

Limitaciones y excepciones al derecho de autor en Colombia. Entre el derecho de cita y el plagio

Juan Carlos Cardona Gómez *

Resumen

Este trabajo, como un ejercicio de reflexión académica y argumentativo, realiza un acercamiento a las limitaciones y excepciones al derecho de autor y a las actuales fricciones que se presentan entre sus defensores y detractores, en especial con respecto al derecho de cita, dada la trascendencia que tiene su leal ejercicio para el desarrollo cultural de los pueblos. Al mismo tiempo se asume el estudio de las deformaciones en que se incurre, de buena o mala fe, al utilizarse la cita en contra de los usos honrados y de los códigos lingüísticos y bibliográficos que rigen su naturaleza y permiten su utilidad en el discurso académico e investigativo, llegándose incluso hasta la consumación del plagio como conducta atentatoria contra la obra protegida por la propiedad intelectual.

Palabras clave

Derechos de autor, derecho de cita, intertextualidad, limitaciones y excepciones al derecho de autor, obra protegida, plagio, propiedad intelectual, usos honrados.

Fecha de recepción:
Septiembre 2017

Fecha de aceptación:
Noviembre 2017

* Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Empresarial de la Universidad de Manizales y Autónoma de Bucaramanga, y magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá). juanccgomez@hotmail.com

Abstract:

This work, as an exercise in academic and monographic argumentative reflection type zooms to the limitations and exceptions to copyright and current frictions that arise between his supporters and detractors, especially regarding the right of appointment, given the importance that his loyal exercise for the cultural development of peoples. At the same time the study of deformation incurred in good or bad faith, to quote used against fair practice and linguistic codes and bibliographic governing nature and allow its use in academic discourse is assumed and research, reaching even to the consummation of plagiarism as an infringement conduct against protected by intellectual property work, a concept that purpose, and it may be anticipated conclusion must be reassessed, given the tensions that today hover over their content, during the emergence and development of new information technologies and communication, considered them as one of the important factors that induce and provoke change.

Key words

Copyright, right of appointment, intertextuality, limitations and exceptions to copyright, copyrighted work, plagiarism, copyright, fair use.

Final submission:
September 2017

Acceptance:
November 2017

Introducción

Posiblemente al tratar el tema objeto de este trabajo viene a la memoria de quienes lo han trasegado o han estado cerca de él, la tensión cotidiana entre dos polos opuestos, relacionados el uno con la facultad de usar la producción intelectual ajena, y el otro con la apropiación ilegal de la obra y el mérito de un tercero. Con el derecho de autor de un lado y por el otro, con el mayor de los fraudes que atentan contra ese derecho: el plagio.

La búsqueda y el mantenimiento de puntos limítrofes o de hitos, en términos generales, no deja de ser una tarea dispendiosa, máxime cuando ellos no se diseñan sobre bases materiales o físicas fáciles de percibir, y en cambio se relegan sus señas al trazo

de líneas imaginarias, en veces caprichosas, no siempre sencillas de interpretar y aceptar por parte de quienes las discuten y pretenden beneficiarse del contenido que ellas encierran. En materia de propiedad intelectual sucede esto último: los límites entre lo propio y lo ajeno sólo existen en abstracto, en forma inmaterial, trazados así por las normas y Leyes que regulan la materia.

Lo anterior no significa que esos límites no existan, sólo que no son tan claros como pareciera, sobre todo desde la óptica hermenéutica de la misma producción intelectual, de su tratamiento y lectura, más que de la misma Ley que en teoría fija las bases sobre las cuales debe entenderse y aplicarse ese sustrato material, aunque también, digámoslo, genera en no pocas oportunidades, como en muchas de las tratadas en este trabajo, discusiones sobre su interpretación.

Es importante anticipar que actualmente el tema de las “limitaciones y excepciones al derecho de autor”, de las cuales forma parte el “derecho de cita”, está siendo centro de atención y movilización por parte de distintos grupos de interés¹ que no ven con muy buenos ojos algunos de los privilegios que otorga la propiedad intelectual a los autores. Esos grupos, argumentan por el contrario, que las prebendas de los autores en algunos tópicos, deberían ser cada vez menores, y en cambio se hace necesario ampliar el campo de acción de esos aspectos excepcionales no vinculados con los derechos exclusivos de autor ni con los contenidos que reposan en el dominio público,² siendo estos últimos al decir del artículo 187 de la Ley 23 de 1982 colombiana: las obras cuyo período de protección esté agotado, las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos, las obras cuyos autores hayan renunciado a sus dere-

¹ Por ejemplo el “Creative Commons (CC)”, organización internacional basada en U.S.A cuyo propósito principal es la reproducción y distribución de contenidos y programas libres a través de licencias web (co.creativecommons.org). Para este tipo de organizaciones en materia de derechos de autor debe primar el lema de “Algunos derechos reservados” sobre aquel tradicional que advierte “Todos los derechos reservados”.

