de los códigos no es ajeno al derecho constitucional y que el derecho no es un algo perfecto, absoluto e incorruptible lejano de lo político y de lo irracional.

Así, es posible afirmar que los elementos de la iusteoría antiformalista propia de la Constitución colombiana de 1991 son: 1) el sistema jurídico cuenta con múltiples fuentes del derecho que trascienden las categorías tradicionales de legislación; 2) las normas jurídicas deben contar con una naturaleza abierta, sin pretender regular de manera exhaustiva todos los elementos del contexto; y 3) las normas deben poder

16 Al respecto se pueden ver, a manera de ejemplo, las sentencias T-322/96, C-486/93, C-476/93 y T-406/92.

17 El fundamento constitucional sugeriría que quienes están llamados a complementar los vacíos del ordenamiento jurídico son los jueces constitucionales, pero si se sigue la idea de que la iusteoría debe inspirar toda la realidad jurídica no tendría sentido hablar solamente de jueces sino de operadores jurídicos en general (incluyendo a cualquier persona que se relacione con el derecho a través de la interpretación, creación o complementación de las normas).

ser interpretadas por los operadores jurídicos teniendo en cuenta las realidades, intereses y necesidades del contexto.

## II. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA HACER ANÁLISIS IUSTEÓRICOS

El ejercicio de identificación de iusteorías es valioso, toda vez que permite comprender las dinámicas que inspiran la consolidación del derecho más allá de la simple literalidad de las normas. Sin embargo, tal labor carecería de utilidad práctica si se reduce a un ejercicio abstracto del deber ser; limitarse a identificar iusteorías, transplantes y mutaciones de estas para solamente concluir cómo está estructurando el derecho no genera un impacto trascendental en las dinámicas cambiantes de cada sistema jurídico. Por esta razón se propone que una vez identificada la iusteoría de cada sistema jurídico (y sus elementos), deben evaluarse los diferentes regímenes que hacen parte de tal sistema y generar propuestas prácticas que aseguren alineación entre el enfoque jurídico y las normas existentes.

Se plantea entonces un proceso de alineación iusteórico en el cual se identifique, en primer lugar, la iusteoría de cada sistema jurídico. Esta identificación podrá responder a la propuesta de López Medina (2004) antes esbozada, en el sentido de analizar el proceso de transplante transnacional de teorías y su recepción en el sistema jurídico objeto de análisis. Dicha recepción deberá reconocer el proceso de mutación de las iusteorías en el sentido expuesto anterior-

mente, de tal forma que no se hagan lecturas con parámetros de normalidad sino que se reconozca a los lectores del sitio de recepción como autores de innovaciones para la teoría del derecho. Una vez identificada la iusteoría imperante deberá dársele utilidad práctica a tal ejercicio, a través de la evaluación de los diferentes regímenes jurídicos que deben estar permeados por la iusteoría identificada. Así, se propone esquematizar cada uno de los elementos de la iusteoría aplicable y de su contraria, para determinar si el régimen objeto de análisis es coherente o no con la teoría construida en el proceso de mutación iusteórico. En caso que no haya plena coherencia podrán formularse propuestas prácticas de ajuste que tengan la vocación suficiente para impactar de manera efectiva el sistema jurídico.

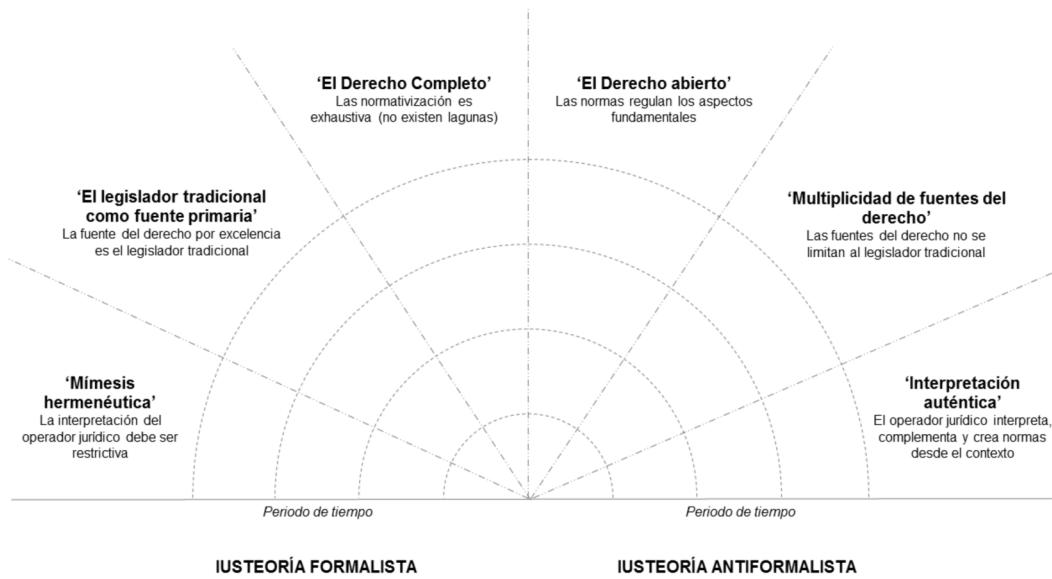
Para el caso colombiano actual se propone que cada uno de los regímenes jurídicos sea analizado en el espectro de la iusteoría formalista y antiformalista<sup>18</sup>, por considerar que el sistema jurídico actual —siguiendo las conclusiones anteriormente formuladas— si bien está marcado por el antiformalismo, debido a su reciente implementación aún puede presentar influencias notables desde el formalismo propio del sistema jurídico anterior<sup>19</sup>. En consecuencia, se plan-

<sup>18</sup> La evaluación por régimen jurídico se sugiere previendo que abarcar todas las normas del sistema jurídico de manera simultánea puede ser una labor compleja que no asegura la obtención de propuestas de ajuste precisas.

<sup>19</sup> Se propone que la evaluación de coherencia se haga incluyendo la iusteoría identificada como propia del sistema jurídico que se analiza y la iusteoría opuesta. Así, será posible determinar si existe una alineación plena entre los regímenes jurídicos y la iusteoría que se debe aplicar, o si se presenta una desarticulación que requiere de propuestas prácticas que aseguren una coherencia real.

tea como propuesta de análisis iusteórico el siguiente mapa<sup>20</sup>:

**Mapa 1.** Análisis de un régimen jurídico en el espectro iusteórico formalista y antiformalista



Con el ánimo de evidenciar la utilidad práctica de la propuesta anterior, a continuación se analizará el régimen actual de protección de los derechos de autor. Tal análisis determinará si este es o no coherente con la iusteoría an-

tiformalista propia del sistema jurídico actual, y en caso de presentarse inconsistencias se plantearán ideas prácticas de ajuste.

#### A. *El régimen de protección actual de los derechos de autor*

Una vez esbozado el desarrollo iusteórico que se ha dado en el ordenamiento jurídico colombiano (evidenciando la existencia de una iusteoría formalista y una antiformalista), se procederá a determinar a cuál de las dos iusteorías responde el actual régimen de protección de los derechos de autor. El análisis de las fuentes del derecho de autor se iniciará desde el año 1886, y a través de normas de origen nacional, porque: 1) aunque con anterioridad a ese momento existían normas referentes a la propiedad intelectual, estas no eran coherentes con el régimen

20 Este mapa está conformado por un espectro que va desde la iusteoría propia del sistema jurídico actual (antiformalismo) hasta su opuesto (formalismo) y cada uno de los elementos de tales iusteorías, los cuales se ubican en orden lógico de exigencia. Así, el elemento más característico del antiformalismo es el hecho de que los operadores jurídicos puedan hacer interpretaciones auténticas, por lo cual está en el extremo más cercano a la iusteoría antiformalista. Este elemento está precedido por la multiplicidad de fuentes del derecho, pues son estas las que legitiman las interpretaciones auténticas que realice el operador jurídico. Y finalmente, se ubica como elemento menos exigente el que las normas solo regulen aspectos fundamentales gracias a su naturaleza abierta, que es la que permitirá que hayan fuentes diversas en el derecho y que, en consecuencia, los operadores jurídicos puedan hacer interpretaciones auténticas. En los siguientes capítulos se mostrará la forma de poner en práctica este mapa tomando como ejemplo el régimen del derecho de autor.

actual<sup>21</sup>; 2) en 1886 se expidió la Constitución que inscribe a Colombia en una iusteoría formalista en los términos antes señalados; y 3) bajo tal sistema jurídico se consolidaron las normas fundamentales referentes al derecho de autor y muchas de ellas aún se encuentran vigentes.