² Sobre el concepto de “dominio público” y sus manifestaciones puede consultarse http://es.wikipedia.org/wiki/Dominio_p%C3%BAblico.

chos, y las obras extranjeras que no gocen de protección en la República.³

La actividad de “citar” a otros toca todo el tiempo con muchas actividades que realizamos dentro de nuestra cotidianidad laboral, académica y profesional, lo cual es una razón más para considerar su trascendencia en todos los rincones del desarrollo económico, social y cultural, de ahí que sus límites deban ser protegidos y respetados por la comunidad de autores y por todas las personas que interactúan en ese campo y cada vez que lo hagan.

Ahora bien, el concepto de originalidad que transversaliza y cimienta toda la institución del Derecho de Autor y que debe ser tenido en cuenta de forma celosa a la hora de ejercitar las facultades que otorgan esas limitaciones y excepciones, no ha estado huérfano de ataques fraudulentos en su contra a través de la historia de la humanidad, pero es sólo hacia finales del siglo XVIII que se reconoce su importancia, como una conquista colateral de la revolución francesa. Ya desde la antigüedad (entre los helenos y los romanos) se gestaban entre los autores de la época reclamaciones y acusaciones de plagio, apareciendo allí por primera vez el término “plagiario”.

Hoy en día, con la aparición de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante TICS), especialmente de la internet, insumo importante este para que se haya acuñado desde un tiempo para acá los términos de “sociedad de la información” y “sociedad del conocimiento”,⁴ se hace mucho más apremiante el esfuerzo por proteger las obras intelectuales, dado el

³ En relación con la renuncia a los derechos de autor, caso en el cual la obra queda por fuera de la protección legal y pasa al dominio público, puede referirse lo que sucede con el “Programa de Afiliación” de Google Books para autores y editores, el cual consiste en la autorización que ellos entregan a la compañía de contenidos digitales para que sus obras (en este caso libros) puedan ser publicadas total o parcialmente en su sitio web, y de ese modo sean vistas y consultadas por todo aquel que lo desee.

⁴ Los conceptos de “sociedad de la información” y “sociedad del conocimiento”, fueron acuñados para destacar, con el primero de ellos, la importancia de las nuevas tecnologías que emergían y que traían consigo la posibilidad de compartir, amplificar y almacenar de forma mucho más rápida y en mayor medida toda clase de información, y con el segundo de los conceptos, se instituyó el “conocimiento” como el centro de la riqueza de la sociedad moderna.

poder invasivo que tienen las TICS sobre la intimidad de las personas, aunque en el sentir de otros, es esa misma apertura tecnológica la oportunidad ideal para morigerar ese pretendido amparo. De hecho mucha de la bibliografía de este estudio, mejor conocida como cibergrafía, se obtuvo de la red de redes. No obstante las TICS y los derechos de autor, y en especial la aplicación del derecho de cita a través de la internet, constituyen un tema que por su importancia, particularidades, auge y amplitud merece un tratamiento y desarrollo en un trabajo aparte, razón por la cual dicho asunto no será objeto del presente análisis.

Con el avance de los tiempos y una mayor necesidad de protección jurídica y económica para los autores de diferentes obras, se hizo urgente la expedición de Leyes y demás normas y convenciones sobre propiedad intelectual, destacándose así su importancia. Además, porque se buscaba también garantizar a todas las personas el acceso a la cultura y al conocimiento.

En honor, pues, al tratamiento disciplinario íntegro que reclama la materia autoral, es necesario y pertinente dejar por sentado antes del desarrollo de este trabajo, que no obstante cimentarse su elaboración sobre un discurso jurídico propio, también considera algunos elementos no menos importantes, y por tanto muy válidos, útiles y necesarios, de otras áreas del conocimiento que aportan a él, tales como la literatura, la historia y la lingüística, esta última con participación significativa, como se observará *a posteriori*, en tanto nos provee la noción de la *intertextualidad* como categoría conceptual basilar, al momento de comprender y contextualizar el fenómeno de la citación. De aquí que sea menester en su abordaje consultar los postulados de la *intertextualidad*, de manera que pueda comprenderse íntegramente su alcance y particularidades, más aún en el caso que la cita constituya un objeto de análisis en materia de plagio.

Será objetivo entonces del estudio planteado, realizar un acercamiento expositivo y argumentativo al punto medio que sirve como frontera entre el derecho de cita, la cita excesiva y abusiva, la cita incorrecta y el plagio, entre otros aspectos, no sin desagregar previamente algunos conceptos relacionados y de mucho interés para el cabal entendimiento de uno y otro asunto.

1.1 Sistema de limitaciones y excepciones al derecho de autor

Distintos ordenamientos jurídicos existentes en materia de Derechos de Autor, después de elaborar la reglamentación normativa dedicada a salvaguardar los derechos de los autores o creadores, destinan un acápite a la regulación de las que serán las limitaciones y excepciones de tipo patrimonial a esos derechos de autor en clara compensación a los derechos de la sociedad, de acceso a la cultura y al conocimiento. El contenido del sistema de las limitaciones y excepciones no es uniforme entre los países que lo consagran, aunque tampoco dichas consagraciones distan mucho unas de otras.

Son varios los actos que constituyen el conjunto de limitaciones y excepciones al derecho patrimonial que tiene el autor sobre su obra, los cuales están consagrados, con respecto al caso colombiano, tanto en el Convenio de Berna, como en la normatividad andina (Decisión 351 de 1993) y en la Ley 23 de 1982, a saber:

- a) El derecho de cita, que será objeto de desarrollo a través del presente estudio.
- b) La copia o reproducción destinada para el uso personal

Cualquier persona puede reproducir por diversos medios, una obra literaria o científica para su uso privado, siempre y cuando esa intención sea sin ánimo de lucro. Esta autorización legal lo que hace es reconocer el derecho que tiene toda persona de acceder a la información, al conocimiento y a la cultura. El artículo 37 de la Ley 23 de 1982 regula esta clase de limitación al decir que “Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.” Este precepto limita la copia para uso privado a las obras literarias o científicas, dejando por fuera las obras artísticas, como claramente lo observa Ríos (2009), selección que no es caprichosa, y que debe interpretarse de forma restrictiva al constituir ella una limitación y excepción a los derechos de autor, pues la “naturaleza única” que caracteriza la obra artística, según el autor citado, justifica su exclusión del derecho de reproducción contenido en el artículo 37 analizado.

Por su parte la Decisión Andina 351 de 1993 recoge dicha limitación en su artículo 3 cuando expresa que el *uso personal* consiste en la “Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.”

Haciendo una lectura detenida de la norma nacional y de la regulación andina, en punto de la limitación que se analiza, puede observarse que la primera alude al concepto de *copia privada*, mientras que la segunda refiere el término de *uso personal*. Ambos términos difieren entre sí. En eso coinciden la doctrina y nuestra misma Corte Suprema de Justicia.⁵ El primero de ellos y más exactamente el de la *copia para uso privado* tiene como característica que la reproducción de dicho ejemplar puede hacerse en un ámbito particular en el que pueden converger varias personas en función de ese ejemplar, como es el caso de un grupo de estudio que tiene como objeto el trabajo sobre esa obra. En cambio el concepto de *uso personal* restringe el campo de la utilización de la copia a la órbita de un solo individuo que se beneficia o disfruta de la obra reproducida.

En síntesis, nuestra legislación consagra en la materia un concepto más amplio, que el de la normativa supranacional andina que es más restrictivo, por lo menos en lo que respecta al número de personas que pueden hacer uso de la obra reproducida, porque si vamos al análisis del tipo de obras que pueden usarse, la Decisión 351 deja abierta la compuerta para que sea utilizada cualquier tipo de obra, mientras que la regulación nacional sólo habla de la reproducción de obras literarias o científicas, dejando por fuera las obras artísticas. En este punto específico el artículo 3 de la Decisión andina encuentra cercanía con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 23 de 1982 como se verá enseguida. Reconociendo las particularidades acotadas es necesario advertir entonces que estamos en frente de dos limitaciones al derecho de autor diferentes.

⁵ Ver sentencia de casación, proceso 31403, página 43, allí se cita como referencia al profesor Wilson R. Ríos R.