Con relación al régimen de propiedad intelectual presente en Colombia, en el año 1886 “se produce una transformación radical en el sistema por medio de tres vertientes legislativas, así: 1. una norma constitucional; 2. un tratado internacional; 3. una legislación de propiedad literaria” (Pabón Cadavid, 2009, p. 84). Estas normas buscaban proteger al derecho de autor desde la perspectiva liberal, de tal manera que se confi-

gura una propiedad privada que ha de ser respetada desde su uso, goce y transmisión<sup>22</sup>. En tal sentido se expresaban los legisladores de aquella época: “las formas literarias, que comprenden el método, el estilo y el lenguaje, son, por el contrario, esencialmente personales, y a éstas y sólo a éstas se refiere la propiedad literaria” (Caro, 1888, p. 386).

En el caso en que fueran transgredidos los derechos del ‘autor propietario’, el Estado imponía sanciones encaminadas a resarcir el daño y beneficiar al colectivo social a través de normas de interés público (Pabón Cadavid, 2009)<sup>23</sup>. Estas

21 Al respecto se debe tener presente que “de manera contraria a como ordinariamente se piensa, el derecho de autor no es un fenómeno de reciente aparición en el contexto internacional, ni tampoco lo es en el escenario nacional, máxime si tenemos en cuenta que manifestaciones como las letras, el arte y la cultura en general han estado presentes en nuestro entorno desde los albores de la civilización” (Ríos Ruiz, 2009, p. 3). Las investigaciones referentes a la historia de la propiedad intelectual concluyen que “el derecho de autor, como lo conocemos hoy en día, es el resultado de un desarrollo jurídico que legislativa y jurisprudencialmente se ha ido construyendo durante los últimos 300 años, con la influencia de elementos económicos, filosóficos, políticos, sociales y culturales que han hecho posible que sea lo que hoy es” (Pabón Cadavid, 2009, p. 60). En el caso particular de Colombia, en el año 1834 se empezó a consolidar el primer régimen de protección al derecho de autor a través de la Ley 1<sup>a</sup> del 10 de mayo de ese año, que buscaba asegurar por cierto tiempo la propiedad de las producciones literarias y algunas otras. Esta norma “está directamente en consonancia con el Estatuto de la Reina Ana de 1710. Es decir, si bien comporta una continuidad en cuanto al privilegio, supone una modificación al sistema colonial implantado por España, por cuanto desde Carlos III se había pasado de un modelo de privilegios perpetuos, que, tras la muerte del autor, pasaban a sus herederos” (Pabón Cadavid, 2009, p. 83). Posteriormente, las reglas de este régimen de protección pudieron ser aplicadas a los colombianos residentes en el extranjero, gracias a la Ley 2<sup>a</sup> del 3 de abril de 1841. Y finalmente, el Código civil de 1859, a través de su artículo 709, reconoció que la protección que se daba sobre la creación debía emplear las mismas reglas diseñadas para asuntos de propiedad privada del derecho civil clásico. Estas normas contemplaban un régimen de protección basado en privilegios temporales y no estaba fundamentado en derechos morales y patrimoniales como el régimen actual, que se configura en vigencia de la Constitución de 1886 con iusteoría formalista. Por esta razón —y siguiendo el objetivo del presente trabajo— el análisis que se expone no desarrolla en extenso este tipo de manifestaciones normativas ‘primarias’.

22 La Constitución colombiana de 1886 a través de su artículo 35 —continuando con la idea de protección liberal presente desde el Código civil de 1859— reconoció a los autores derechos exclusivos sobre sus creaciones, a saber: “será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley”. Así lo expresa también la doctrina: “En 1886, la protección a las creaciones del Intelecto se incorporó como norma constitucional en el artículo 35 de la Carta Política de ese año, disposición que encontró su desarrollo legal en la ley 32 del mismo año” (Ríos Ruiz, 2009, p. 7). Se evidencia de esta manera el alcance liberal de la norma, pues la propiedad debe protegerse de manera especial y por un lapso de tiempo considerable, tanto al autor como a sus herederos. Además, la iusteoría formalista se materializa al incluir de manera expresa que es el legislador tradicional el único habilitado para determinar cómo han de protegerse los derechos de autor. En consecuencia, los operadores jurídicos se deben limitar a aplicar las disposiciones legislativas de manera íntegra, pues ellas contienen las respuestas correctas y definitivas a las controversias que surjan. Posterior a la entrada en vigencia de esta Constitución, se expide la Ley 32 de 1886 que delimita el alcance de la propiedad literaria y artística a través de la definición de obra (creación). En el mismo año se expide el Decreto 665 de 1886 que reglamenta la mencionada Ley, haciendo referencia especial a las formalidades exigidas para la protección. La última norma expedida en el siglo XIX sobre derecho de autor estaría contenida en el Código penal de 1890, en el cual se establecían sanciones en caso de no respetar las reglas de la propiedad privada. Sin embargo, este Código no surtió efectos jurídicos pues fue declarado incompatible respecto de la Constitución de 1886. De esta manera, existieron reglas desde el derecho constitucional y civil al respecto del derecho de autor, pero hasta la década de 1940 no hubo sanciones penales en caso de su vulneración.

23 Aunque no existían normas penales que sancionaran la vulneración del derecho de autor como propiedad privada, en las reglas sobre el tema expedidas en 1886 sí se contemplaban sanciones administrativas (multas) en cabeza del Estado. Un ejemplo de tales multas fue: “la ley considera la imposición de una multa económica para los que obtengan un privilegio sin el cumplimiento de los requisitos exigidos

disposiciones se enmarcaban dentro de la ius teoría formalista imperante en Colombia por la época, toda vez que la única forma de proteger los derechos de autor era a través de normas preexistentes configuradas por el legislador tradicional, que los operadores jurídicos debían propender por aplicar con un ejercicio de interpretación silogístico básico.

Bajo este enfoque iusteórico fueron promulgadas diferentes normas durante las primeras décadas del siglo XX, consolidando así un primer régimen organizado para la protección del derecho de autor<sup>24</sup>; “el sistema moderno de

---

por la ley y los dineros de la multa se destinarán para el beneficio de las escuelas primarias del cantón donde residiere el expresado autor o editor” (Pabón Cadavid, 2009, p. 84).

24 Desde la entrada en vigencia de la Constitución colombiana de 1886 se expedieron pocas normas referentes a la protección de los derechos de autor. La producción normativa principal en relación con la propiedad intelectual se relacionaba de manera directa con las reglas para ejercer la actividad de prensa (Ley 51 de 1898 y Ley 1 de 1909, las cuales fueron modificadas por la Ley 73 de 1910. Se expedieron luego la Ley 59 de 1911, la Ley 69 de 1928 y el Decreto 1900 de 1944. Finalmente, todas ellas fueron derogadas por la Ley 29 de 1944 aún vigente). Sin embargo, las normas sobre prensa no generaban un régimen normativo que garantizara los derechos de los autores sobre sus obras, por lo cual se presentaba una ausencia normativa al respecto. Fue hasta el año 1946 cuando, a través de la Ley 86 se configuró un régimen que aunque ambiguo en muchas de sus disposiciones y a pesar de no establecer de manera categórica conjuntos de derechos como los conocidos hoy en día, resultó organizado y con vocación de perdurar en el tiempo; “La Ley 32 de 1886 estuvo vigente hasta 1946, año en que se expidió la ley 86, la cual entró a regular aspectos que para la época resultaban novedosos, como la difusión de obras por medio del fonógrafo y el cinematógrafo. De manera principal, reguló aspectos atinentes a las asociaciones de gestión colectiva de derechos de autor, hoy denominadas sociedades de gestión colectiva” (Ríos Ruiz, 2009, p. 7). La precariedad de normas que existía desde el año 1886 sobre derecho de autor sería subsanada por la Ley 86 de 1946 de la siguiente forma: en primer lugar, se expresó con absoluta claridad que la propiedad literaria y artística de la cual hablaba el artículo 35 de la Constitución debía ser entendida como una propiedad privada que llevaba un conjunto de derechos a favor del titular de la obra (autor o causahabientes). Para complementar la definición de titular, la Ley 86 incluyó de manera expresa diversos y numerosos tipos de obras, así como reglas especiales para la protección de cada una de ellas. Al mismo tiempo se configuraron en el sistema jurídico facultades exclusivas para los titulares, que bajo la lógica formalista debían estar expresamente contenidas en las normas (literal a art. 6). De igual manera se incluyeron normas sobre temas no abordados hasta la fecha y que

derecho de autor sólo se construye normativamente en el siglo XX” (Pabón Cadavid, 2009, p. 84). Fue en la década de 1980 cuando se expidió la norma hito refundadora del régimen de derechos de autor actual y que se encuentra aún vigente: la Ley 23 de 1982<sup>25</sup>. Esta deroga expresamente todas las normas legales locales anteriores sobre el derecho de autor, pero no cambia tangencialmente las reglas que desde 1946 habían existido en Colombia. Sencillamente, subsumió con una nueva redacción las normas anteriores, otorgó nuevas denominaciones a las instituciones existentes y aseguró