Otra limitación que trae la Ley 23 de 1982 y que en veces se agota en el análisis de las anteriores pero que es diferente también de ambas, aunque tienen puntos de contacto, es la que recoge el artículo 44 que establece que “Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro.” A contrario sensu de lo establecido por el anterior artículo 37, el artículo 44 sí permite, además, en un sentido amplio el *uso personal*, que no ya el de reproducción, de la obra artística. Hay en esta afirmación una diferencia de fondo con la disposición comunitaria del artículo 3 como ya se indicó atrás, porque según ésta última es posible también hacer uso personal de la obra artística mediante su reproducción. Para darle cabal cumplimiento a lo establecido en esta disposición, y con el fin de diferenciarla de las dos limitaciones anteriores, es necesario entender el concepto de “domicilio”, desarrollado por los artículos 76 y siguientes del Código Civil Colombiano. Para nuestra Corte Constitucional, por su parte, “La definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad”.⁶ En resumidas cuentas es posible hacer uso libre de cualquier obra científica, artística o literaria en el lugar de residencia o habitación de una persona, siempre y cuando esa utilización sea sin ánimo de lucro.

No tiene que hacerse dentro de su propio domicilio, la norma no lo obliga, pero sí tiene que constituir el lugar de ese uso un domicilio privado. Por ejemplo una persona que se encuentre alojada en la habitación de un hotel, está previamente autorizada por la norma que comentamos para hacer el citado uso por cuanto esa habitación constituye un domicilio privado. Distinto es que el pretendido uso se lleve a efecto por fuera de esas habitaciones, pues en tal caso este no será libre.

⁶ Ver sentencia C 024 de 1994.

En suma, las primeras dos limitaciones comentadas en este acápite se ocupan de detallar la forma en que ese *uso personal* y el de la *copia privada* deben hacerse, mientras que la tercera señala el lugar físico en el cual se ejercita ese derecho.

c) Uso de obras para fines de enseñanza

Pueden utilizarse sin el consentimiento del autor obras para cumplir con las finalidades de la educación. Es este el escenario propicio para acceder a los productos de la ciencia y de las artes, de allí que los derechos de autor, cumpliendo ciertas condiciones, sean puestos al servicio de los profesores. La Ley permite la utilización de obras literarias y artísticas o parte de ellas a título de ilustración en actividades de enseñanza, siempre que la finalidad esté justificada y no medie ánimo de lucro en ella. Al igual que en la cita, existe la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras empleadas en las actividades educativas. (Artículo 22 Literal b, Decisión 351 de 1993 y 32 Ley 23 de 1982).

La utilización práctica de esta limitación a los derechos de autor desde el punto de vista legal, tanto nacional como comunitariamente según las normas anteriores, está condicionada a la reproducción reprográfica de las obras que habrán de constituir el material educativo objeto del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Este planteamiento a la luz del ordenamiento jurídico vigente, contrastado con el panorama actual de las nuevas TICS, obliga a considerar hasta dónde es permitido el uso digital de la información con fines de enseñanza en razón de la limitación examinada.⁷ La respuesta es que no resulta posible hacerlo, en tanto el único medio de soporte material de las obras que se destinan a la enseñanza es el reprográfico, esto es la fotocopia, la fotografía y el facsímil. Es más, habría que ver si la misma

⁷ Esta consideración fue basada en un documento que me ha compartido amablemente el profesor Luis Ángel Madrid B. de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, quien ha venido con mucho rigor asesorándome en este trabajo, y con ocasión de una consulta que le ha elevado a la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia (DNDA), sobre la aplicación que tiene la limitación del “Uso de obras para fines de enseñanza” a través de los medios digitales, y cuya respuesta le fue entregada vía correo electrónico el día 16 de octubre de 2014, bajo el radicado No 1-2014-49480.

impresión tradicional de documentos pudiera incluirse en esta lista, toda vez que para que ella pueda realizarse, es necesario previamente contar con la existencia del documento digital que se pretende imprimir, y cuando esto sucede ya se ha incumplido con el requisito de la reprografía.

La solución a la que se llega cuando se alude a la reprografía como único medio de reproducción de obras destinadas a la enseñanza, encuentra razón de ser en virtud de una hermenéutica restrictiva que debe aplicarse a todas las normas que contienen las excepciones y limitaciones a los derechos de autor. En otras palabras, quien pretendiendo hacer uso de la limitación estudiada de una de las obras permitidas por ella, a través de medios digitales deberá obtener autorización previa y expresa de los titulares de los derechos de esas obras o de quienes los representen so pena de incurrir en violación del derecho autorial.

d) Reproducción de información con fines de actualidad

Es lícita además de la reproducción, la distribución y comunicación al público de noticias o información de acontecimientos públicamente difundidos por los medios de comunicación. (Artículo 34, Ley 23 de 1982).