---

haciendo referencia a: publicación, adaptación, transporte, modificación, contratos de representación y edición, entre otras. En la ley que se analiza resulta especialmente relevante lo referente a la enajenación del derecho de propiedad intelectual (artículo 49), pues se empieza a diferenciar entre unos derechos transferibles y unos perpetuos en cabeza del autor, que fueron la base de lo que actualmente se conoce como derechos patrimoniales y morales. También son de resaltar las normas sobre registro, pues aunque parecen ser de naturaleza declarativa, disposiciones como las contenidas en el artículo 89 sugieren que se trata de un registro formalista de carácter constitutivo; se evidencian de esta manera las ambigüedades propias de un régimen que empezaba a sentar las bases sobre el derecho de autor. Finalmente, se ha de resaltar en la Ley 86 de 1946 la inclusión de restricciones de orden moral a los autores, de sanciones penales y administrativas claramente establecidas para quienes vulneren los derechos de autor y los procedimientos para materializar de manera directa las normas. Esta es, entonces, una ‘Ley hito fundadora’, pues incorpora en el ordenamiento jurídico nuevas disposiciones que sientan las bases para llegar a la regulación que hoy en día tiene el derecho de autor. Es de resaltar que esta ley materializa el enfoque formalista de tal sistema jurídico, pues es el legislador tradicional el llamado a establecer todas las normas sobre derecho de autor, y los operadores jurídicos quienes deben aplicarlas de manera directa esperando encontrar allí todas las respuestas a los problemas jurídicos que se les presenten.

25 Se afirma que la Ley 23 de 1982 es refundadora, pues derogó una proporción considerable de las normas existentes sobre el derecho de autor al darles nuevos alcances desde su redacción. A manera de ejemplo es posible remitirse a la doctrina: “Se expidió entonces la Ley 23 de 1982, la cual dio un giro radical frente a la institución del registro, al convertirlo en declarativo de derechos, como lo impone el Convenio de Berna, y no en constitutivo de ellos, como lo preveía la ley 86. La Ley 23 de 1982 presentó muchos otros avances en su momento, los cuales se desarrollaron en sus 260 artículos. Dentro de estos avances destaca el tratamiento dado al soporte lógico software, cuyas pautas y requisitos para su inscripción en el registro nacional de derecho de autor se encuentran en el Decreto 1360 de 1989” (Ríos Ruiz, 2009, p. 8).

coherencia con avances acontecidos en otros sistemas jurídicos.

De la lectura inicial de la Ley 23 de 1982 se podría afirmar que sus disposiciones responden a las exhortaciones hechas por Nieto (1971) y Recasens (1980) encaminadas a desmontar la iusteoría formalista imperante en Colombia para adscribirse a una iusteoría antiformalista. Esto se justifica en que a pesar de conservar muchas disposiciones sustanciales ya existentes, el legislador adopta un lenguaje de naturaleza abierta para redactar los primeros artículos de la mencionada norma. Así, por ejemplo, la definición de autor parece ser de amplio alcance, pues los términos en ella incluidos no están perfectamente delimitados desde su redacción inicial. De igual manera, se encuentran disposiciones como la del artículo 2º referente a “los medios conocidos o por conocer” o el artículo 3º que señala expresamente que “los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas de disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su **libre criterio les dicte**” (negrilla fuera del texto original). Tal naturaleza abierta sugeriría que el legislador tradicional ha dejado de ser la fuente del derecho por excelencia y reconoce que las normas deben complementarse con fuentes diversas del derecho. Sin embargo, la apariencia antiformalista sugerida por las primeras disposiciones de la Ley 23 de 1982 es desvirtuada por los artículos siguientes.

Las normas descritas materializan el deseo formalista del legislador tradicional por regular y reglamentar de manera extensa cada una de las

instituciones incluidas en el sistema jurídico, de tal forma que el operador no tenga otra opción que acudir a un ‘derecho completo’ para obtener las respuestas a los problemas jurídicos que se le presenten. Lo que en principio parecía ser antiformalista fue complementado por un cúmulo de disposiciones que detallan de manera exhaustiva el alcance de los derechos de autor, la forma de ejercerlos, transmitirlos y excepcionarlos. El legislador pretende agotar de esta manera el tema, llevando a que sea entendido como la fuente exclusiva del derecho de autor.

Producto de las disposiciones de la Ley 23 de 1982 se configuró el bien conocido régimen actual de protección al autor, regido por tres tipos de derechos:

- **Derechos morales:** la redacción de la Ley 23 de 1982 sugiere que la consolidación de este tipo de derechos es formalista porque se incluyen en el ordenamiento jurídico a través del legislador tradicional, con una fórmula que entiende que tales derechos existen porque así se han reconocido expresamente por la ley<sup>26</sup>. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al considerar que los derechos de autor morales son “aquellos que nacen como consecuencia de la creación misma y

---

<sup>26</sup> Siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en su función de guarda e intérprete de la Constitución, los derechos de autor morales son: “de carácter extrapatrimonial, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Estos incluyen: el derecho a divulgar la obra; el derecho al reconocimiento de la paternidad intelectual; el derecho al respeto y a la integridad de la obra, impidiendo las modificaciones no autorizadas sobre la misma; el derecho de retracto, que le permite al autor retirarla del comercio” (Corte Constitucional, sentencia C-053/2001). Algunos doctrinantes se pronuncian en el mismo sentido al señalar: “los derechos morales o personalísimos del autor sobre su obra son prerrogativas que se caracterizan por ser inalienables, irrenunciables, perpetuas e imprescriptibles” (Ríos Ruiz, 2009, p. 59).

no del reconocimiento administrativo” (Corte Constitucional, sentencia C-053/2001), pero sí del reconocimiento expreso del legislador<sup>27</sup>. De esta manera, la iusteoría formalista no permitiría la exigencia de los derechos morales si el legislador tradicional no los hubiese incluido expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano.

- **Derechos patrimoniales<sup>28</sup>:** como se indicó antes, el artículo 3º de la Ley 23 de 1982 sugiere que las reglas para disponer de las obras están dadas por el libre criterio del autor. Sin embargo, tal criterio está sujeto a una licitud de conductas que es determinada por un entramado de estrictas reglas referentes a cómo se pueden transferir los derechos patrimoniales; “la segunda dimensión es la de los denominados derechos patrimoniales, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica” (Corte Constitucional, sentencia C-276/1996). La iusteoría formalista se materializa entonces al proponer a través del legislador tradicional

una serie de derechos expresamente consagrados en la Ley y cuya forma de disposición está enmarcada por reglas estrictas provenientes de la misma fuente.

Estas reglas son catalogadas en la Ley 23 de 1982 como de interpretación restrictiva y recaen sobre diferentes dimensiones de la transmisión de derechos sobre las obras. Un ejemplo de ello es el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 —modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011—, en el que se exige que los actos o contratos por los cuales se transfieren los derechos de autor deben constar por escrito y deberán ser inscritos en el Registro Nacional del Derecho de Autor con las formalidades que determinen las normas aplicables. Es evidente que la libertad manifestada en la redacción inicial ha de sujetarse a una licitud estrictamente delimitada por el legislador, asegurando así que el ejercicio del operador jurídico se fundamente en una aplicación automática y guiada por lo gramatical, de normas jurídicas preexistentes.