Por su parte, la Decisión 351 de 1993 en su artículo 22 literal e) alude a esta limitación manifestando expresamente el tipo de información que puede reproducirse, radiodifundirse y distribuirse por la prensa siempre y cuando esa reproducción, radiodifusión o transmisión pública no se hayan reservado expresamente.

e) Reproducción de copias para el uso en bibliotecas y archivos

Las bibliotecas públicas cuentan con el derecho de realizar una copia de obras protegidas, siempre y cuando esa copia sea utilizada por sus lectores, o reproducida para la conservación de la obra protegida, y que sea de difícil consecución en el mercado. La copia también puede reproducirse para ser prestada a otra biblioteca siempre y cuando esta sea de carácter público. (Artículo 38, Ley 23 de 1982 y artículo 22, literal c) Decisión 351 de 1993).

Es de anotar que la disposición andina citada no reserva la reproducción comentada a las bibliotecas públicas, como si lo hace la preceptiva nacional.

f) Reproducción de normas, actos administrativos y decisiones judiciales

En este caso la Ley exige como único requisito que la copia que se haga sea conforme lo expresado en la versión oficial (Artículo 41, Ley 23 de 1982 y artículo 22, literal d) Decisión 351 de 1993).

g) Reproducción de obras para uso judicial o estatal

El Estado también es beneficiario del derecho de reproducción de obras protegidas cuando alguna autoridad judicial o administrativa requiera de su uso, según las necesidades de la administración de justicia o del interés que se tenga en el trámite de un determinado procedimiento administrativo y en la medida justificada por el fin que se persiga (Artículo 42, Ley 23 de 1982 y artículo 22, literal d).

h) Reproducción de obras situadas permanentemente en lugares públicos

Las obras a que se refiere esta limitación pueden ser reproducidas a través de pinturas, dibujos, fotografías o películas de cine. Es condición que se encuentren expuestas de modo fijo en vías públicas, calles o plazas. Más adelante puede leerse un comentario particular sobre este tipo de limitación que trae la ley 23 de 1982 en el artículo 39.

Ahora bien, es importante en este punto, antes de seguir, clarificar la terminología que engloba todos estos contenidos y que da nombre al sistema. Se trata de precisar entonces si los conceptos de “limitaciones” y “excepciones”, en el contexto del derecho autor, significan cosas similares o señalan aspectos diferentes. Para el Profesor Sirinelli (1999) el término “limitación” debe utilizarse “cuando se está en presencia de un derecho de retribución”, y debe hablarse de “excepción” “cuando dejan de existir los derechos de

autor o los derechos conexos”, aunque él mismo reconoce que en la práctica se emplean indistintamente para hacer alusión a las restricciones de un derecho exclusivo como lo es el derecho de autor.⁸

1.2 La cuestión del alcance de las limitaciones

Ahora bien, a interpretaciones y casuística como esta – que pudiera parecer caprichosa- es a la que se refieren quienes han planteado modernamente la necesidad de flexibilizar las regulaciones que la legislación de la propiedad intelectual trae consigo en los capítulos dedicados a las “limitaciones y excepciones”.

No obstante el interés de algunos países por mantener las restricciones propias del derecho de autor, existen otros empeñados en flexibilizar la materia y hacer más extensos sus sistemas de excepciones a ese derecho, siendo tendencia en algunos la combinación, por ejemplo, de varios mecanismos de interpretación como lo son la regla continental de los tres pasos, la cual se encuentra en el Convenio de Berna y se adopta, con mayor extensión por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – ADPIC en su artículo 13, y el “fair use” estadounidense, esto en el caso de Corea del Sur.⁹

Quienes defienden entonces la liberalidad en los sistemas de excepciones,¹⁰ consideran que de no ser así se estaría atentando contra el sentido práctico de la vida cotidiana de las personas al negárseles eventualmente la posibilidad de hacer un uso racional de las obras ajenas existentes a su alrededor, de adaptarlas a sus

⁸ En este estudio sobre las “Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos”, el profesor Pierre Sinerelli apunta también, para efectos de mayor claridad conceptual, que los términos “Excepciones” y “Limitaciones” no son los únicos para referir el tema objeto del análisis. Así las cosas, cuenta como en Suiza se habla de “restricciones”, en el Reino Unido de “actos autorizados”, y en Portugal de “utilización libre”, entre otros. El estudio se presentó en el marco del “Taller sobre cuestiones de aplicación del tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT)”, realizado en Ginebra los días 6 y 7 de diciembre de 1999. Puede verse en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf

⁹ Véase la página web <http://www.internetactiva.net/modulo/4/>.

¹⁰ *Ibid.*

particulares necesidades para su disfrute natural y obvio, sin que ello implique la obligación de tener que acudir a la solicitud de permisos y al pago de derechos o compensaciones por ese disfrute que en realidad no lo requiere, sencillamente por cuanto dicho uso no tiene la entidad suficiente para el efecto, en tanto no perjudica el interés superior del autor o creador sobre su obra.

Insisten en que mantener cerrados los listados que contienen las excepciones, no resulta conveniente tampoco para mejorar los niveles de creatividad, innovación, desarrollo y por ende de competitividad por parte de los distintos miembros de la sociedad civil y de esta en general, pues las limitaciones impiden acceder con suficiencia –tanto en número como en calidad a los diferentes bienes de la cultura, la educación y el conocimiento dificultando que estos puedan ser en un futuro recreados o transformados, quizás como una verdadera y autónoma obra derivada, y de paso puedan aportar positivamente al avance sustantivo del conocimiento, de la ciencia y de la tecnología.

Con este razonamiento, pero con resultados no siempre respetuosos del derecho de autor, han aparecido en internet sitios web¹¹ que facilitan el intercambio de todo tipo de información y de obras, hasta el punto que permiten a sus abonados mediante el uso de las herramientas que da la tecnología, la “fabricación” de sus propias versiones, difícilmente con el calificativo de obras derivadas, aunque muchas de ellas si resultan “derivadas”, pero en conductas plagiarias.¹²

¹¹ Páginas como “Emule”, “Kazaa” y “LimeWire” conocidas como redes peer-to-peer son utilizadas para distintas finalidades, siendo una de éstas la de compartir información entre usuarios en forma directa, la que a veces no es usada de acuerdo con las normas que protegen la propiedad intelectual. Algunos de esos sitios han sido cerrados por violación a los derechos de autor pero reabiertos con otras denominaciones. Por ejemplo “LimeWire” cambió por “FrostWire” y “WireShare” (fuente: es.wikipedia.org/wiki/LimeWire).

¹² Por ejemplo pueden revisarse casos relacionados con “subtitulaciones” de películas, que no se corresponden con sus versiones ni traducciones originales, y aun así son subidas a la internet por quienes cobran una autoría que no les pertenece. Para la muestra véase el caso de la “subtitulación” de The Lady (película de 2011) en www.subdivx.com/X6XMjg1NDM2X-the-lady-2011.html, cuya versión es acusada de plagio entre los mismos “subtituladores”. Utilizan Emule para comparar los textos entre sí y disputarse las “autorías”. (www.subdivx.com/).

Argumentan con insistencia que sus pretensiones no van en contravía del derecho de autor y que no buscan privar a los creadores de sus justas conquistas legales e intelectuales, ni mucho menos pretenden depositar esos privilegios en la sociedad civil. Dicen que sólo desean equilibrar los derechos que conceden las legislaciones a los autores y la libertad en el acceso a la información y al conocimiento, que tienen las demás personas. Sobre este particular y con la finalidad de entregar recomendaciones para que se reconozca el interés público sobre el derecho de autor, se promulgó la “Declaración de Washington en Propiedad Intelectual e Interés Público”,¹³ respaldada por destacados miembros de la comunidad académica internacional entre los que se cuenta la American University, Washington College of Law, institución de educación superior que participó, junto con otras, de la organización de dicho evento internacional bajo el liderazgo del profesor americano Michel W. Carroll.

Con la “Declaración de Washington de Propiedad Intelectual e Interés Público” se propende entre otras finalidades, por la búsqueda y defensa de la libertad de información con miras a una mayor apertura en su difusión y accesibilidad y un control más fuerte a la expansión de la propiedad intelectual; el fortalecimiento de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, con la idea de facilitar y promover los procesos creativos del intelecto humano y; la posibilidad de influir en la definición de políticas y normas de todo orden que regulan la materia de la propiedad intelectual.

Por otra parte hay quienes como la profesora argentina Delia Lipszyc (2011), conocida como una resuelta defensora del derecho de propiedad intelectual, y en sentido contrario a esas manifestaciones de “flexibilidad del derecho de autor”, sobre todo a raíz de la aparición de la era digital, ha expresado¹⁴ que:

¹³ <http://infojustice.org/washington-declaration> . El Congreso Mundial sobre la Propiedad Intelectual y el Interés Público se llevó a cabo en la sede de la American University Washington College of Law, en la ciudad de Washington D.C, entre el 25 y el 27 de agosto de 2011.