- **Derechos conexos:** siguiendo el análisis planteado para los anteriores derechos, los intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión tienen derechos gracias a la labor del legislador formalista. Tales derechos deben ceder al interés de los derechos de autor y aunque en su redacción inicial carecían de desarrollo suficiente, el legislador en su afán por asegurar que el derecho permita la obtención de respuestas correctas y definitivas expidió diferentes normas posteriores para que el operador jurídico

27 Al respecto se puede consultar la siguiente línea jurisprudencial: sentencia C-334/1993, sentencia C-276/1996, sentencia C-155/1998 y sentencia C-1490/2000.

28 Los derechos patrimoniales de autor han sido definidos por la doctrina como “las facultades de orden económico y pecuniario que le permiten al autor disponer libremente de su derecho y lograr un beneficio material mediante la enajenación de éste” (Ríos Ruiz, 2009, p. 60). Con respecto a los derechos de autor patrimoniales la Corte Constitucional en la sentencia C-276/1996 ha señalado que son: “reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra”.

no necesitara hacer un ejercicio hermenéutico diferente a aplicar de manera gramatical las reglas provenientes de la Ley como fuente del derecho por excelencia de la iusteoría formalista<sup>29</sup>.

Por último, se ha de agregar que la Ley 23 de 1982, además de los mencionados derechos, incluyó las reglas referentes al registro declarativo de obras, reprodujo las normas acerca de la protección temporal de las obras incluidas en la Constitución de 1886, configuró límites a los derechos de autor a través de excepciones taxativas y sentó reglas relativas a contratos (edición, representación, inclusión de fonogramas, etc.), a sociedades de gestión colectiva, sanciones (penales y administrativas) y procedimientos que permitan hacer efectivos los derechos sustanciales de los autores. Se produce de esta manera un agotamiento de la materia por parte del legislador, con aspiraciones de ser exhaustivo, constituyendo una invitación formalista a que el operador jurídico analice textos preexistentes y tenga interpretaciones correctas gracias al detalle con el cual se realizan las regulaciones y reglamentaciones de orden legal.

Ahora bien, considerando que el tercer requisito formulado para la iusteoría antiformalista se fundamenta en la necesidad de no admitir vacíos sobre una materia determinada en el cuer-

po normativo, a lo largo del tiempo el legislador ha hecho un trabajo de complementación de la Ley 23 de 1982, esfuerzo que se da a través de las siguientes normas<sup>30</sup>:

- Ley 44 de 1993: en ella el legislador adiciona a la Ley 23 de 1982 temas referentes a la producción intelectual de empleados y funcionarios públicos, particularidades sobre el registro de obras, profundiza en las funciones de las sociedades de gestión colectiva, establece titulares del dinero que se recauda por sanciones administrativas (multas), crea el derecho a la reserva de nombres de publicaciones periódicas y aclara que los derechos de autor priman sobre los derechos conexos. Esta norma tiene por objetivo asegurar una regulación exhaustiva del régimen del derecho de autor, la cual evidencia parte de la doctrina al señalar que la Ley 44 de 1993: “introdujo una reglamentación más detallada sobre los derechos y deberes de las allí denominadas sociedades de gestión colectiva de derecho de autor y derechos conexos. Reguló en extenso y de manera detallada lo relativo a las infracciones y sanciones por violaciones al derecho de autor y aumentó las penas de prisión y multa de manera considerable, en comparación con la ley 23” (Ríos Ruiz, 2009, p. 9). El formalismo del legislador se confirma con una regulación con aspiración de ser exhaustiva, pues se propende por configurar un ‘derecho completo’ en el cual el legislador sea

<sup>29</sup> El mismo sentido de las normas expedidas en Colombia sobre los derechos conexos se expresa en el *Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales*, adoptado en la mencionada ciudad el 24 de junio de 2012. Este es un ejemplo de interpretación restrictiva y mimética de los derechos de autor, pues su contenido determina un alto grado de formalidades para su ejercicio, transferencia y excepciones, configurando así los requisitos para que los derechos objeto de estudio se enmarquen en una iusteoría formalista.

<sup>30</sup> En principio, para evidenciar el proceso de apropiación de iusteorías descrito a propósito de la TTD solamente se han estudiado las normas locales nacionales. Sin embargo, atendiendo a la relevancia que tiene para el contexto de la Constitución de 1991, se abordarán en el análisis algunas normas internacionales que se han incluido en el sistema jurídico actual a través de leyes proferidas por el legislador. Debe tenerse en cuenta que aunque todas las normas que complementaron o modificaron la Ley 23 de 1982 son posteriores a la Constitución de 1991, la mayoría de ellas desconoce la iusteoría antiformalista y continúan inscribiéndose en el formalismo jurídico propio de la Constitución de 1886.

la fuente del derecho por excelencia y el operador jurídico deba limitar su interpretación a un análisis restrictivo.

Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina: el contenido de esta norma atinente al Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos no se aparta mucho de lo dispuesto por la Ley 23 de 1982. Sin embargo, representa dos avances fundamentales hacia una iusteoría antiformalista: primero, proviene de una fuente del derecho supranacional no tradicional, asegurando multiplicidad de fuentes diferentes al legislador: “hizo su aparición por primera vez la reglamentación supranacional andina en materia de derecho de autor” (Ríos Ruíz, 2009, p. 9); segundo, es de textura abierta y permite que los operadores jurídicos tengan autonomía para llenarla de contenido. Ejemplo de tal textura lo constituye el hecho de reconocer que los derechos en ella incluidos son declarativos y no taxativos, asegurando así la posibilidad de actuación hermenéutica de los operadores jurídicos. Sin embargo, esta aproximación antiformalista seguirá siendo opacada por las normas nacionales que el legislador ha producido al interior del sistema jurídico colombiano.

- Ley 232 de 1995: establece reglas para el funcionamiento de establecimientos de comercio, y en el numeral c) del artículo 20 se ocupa de aquellos donde se ejecuten públicamente obras musicales, esto es, donde se presente una explotación de derechos de autor; se trata de subsanar una posible laguna normativa, pues el tema no había sido contemplado expresamente en la Ley 23 de 1982. Es de resaltar que esta norma recuerda su vínculo con el formalismo al determinar expresamente en su primer artículo, que los operadores jurídicos deben sujetarse a lo que el legislador ordena explícitamente, coar-

tando la posibilidad de acudir a fuentes del derecho no tradicionales en cuanto a la apertura de dichos establecimientos.

- Ley 603 de 2000: el legislador, en su labor de subsanar eventuales vacíos normativos, incluye expresamente en el sistema jurídico la obligación de atender a las reglas propias del derecho de autor en la constitución y administración de sociedades. Es de recordar que dicha aspiración legislativa es una de las tres características identificadas a propósito de la iusteoría formalista.
- Ley 1403 de 2010: adiciona a la Ley 23 de 1982 nuevas disposiciones referentes a la remuneración para los intérpretes en su calidad de titulares de derechos conexos, así como nuevas excepciones a los derechos de autor, específicamente aquellas relacionadas con educación y entretenimiento de trabajadores en establecimientos de comercio. El espíritu de esta Ley permite apreciar que la motivación del legislador respondía a una iusteoría formalista, pues no era otra que subsanar un vacío existente en el sistema jurídico y asegurar la configuración de un ‘derecho completo’ que careciera de vacíos en su formulación (facilitando así el ejercicio posterior de interpretación por parte del operador jurídico)<sup>31</sup>.

31 Con ‘espíritu de la norma’ se hace referencia a la exposición de motivos que fundamentó cada una de las diferentes leyes que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (López Medina, 2008). Por ejemplo, en la *Gaceta del Congreso* nº. 666 del 25 de septiembre de 2008 se lee: “La Decisión 351 de 1993 (al amparo del artículo 30 del Tratado de Creación de la Comunidad Andina de Naciones) ofrece un marco mínimo de protección para el artista, que nuestra legislación nacional no ha asumido hasta ahora ni ha incorporado a nuestro Derecho interno por lo que se refiere a los derechos de remuneración del actor. La propia Ley 23 de 1982 y la Ley 44 de 1993 ofrecen un marco regulatorio adecuado para todos los titulares de derechos de las creaciones audiovisuales, menos para los actores y actrices” (Congreso de la República, 2008). Lo que hace el legislador tradicional en este caso es reconocer que en el sistema jurídico existe un vacío normativo y su aporte —bajo una iusteoría formalista— es llenarlo de contenido para

- Ley 1493 de 2011: aborda de manera directa el tema referente a la industria del espectáculo, reconociéndolo como fundamental para la consolidación de la base de la sociedad y los procesos que fortalecen la identidad cultural del país. Sobre los derechos de autor, reitera que en caso de explotación deberá pagarse por esta y recuerda la labor que al respecto adelantan las sociedades de gestión colectiva. Fue reglamentada por el Decreto 1258 de 2012 desde la perspectiva de temas fiscales y parafiscales. Es posible afirmar que esta norma responde a las características del formalismo, puesto que reitera dentro del ordenamiento jurídico temas ya normativizados de la cultura y del derecho de autor; su diferencia radica en que se refiere expresamente a los espectáculos públicos. Reiterar lo ya existente desde un tema particular materializa los lineamientos formalistas encaminados a agotar el alcance del derecho para que la labor hermenéutica del operador jurídico resulte básica. Es de anotar que esta norma puede tener un enfoque antiformalista pues la

---

evitar lagunas en la interpretación que se haga de estas normas. Esta labor del legislador toma mayor énfasis formalista en el momento en que se reconoce que las leyes existentes hasta el momento son aplicables a los actores, a saber: "lo que sí contienen dichas normas es, sin distinción de titulares, aspectos importantes en la protección del actor que, por ser comunes a todos los creadores, no precisan nueva regulación sino una mera remisión a la legislación vigente" (Congreso de la República, 2008). Sin embargo —y pese a la existencia de normas de naturaleza abierta que son aplicables a los autores— con el ánimo de evitar ambigüedad en la aplicación hermenéutica de tales normas es necesario distinguir expresamente entre los titulares de los derechos en general y hablar de los actores en particular, a saber: "los actores y actrices, como los autores y los músicos, son titulares de derechos intelectuales y participan de manera esencial en el proceso de producción de la obra audiovisual. Por esta razón también es necesario otorgarles unos derechos en plan de igualdad que sean acordes con las formas en que actualmente se explotan comercialmente las obras o creaciones audiovisuales" (Congreso de la República, 2008). Se insinúa entonces una redundancia normativa, pues a pesar de existir normas aplicables el deseo del legislador es ocuparse expresamente de los actores en la redacción normativa. Este interés por llenar vacíos aparentes para asegurar un derecho completo que sea aplicado sin mayores ejercicios interpretativos por los operadores jurídicos evidencia que el régimen del derecho de autor reproduce los lineamientos de una iusteoría formalista.

iniciativa legislativa no proviene del legislador tradicional y se busca responder al contexto.<sup>32</sup>

Ley 1519 de 2012: aplica las normas del derecho de autor vigentes a prerrogativas especiales de protección en casos de distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélites. El hecho que el legislador tradicional reproduzca lo ya existente en el sistema jurídico en un tema no contemplado expresamente

<sup>32</sup> En el marco del análisis que se desarrolla, esta norma representa un 'híbrido' entre el enfoque formalista y el enfoque antiformalista del derecho. La iusteoría formalista se materializa en los siguientes aspectos: primero, el espíritu de la Ley, contenido en la *Gaceta del Congreso* nº. 778 del 14 de octubre de 2011, explica que existen suficientes normas propias del sistema jurídico colombiano que reconocen a la cultura como indispensable para el desarrollo del conglomerado social y que cuentan con una naturaleza abierta que permite su aplicación al tema de los espectáculos públicos: "a nivel mundial se han elaborado declaraciones, resoluciones y convenciones que establecen el derecho a la cultura, los derechos culturales y el reconocimiento de la cultura como uno de los ejes importantes del desarrollo económico, social y cultural (...) La Constitución Política de 1991 de Colombia proclama al Estado como garante de la promoción y fomento de la cultura" (Congreso de la República, 2011a). Pese a la existencia de tales normas, a través de la Ley 1493 de 2011 se reconoce nuevamente —y de manera casi redundante— la importancia de la cultura para el desarrollo social, esta vez referida al caso de los espectáculos públicos. Este énfasis innecesario hace que el legislador propenda por subsumir cualquier posible vacío en la interpretación de sus normas de nivel legal. El segundo aspecto en el cual se evidencia el formalismo jurídico radica en volver sobre lo ya reglamentado de manera general por la Ley 23 de 1982, a saber: la necesidad de reconocer derechos patrimoniales y pagar por la explotación de los derechos de autor. Esta nueva inclusión normativa de lo ya existente, aplicada al caso particular de los espectáculos públicos (que no estaban excluidos por las normas anteriores), evidencia el ánimo formalista del legislador por agotar los diferentes aspectos de la sociedad a través de la regulación jurídica. Ahora bien, el avance de esta norma hacia una teoría jurídica antiformalista se encuentra en la fuente del derecho de la cual proviene la iniciativa legislativa: aunque la Ley finalmente es incluida al sistema jurídico a través del Congreso (por considerar que es el legislador tradicional el legitimado para crear normas con fuerza jurídica suficiente), es el Ejecutivo a través del Ministerio de Cultura quien propone al Legislativo el estudio, discusión y aprobación de esta nueva norma. La pluralidad de las fuentes del derecho es un elemento propio del antiformalismo, por lo cual en este caso resulta importante hacer tal análisis. Además, la norma está respondiendo a necesidades particulares del contexto detectadas a través de estudios realizados por el sector académico del país, configurando de esta manera un segundo elemento iusteórico antiformalista. Se concluye entonces que esta norma representa un hito en el régimen del derecho de autor, pues a pesar de mantener un enfoque formalista del derecho en su contenido presenta una pluralidad de fuentes y el deseo por responder a las necesidades e imperativos planteados por el contexto que regula el sistema jurídico colombiano.

en la Ley 23 de 1982 le da un enfoque formalista en el cual el Congreso —en su condición de fuente del derecho por excelencia— debe evitar la configuración de ambigüedades que pueden resultar siendo vacíos en el derecho. Sin embargo, la procedencia de esta norma puede sugerir un enfoque antiformalista desde la perspectiva del procedimiento legislativo al asegurar una multiplicidad de fuentes<sup>33</sup>.

Ley 1520 de 2012<sup>34</sup>: la exposición de motivos publicada en la *Gaceta del Congreso* nº. 075 de 2012 presenta esta Ley como respuesta a las necesidades y exigencias propias del comercio exterior para garantizar relaciones de intercambio entre Estados Unidos y Colombia. Tal motivación sugiere la necesidad de hacer un cambio casi completo de las disposiciones del derecho de autor para que respondan de manera directa al contexto que regula el ordenamiento jurídico<sup>35</sup>. El deseo de legislar en atención a las necesidades del contexto sugeriría la materialización de uno de los elementos de la iusteoría antiformalista. Sin embargo, analizando el cuerpo normativo de esta Ley aparece que las disposiciones existentes desde la Ley 23 de 1982

33 Al igual que lo analizado a propósito de la Ley 1493 de 2011, la Ley 1519 de 2012 configura un ‘híbrido iusteórico’ entre el formalismo y el antiformalismo. Como en las demás normas analizadas, el legislador reconoce que en el sistema jurídico colombiano actual existen normas suficientes sobre la protección a los derechos de autor, pero le parece valioso reproducirlas en temas diversos no contemplados expresamente en la Ley 23 de 1982. La *Gaceta del Congreso* nº. 809 del 1 de noviembre de 2011, en la exposición de motivos que sustenta la Ley así lo confirma: “los cambios tecnológicos de los últimos decenios, valga mencionar entre otros, los sistemas de recepción de señales en el hogar, las emisiones digitales por satélite, el uso masivo de computadores en red, demandan la aplicación de nuevas orientaciones normativas que recojan estos recientes fenómenos en cuanto ellos conlleven el uso de los bienes protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos” (Congreso de la República, 2011b). El ejercicio formalista del legislador emerge de nuevo al reproducir disposiciones a propósito de temas a los cuales se les pueden aplicar normas ya existentes con tal de contrarrestar eventuales ambigüedades y asegurar que el ejercicio interpretativo del operador jurídico encuentre respuestas completas en el derecho. Tal disminución de ambigüedad se puede interpretar a partir de la siguiente motivación: “este instrumento es un complemento necesario de nuestra legislación vigente, a fin de otorgar una mayor garantía y protección de los titulares de los derechos sobre señales emitidas a través de este tipo de tecnología” (Congreso de la República, 2011b). Ahora bien, la perspectiva antiformalista del derecho se presenta al configurarse uno de los tres elementos identificados anteriormente para esta iusteoría: la multiplicidad de fuentes del derecho. Aunque la Ley objeto de estudio es expedida por el legislador tradicional este no es el autor, simplemente está autorizando la incorporación de una norma internacional al ámbito nacional. Tal incorporación modifica las dinámicas legislativas tradicionales para asegurar, de esta forma, la conformación de nuevas fuentes del derecho que den un enfoque antiformalista al sistema jurídico. Es de anotar que esta diversidad de fuentes no configura por sí sola la existencia de una iusteoría antiformalista, pues faltarían los otros dos requisitos antes mencionados, los cuales están siendo opacados por las características formalistas aquí identificadas.