¹⁴ Derechos de Propiedad Intelectual e Impacto de la Informática – Versión escrita de la ponencia presentada por la autora en las *Segundas Jornadas Rioplatenses de De-*

(...) Es obvio que atravesamos por uno de los períodos de campañas más intensas contrarias al derecho de autor. Activas asociaciones de “consumidores” reclaman una aplicación cada vez más amplia de los sistemas de excepciones al derecho de autor o lisa y llanamente la inaplicabilidad de las normas jurídicas como pretensos adalides de la defensa de “la libertad de conocimiento”, y dirigen sus acciones hacia quienes pretenden limitarla, como si “libertad de conocimiento” fuera equivalente a “libertad de apropiación”. Sus objetivos, por lo tanto, son autores, empresas, gobiernos e instituciones que abogan por imponer restricciones. (...)

El derecho de autor está permanentemente acechado por la amenaza de nuevas limitaciones y excepciones –además de los extensos catálogos que ya contienen las convenciones internacionales y las leyes nacionales.

En los organismos internacionales se dedican largas jornadas de estudio para ampliar los catálogos de excepciones al derecho de autor. Lo mismo sucede en todas las regiones, inclusive en aquellas donde tanto se brega y ha bregado por concientizar a gobernantes y gobernados sobre el imperativo de proteger debidamente la creación intelectual.

Son numerosos y repetidos los intentos que se llevan adelante en todas las latitudes, procurando menoscabar principios y normas que protegen la creatividad intelectual, que mucho esfuerzo demandaron para su aceptación y aprobación (pp 124-125).

Una muestra más para reafirmar esas posiciones yuxtapuestas hace relación con la finalidad que debe cumplir el derecho de autor, pues mientras la denominada “Declaración de Washington” dice que hay que poner a la “propiedad intelectual en su lugar para

recho Informático, en homenaje al prof. Antonio Anselmo Martino, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF), 18 de agosto de 2011, panel sobre “Derechos de Propiedad Intelectual e Impacto de la Informática”. La presente ponencia fue publicada también en la Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año X (2011), No 20, p.p 124-125. Esta fue la fuente consultada para este trabajo: (<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-20.pdf>).

proteger el conocimiento tradicional y la expresión cultural contra la apropiación indebida a través de los derechos de propiedad intelectual”, la citada autora cree que el derecho de autor ha probado ser “la forma de preservar la propia identidad cultural frente a la ingente producción foránea y el indiscutible acceso a los diversos canales de explotación que tiene la producción extranjera. Esta es, a la vez, la forma de lograr una indispensable diversidad cultural, en contraposición con una cultura global única”.

Mientras la utilización de las obras se realice dentro de los parámetros consagrados en esas limitaciones no se requerirá obtener autorización previa y expresa del autor o del titular de que se trate, ni entregar ningún tipo de compensación por ello. Por el contrario si no se observan esas disposiciones, además de contravenirse la Ley se estaría ocasionando un perjuicio a su autor e incurriéndose eventualmente en una conducta fraudulenta por parte de quien comete la infracción, pudiendo la misma constituir un plagio.

Muchas preguntas seguirán rondando el tema de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, con mayor razón aún si se tienen en cuenta las TICS, las cuales vienen impactando notoriamente la actividad autoral, en tanto sirven como medio masivo para el acceso, manipulación e intercambio de la información y el conocimiento, situación que recobra importancia, en un grado considerable, si se siguen abaratando sus costos y cerrando la brecha digital que hoy todavía existe en muchos sectores de la sociedad. Sobre la materia, y dada su trascendencia, se ha venido pronunciando de manera activa la doctrina, desde la aparición misma de internet, sin que la normativa internacional haya dejado de tomar cartas en el asunto dada la necesidad de regulación que la materia requiere.¹⁵

¹⁵ Por ejemplo, el Tratado OMPI para la protección de los derechos de autor de 1996, conocido como TODA, se celebró, entre otros motivos, con el fin de reconocer la necesidad de regular situaciones surgidas a raíz de “nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos.” (negritas fuera del texto). Similar función se le asignó al Tratado sobre Ejecución, Interpretación y Fonogramas (TOEIF) del mismo año. Ambos son conocidos como los tratados de internet.

1.3 Derecho de cita

1.3.1 La noción de cita

Ya lo advertíamos en oportunidad pasada que era necesario tomar prestado de otras áreas del conocimiento, en este caso de la disciplina lingüística, algunos elementos propios de ella que nos permitan entender el fenómeno de la citación.