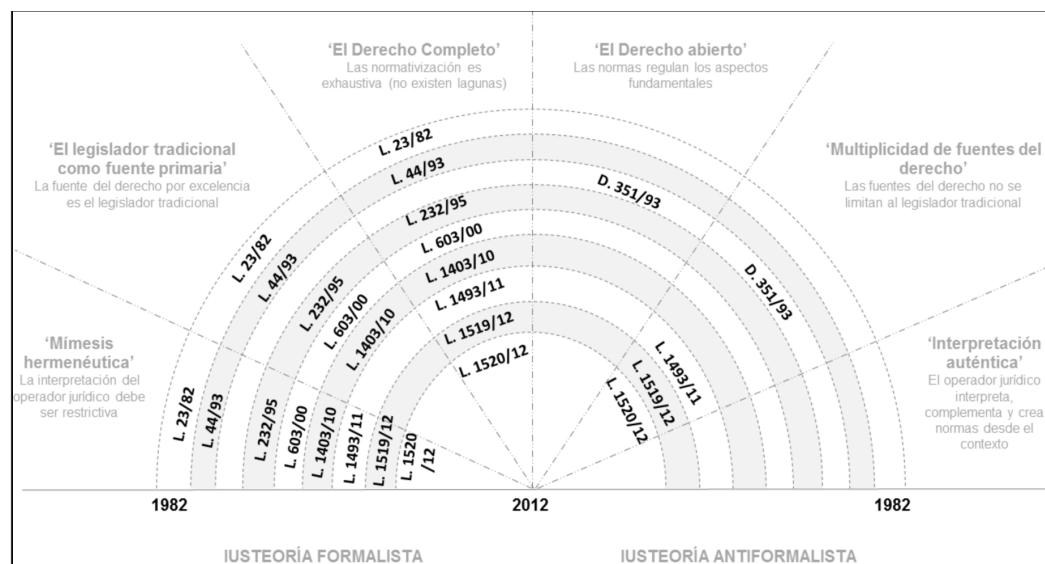
34 Se lo primero señalar que la Ley 1520 de 2012 fue declarada inexistente por la sentencia C-011/2013 expedida por la Corte Constitucional. La razón por la cual fue declarada inexistente se debe a no haber atendido las reglas establecidas para el trámite legislativo. Sin embargo, esta norma será incluida en el análisis que se hace para evidenciar –junto con la Ley 1519 de 2011– la forma en que está siendo abordada ahora la producción de normas referentes al derecho de autor, cuya iniciativa no está proviniendo actualmente del legislador tradicional como fuente del derecho por excelencia sino de otros operadores jurídicos que asumen la iniciativa.

35 En la exposición de motivos de la Ley 1520 de 2012 (ver *Gaceta del Congreso* nº. 075 del 20 de marzo de 2012) se señala: “En el proceso de implementación se identificó que sobre las materias que se enlistan a continuación se requiere efectuar ajustes de orden legal para implementar las disposiciones cuyo cumplimiento es presupuesto para la entrada en vigor del Acuerdo: derechos de autor y derechos conexos; presunción de titularidad; protección de obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas y emisiones de extranjeros; las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor y derechos conexos; derechos exclusivos del autor; plazo de protección del derecho de autor cuando el titular es persona jurídica; autorización requerida del autor, artista, intérprete o ejecutante y productor de fonogramas; derechos exclusivos de los artistas, intérpretes y ejecutantes; derechos exclusivos del productor de fonograma; plazo de protección del derecho conexo cuando el titular es persona jurídica; supresión de la licencia de reproducción; regulación de la retransmisión de señales de televisión a través de internet; medidas tecnológicas de protección e información sobre la gestión de derechos; violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos; violación a los mecanismos de protección de derecho autor y derechos conexos; aplicación de las modificaciones en materia de derechos de autor y derechos conexos; observancia de los derechos de propiedad intelectual; facultades del Juez en procesos por infracción marcaria y de derecho de autor y derechos conexos; destrucción de mercancías pirateadas y falsificadas en procesos judiciales; programación nacional de televisión” (Congreso de la República, 2012).

permanecen incólumes, excepto en lo relativo a la protección a las personas jurídicas titulares del derecho de autor y la inclusión de regulaciones específicas respecto de la protección del derecho de autor en medios tecnológicos (que ya había sido abordado por la Ley 1519 de 2012). Por consiguiente, esta norma continúa teniendo un enfoque formalista del derecho, pues reproduce las disposiciones de la Ley 23 de 1982 y las aplica de manera directa al comercio exterior, y las necesidades del contexto a las cuales se refiere provienen de un análisis abstracto del legislador y no de las situaciones prácticas particulares que se gestan en el conglomerado social. Eventualmente se podría hablar de antiformalismo por el hecho que la iniciativa proviene de una fuente de derecho internacional, aunque finalmente solo reproduce lo ya existente.

Del anterior análisis sobre la motivación y contenido del régimen actual de protección del derecho de autor, las normas se pueden ubicar en el mapa propuesto de la siguiente manera:

**Mapa 2.** Análisis iusteórico del régimen de protección del derecho de autor



Se puede concluir entonces que el régimen actual de derecho de autor tiene una marcada influencia iusteórica formalista, puesto que casi la totalidad de las normas pretenden asegurar un ‘derecho completo’ que regule de manera exhaustiva todos los aspectos relacionados con el derecho de autor. Estas normas son entonces notablemente reglamentarias, en contraposición a la necesidad de normas de textura abierta, tendencia a la que solo escapa la Decisión 351 de 1993.

Como consecuencia de la reglamentación exhaustiva, el operador jurídico al aplicar las normas debe no solo desarrollar interpretaciones restrictivas sino hacerlo de manera mimética respecto a las reglas detalladas en las normas existentes a propósito del derecho de autor, puesto que el legislador ha propendido por evitar vacíos (ambigüedades o lagunas) en el régimen jurídico objeto de análisis. Resulta relevante señalar que en el actual régimen del derecho de autor las normas son tan detalladas que no hay espacio para que el operador jurídico pueda

desarrollar interpretaciones amplias ni auténticas de las disposiciones referentes al tema, y mucho menos complementar o crear fácilmente derecho desde su contexto particular.

Por último, es particularmente interesante mostrar cómo al inicio de la consolidación del régimen del derecho de autor el ‘legislador tradicional’ era la fuente del derecho por excelencia y en los últimos años se ha abierto la posibilidad a otras fuentes diferentes. Pese a este avance, la función de la norma sigue siendo agotar los temas sobre los cuales debe existir una regulación exhaustiva respecto del derecho de autor.

Producto de esta evaluación ha de concluirse que no existe plena coherencia entre la iusteoría antiformalista propia del sistema jurídico actual y el régimen del derecho de autor. Por lo tanto, se han de formular estrategias concretas para que el régimen del derecho de autor pueda apropiar normas de naturaleza abierta, que provengan de fuentes diversas y permitan al operador jurídico realizar interpretaciones auténticas fundamentadas en las necesidades, imperativos y características del contexto dentro del cual se encuentra inmerso.

## 1. Las licencias *creative commons* como una propuesta de alineación iusteórica

Para responder a la necesidad de lograr una alineación iusteórica entre el antiformalismo contemplado por el actual sistema jurídico colombiano y el régimen de protección del derecho de autor existen múltiples propuestas que han de ser analizadas en el marco del proceso tendien-

te a la coherencia. En este propósito particular se analizarán, en calidad de propuesta normativa, las licencias *creative commons* a partir de los tres elementos identificados para las iusteorías ya mencionadas, para poder determinar el lugar en el cual se ubican dichas licencias. Así, el análisis girará en torno a la naturaleza de las normas que las conforman, las fuentes del derecho de las cuales provienen y el rol que el operador jurídico debe cumplir a partir de tales elementos.

• **Naturaleza de las normas:** las *creative commons* surgen como respuesta a un régimen jurídico del derecho de autor de aplicación restrictiva, en el cual las dinámicas de creación se ven coartadas por la existencia de reglas detalladas y de naturaleza estricta (Forsythe y Kemp, 2008)<sup>36</sup>. Esta coerción a la creación ha sido denominada por Carroll como *copyright events* y busca explicar que las reglas tradicionales de protección al derecho de autor han entrado en una decadencia dramática frente a las exigencias de un mundo contemporáneo cambiante y dominado por las nuevas tecnologías (Carrol, 2006).

En este sentido, el creador de la propuesta de

36 Como ejemplos de problemas jurídicos generados por la rigidez de las normas del derecho de autor tradicional, Forsythe y Kemp (2008) hacen evidentes, entre otros, los siguientes: la parodia realizada en la primera película de Mickey Mouse (*Steamboat Willie*) a propósito del personaje Buster Keaton's de la película *Steamboat Bill, Jr.*, y el caso *Eldred vs. Ashcroft* (537 U. S. at 186), relacionado con la creación de una biblioteca digital con obras de diferentes autores, donde se presenta un debate en torno a la necesidad o no de solicitar autorización para realizar una obra original compleja. Así se muestra que la labor encaminada a realizar nuevas creaciones entra en conflicto, pues las reglas existentes sobre derecho de autor llevan a interpretar que varias nuevas creaciones están incurriendo en vulneración de derechos de autor.

las licencias *creative commons* reconoce que el régimen tradicional de derechos de autor en el cual él mismo estaba inmerso representa un entramado complejo de reglas de difícil aplicación práctica<sup>37</sup>. Por tal razón, apela a la idea de acceso libre a la información para fundentar un nuevo alcance para la protección del autor y sus derechos. Según Lessig (2001), tal libertad se configura si las personas pueden usar los recursos sin la autorización de nadie o si la autorización que se necesita para usar el recurso se concede de manera neutral<sup>38</sup>.

Como consecuencia de tales ideas de libertad, la propuesta *creative commons* se fundamenta en una serie de licencias inspiradas en condiciones previamente establecidas por los promotores de esta iniciativa y que los autores pueden aplicar a sus obras según lo mande su libre criterio (Pallas Loren, 2006). Así, las licencias están inspiradas por cuatro condiciones generales para la utilización de obras, a saber:

atribución<sup>39</sup>, no comercialización<sup>40</sup>, no realización de obras derivadas<sup>41</sup> y obligación de compartir igual<sup>42</sup> (Creative commons Colombia, s. f.; Forsythe y Kemp, 2008). Cada autor puede decidir aplicar una o varias de estas condiciones a sus obras y configurar autónomamente y de acuerdo con sus necesidades seis licencias con alcances diferentes<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Hace referencia a que terceros no autores tengan la posibilidad de "copiar, distribuir, mostrar y ejecutar el trabajo patentado y todos los derivados del mismo. Pero dando siempre testimonio de la autoría" (Creative Commons Colombia, s. f.).

<sup>40</sup> "Esta opción permite a otros copiar, distribuir, mostrar y ejecutar el trabajo patentado y todos los derivados del mismo, pero únicamente con propósitos no comerciales" (Creative Commons Colombia, s. f.).

<sup>41</sup> "Esta opción permite a otros copiar, distribuir, mostrar y ejecutar solo copias literales del trabajo patentado, no estando autorizado ningún tercero a realizar trabajos derivados del mismo" (Creative Commons Colombia, s. f.).

<sup>42</sup> "Esta licencia permite a otros realizar trabajos derivados pero únicamente bajo una licencia idéntica. Este tipo de licencia, únicamente aplica a obras derivadas" (Creative Commons Colombia, s. f.).

<sup>43</sup> Para claridad del lector, a continuación se explica cada una de las licencias que aparecen en la página web de Creative Commons Colombia:

1. "Atribución: el material creado por usted puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos".
2. "Atribución – Sin Derivar: el material creado por usted puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se pueden realizar obras derivadas".
3. "Atribución – Sin Derivar – No comercial: el material creado por usted puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas".
4. "Atribución – No comercial: el material creado por usted puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial".
5. "Atribución – No comercial – Compartir igual: el material creado por usted puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original".
6. "Atribución – Compartir igual: el material creado por usted puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en

<sup>37</sup> Lessig (2001) también reconoce la dificultad que representa el régimen tradicional del derecho de autor de su contexto en la aplicación práctica y la exemplifica en el campo del cine. Reconoce que, en general, existen 'derechos claros' en el proceso de producción de una película y que no existe debate en torno a la necesidad de pedir permiso al creador de la obra en la cual se basa la película o al autor de la banda sonora. Sin embargo, admite que bajo las reglas actuales del derecho de autor se ve distorsionada tal claridad en los derechos, si se tiene en cuenta que en estricto sentido también se debería pedir permiso a todos aquellos autores cuyas obras aparezcan de manera accidental durante el rodaje: los afiches que ambientan la habitación donde se hace la filmación, señales, advertencias y muchas otras creaciones que pueden ser pequeñas en su apariencia pero que cuentan con la autoría de alguien. Estos ejemplos abren el debate para que Lessig (2001) proponga un nuevo alcance al derecho de autor tradicional.

<sup>38</sup> El parafraseo de la obra del autor se desprende de la siguiente cita textual: "A resource is "free" if (1) one can use it without the permission of anyone else; or (2) the permission one needs is granted neutrally" (Lessig, 2001, p. 12).

Ha de resaltarse que estas condiciones recaen sobre aspectos fundamentales del derecho de autor y se alejan considerablemente de una regulación exhaustiva del régimen relacionado con el tema (Pallas Loren, 2006). Entonces, es posible hablar de una naturaleza abierta de estas normas, que trasciende las categorías formalistas y cumple el primer requisito exigido por el enfoque antiformalista del derecho.

- **Fuentes del derecho:** la propuesta de protección de los derechos de autor a través de *creative commons* surgió de una iniciativa académica y se consolidó a través de una estructura privada a la cual pueden adherirse libremente los autores (Harrison, 2003). Tal iniciativa privada se inspira en el principio de “libertad creativa” (*creative commons*, s. f.)<sup>44</sup>, de tal manera que pretende alejarse de las estrictas reglas generadas por el legislador tradicional para permitir que los autores tengan la posibilidad de fijar los términos bajo los cuales se podrán usar y modificar sus obras por terceros (Schaeffer, 2008).

La propuesta *creative commons* se aparta de la fuente tradicional del derecho para dar paso

---

los créditos. Las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original”.

44 Creative Commons surge de la iniciativa de Lawrence Lessig como una respuesta alternativa a los inconvenientes generados por el derecho y que fueron identificados anteriormente, a saber: “La organización sin fines de lucro creada por Lawrence Lessig, profesor de derecho en la Universidad de Stanford y autor de importantes textos sobre ley del ciberespacio, tiene como idea central ofrecer un modelo legal de licencias y una serie de aplicaciones informáticas que faciliten la distribución y uso de contenidos dentro del dominio público” (*creative commons Colombia*, s. f.). Respecto al origen de *creative commons* como una iniciativa privada se invita a consultar, entre otras fuentes, el artículo de Harrison (2003).

a iniciativas privadas que regulan de manera autónoma la forma de uso y modificación de las obras (Schaeffer, 2008). Es de recordar que la multiplicidad de fuentes –alejándose del legislador tradicional– es el segundo elemento identificado a propósito de la iusteoría antiformalista, razón por la cual se estarían cumpliendo en este caso dos de las características propias del antiformalismo que inspira el actual sistema jurídico en Colombia. A propósito de la necesidad de asegurar coherencia entre la iusteoría de cada sistema jurídico y los regímenes jurídicos que lo componen, la propuesta *creative commons* empieza a sugerirse como válida para materializar los objetivos planteados a propósito del proceso de alineación iusteórica<sup>45</sup>.

- **Rol del operador jurídico:** las licencias *creative commons* se enmarcan dentro de “un proyecto internacional que tiene como propósito fortalecer a creadores para que sean quienes definan los términos en que sus obras pueden ser usadas, qué derechos desean entregar y en qué condiciones lo harán” (*Creative commons Colombia*, s. f.). Aquí, el autor, entendido como operador jurídico que se relaciona con el derecho, es el llamado a aplicar libremente las normas a partir de las cuales serán ejercidos los derechos producto de su creación

---

45 Es de anotar que aunque las licencias *creative commons* resultan ser coherentes con la iusteoría antiformalista que inspira el sistema jurídico colombiano actual, su uso no es generalizado en el país. Aunque a la fecha no se ha realizado un estudio que determine las causas comprobables de esta situación, a manera de discusión académica se pueden proponer dos: 1) el desconocimiento de la existencia, alcance y límites de estas licencias; y 2) el apego a la tradición formalista del país genera que las licencias puedan ser interpretadas como sinónimo de inseguridad jurídica.

intelectual. Este ejercicio le permite tener un rol protagónico en el sistema jurídico, pues está habilitado para determinar el régimen de protección de los derechos de autor que será aplicable a cada una de sus obras (Forsythe y Kemp, 2008). Así, la posibilidad que el operador jurídico tiene para interpretar unas normas de naturaleza abierta que provienen de fuentes no tradicionales, le permite generar interpretaciones auténticas que se materializan en seis posibles vertientes<sup>46</sup>.

Siendo consecuentes con lo anterior, la propuesta *creative commons* se podría ubicar en el mapa de análisis iusteórico de la siguiente manera:

**Mapa 3.** Análisis iusteórico de la propuesta creative commons

En el proceso de encontrar propuestas prácticas que se encaminen a asegurar alineación iusteórica entre el antiformalismo propio del actual sistema jurídico y el régimen de protección del derecho de autor resulta plausible afirmar que la propuesta *creative commons* responde a las exigencias iusteóricas planteadas para las normas jurídicas. Esto se justifica en el hecho que esta propuesta de regulación normativa se configura a partir de normas de naturaleza abierta, provienen de fuentes del derecho diversas a la visión del legislador tradicional y permiten que el operador jurídico asuma un rol protagónico en la interpretación y apropiación de disposiciones de protección. De esta manera, sería viable aplicar en Colombia el sistema de condiciones y licencias *creative commons* como una solución práctica al pro-



46 A la fecha no se han proferido pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia relativos a las licencias *creative commons*, por lo cual no se tienen referentes empíricos de la interpretación que estas reciban en nuestro actual sistema jurídico.

blema de desarticulación entre el enfoque del sistema jurídico y el régimen del derecho de autor.

### III. CONCLUSIONES

Cada sistema jurídico responde a una iusteoría (o a un conjunto de elementos de esta). Las iusteorías se construyen a partir del contexto en el cual son apropiadas, como producto de un proceso de transplante transnacional de teorías. En el caso colombiano, el sistema jurídico de la Constitución de 1886 se inscribió en una iusteoría formalista, en virtud de la cual el legislador es entendido como fuente principal (y casi única) del derecho, razón por la que está llamado a regular y reglamentar de manera exhaustiva todas las situaciones que se presenten en el conglomerado social. Tal normativización exhaustiva asegura la configuración de un ‘derecho completo’, es decir, un entramado de normas en el cual se reduce al máximo la posibilidad de existencia de vacíos o lagunas jurídicas. A falta de lagunas, el operador jurídico está llamado a implementar interpretaciones restrictivas de las normas, por lo cual su labor hermenéutica en la mayoría de los casos deviene en un ejercicio silogístico básico.

A partir de la década de 1980, ciertos sectores académicos del país identificaron la necesidad de trascender las categorías tradicionales del formalismo para adscribirse a una teoría antiformalista del derecho. Aunque en principio no tuvo gran incidencia práctica el llamado que se hacía desde la academia, con la Constitución de 1991 el sistema jurídico se adscribió a una iusteoría antiformalista. Tal iusteoría se caracteriza por los siguientes elementos: las normas que hacen parte de este tipo de sistemas jurídicos

deben ser de naturaleza abierta, de tal manera que no se generen regulaciones exhaustivas sino que se reglamente lo fundamental; las normas deben provenir de múltiples fuentes, de modo que no se limite la producción normativa a la labor que el legislador tradicional adelanta; y, finalmente, la naturaleza abierta y la multiplicidad de fuentes debe permitir al operador jurídico realizar interpretaciones auténticas del derecho, de suerte que pueda complementar y crear normas a partir de las necesidades e imperativos que su propio contexto le plantea.

A pesar de este cambio iusteórico algunos regímenes jurídicos actuales se inspiran en la iusteoría formalista propia de la anterior Constitución. Tal es el caso del actual régimen del derecho de autor, el cual exige, la mayoría de las veces, que el operador jurídico haga interpretaciones restrictivas a partir de un ‘derecho completo’ consolidado por el legislador tradicional. La identificación de esta falta de coherencia iusteórica sugirió la idea de generar propuestas prácticas para superar la situación de no alienación. Una de tantas está configurada por la iniciativa *creative commons*, una alternativa de protección a los derechos de autor viable para el actual sistema jurídico y su iusteoría, pues se encuentra consolidada por normas de naturaleza abierta, ha surgido desde fuentes del derecho que trascienden la tradicionalidad del legislador y, en consecuencia, permiten que el operador jurídico pueda realizar interpretaciones auténticas a partir de la realidad del contexto en el cual se encuentra inmerso.

Se plantea así un posible proceso de alineación iusteórica aplicada a un caso concreto, la cual configura una mera propuesta académica que ha de ser leída, complementada y mutada en contextos diversos que constituyan a los lectores en autores.

## Referencias

- Barreto Rozo, A. (2011). *Venturas y desventuras de la regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX.* Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Barría Paredes, M. (2011). *El elemento de interpretación gramatical: su origen en Savigny, algunos autores modernos y la Doctrina Nacional.* Recuperado de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.8-BARRIA.pdf>
- Bloom, H. (1995). *A map of Misreading.* Oxford: Oxford University Press.
- Caro, M. A. (1888). *Artículos y discursos.* Bogotá: Librería Americana.
- Carroll, M. W. (2006). Creative commons and the new intermediaries. *Michigan State Law Review*, 2006(45), 45-65.
- Colombia. Congreso de la República. (2008). *Gaceta del Congreso nº. 666 del 25 de septiembre de 2008.* Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)

- Colombia. Congreso de la República. (2011a). *Gaceta del Congreso nº. 778 del 14 de octubre de 2011.* Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)
- Colombia. Congreso de la República. (2011b). *Gaceta del Congreso nº. 809 del 1 de noviembre de 2011.* Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)
- Colombia. Congreso de la República. (2012). *Gaceta del Congreso nº. 075 del 20 de marzo de 2012.* Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-334/1993.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-476/1993.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-276/1996.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-155/1998.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1490/2000.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-053/2001.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-011/2013.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-406/1992.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-486/1993.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-322/1996.
- Creative Commons Colombia. (s. f.). Recuperado de <http://co.creativecommons.org/quienes-somos/>
- Forsythe, L. y Kemp, D. (2008). Creative commons: for the common good? *University of La Verne Law Review*, 30, 346-369.
- Gény, F. (1902). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus Editores.
- Gény, F. (1914). *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Paris: Librairie Recueil Sirey.
- Gény, F. (1954). *Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law*. New Orleans: Louisiana State Law Institute.
- Harrison, J. (2003). Creativity or commons: a comment on professor Lessig. *Florida Law Review*, 55, 795-805.
- Herrera, F. (1994). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Lessig, L. (2001). *The future of ideas: The fate of the commons in a connected world*. New York: Vintage.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2008). *La letra y el espíritu de la ley: reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Temis.
- Nieto, A. L. E. (1971). *La interpretación de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Pabón Cadavid, J. A. (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista de la Propiedad Intelectual*, 13, 59-104.
- Pallas Loren, L. (2006). Building a reliable semi commons of creative Works: enforcement of creative commons licenses and limited abandonment of copyright. *Geo. Mason L. Rev.*, 14(2), 271-328.
- Posner, G. J. (2005). *Analyzing the curriculum*. (3<sup>ra</sup> ed.). New York: McGraw-Hill.
- Ríos Ruiz, W. (1998). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Ediciones Uniandes-Editorial Temis.
- Sousa Santos, Boaventura de. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la*

- posmodernidad.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Savigny, F. C. (2004). *Sistema de derecho romano actual.* Madrid: Editorial Analecta.
- Schaeffer, M. (2008). Contemporary issues in the visual art realm: how useful are creative commons licenses? *Journal of Law and Policy*, 17, 359-402.