La *cita* -lato sensu- es una nota, una referencia, un escrito, un fragmento de una expresión cualquiera del hombre. En un sentido más preciso la cita o citación es un proceso a través del cual se incluye en un texto, fragmentos, pasajes o notas de otros textos u obras e información de sus autores. Existen diversos tipos de citas a saber; las citas destacadas, las citas integradas, las citas parafraseo, las citas de apoyo, las citas de expansión y las citas de citas, tal y como nos lo refiere Bolívar, A. (2004 a).¹⁶

Otra clasificación que trae Sánchez Upegui sobre los tipos de citación alude a la cita directa/no integrada, indirecta/integrada y semi-integrada. Esta última dice, citando a Bolívar (2004), que se trata de una cita breve, que no van entrecomilladas y hacen parte de la sintaxis del texto, en tanto están articuladas al discurso. La cita directa/ no integrada se configura por hacer énfasis en el mensaje objeto de la cita. Esta cita va por fuera del enunciado y casi siempre va entrecomillada. La cita indirecta/ integrada se caracteriza porque el énfasis está puesto en el autor y no tanto en lo que se cita como en la cita directa. Pueden ir entre comillas, sin comillas o en cursiva.

Según la función discursiva que cumpla la cita esta se clasifica en: cita de definición, cita confirmatoria, cita de posicionamiento, cita dialéctica y citas de apoyo.¹⁷ En la nota de referencia No 19 se despliegan algunas funciones discursivas de la citación, con el nombre de funciones comunicativas.

¹⁶ Análisis crítico del discurso de los académicos. Revista Signos, 37 (55), 7 – 18. Citado por Sánchez Upegui. Sánchez Upegui, A.A. (2013). Intertextualidad, citación y referenciación [en línea, Prezi]. Material educativo. Medellín: Fundación Universitaria Católica del Norte. Recuperado de <http://prezi.com/rrzygpo5ndp0/intertextualidad-citacion-referenciacion/>.

¹⁷ Ver Sánchez Upegui en <https://prezi.com/rrzygpo5ndp0/intertextualidad-citacion-referenciacion/>.

La *cita* en su acepción más comúnmente conocida, (cita integrada en la voz de Bolívar), es distinta de la (cita) *paráfrasis*, en tanto constituye esta, una forma de “reescribir” un texto con palabras propias, sin plasmarlo literalmente, ya que de no ser así se trataría de una verdadera *cita* integrada o textual. La *paráfrasis* es un tipo de cita indirecta.

Citar en sentido literal tampoco es resumir, aun cuando el resumen y la *paráfrasis* constituyen manifestaciones de citación, si nos adentramos en cada uno de los tipos de cita anteriormente enunciados.

Ahora bien, en lo que toca con la materia jurídica hay que sostener que la cita por la cita sin un juicio de valor agregado o previo sobre el cual se invoca o se introduce la misma, o sin acatar las formalidades propias de su naturaleza, pudiera desembocar con facilidad en una conducta ilegítima.¹⁸ En este punto también es oportuno volver al campo lingüístico para reforzar el argumento de que la cita debe ir acompañada de un “juicio de valor agregado”, trayendo para ello a colación las “funciones comunicativas o discursivas de la citación”, de que habla Sánchez¹⁹ en virtud de las cuales se explicitan las intencionalidades que pueden acompañar cada ejercicio de citación según el tipo de cita que se trate.

Cuando veamos las relaciones entre la cita y el plagio volveremos sobre esta parte del trabajo y en especial sobre la cita de ci-

¹⁸ Esto no parece ser tan claro en la legislación española (Real Decreto Legislativo 1/1996, artículo 32) –en particular lo que se refiere al texto adicional que debe acompañarla– porque la norma exige que la inclusión de fragmentos en la obra ajena se realice a *título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico*. Es decir la cita no lleva implícita bien sea el análisis, el comentario o el juicio crítico, pues éstos constituyen categorías diferentes a la cita. En la Ley mexicana por ejemplo se hace la diferenciación entre la “cita de textos” y la “reproducción de partes de la obra”.

¹⁹ Algunas funciones comunicativas de la citación son: Función persuasiva, cuando se trata de acudir a la autoridad de expertos; función polifónica colaborativa, confluyen varias voces que contributivamente disciernen, especifican o refuerzan o ratifican un punto de vista determinado; función dialéctica intertextual, consiste en discutir o argumentar con fundamento en las fuentes referenciadas; función comparativa, a través de ella se contrastan, oponen o asimilan los resultados de un trabajo en especial con los de otro u otros o con los del estado del arte imperante para demostrar que son nuevos u originales. <http://www.ucn.edu.co/sistema-investigacion/Paginas/formacionInvestigadores/Citas-Verbos/index.html> - Familia 3.

tas de la que también habla Bolívar. Antes de continuar y con el ánimo de hacer más inteligible y comprensible el concepto de *cita* en sus distintas acepciones es, además de importante, muy necesario aludir al concepto, también, de la *intertextualidad* en tanto es esta una categoría fundamental que desde un punto de vista lingüístico, hace visibles y entendibles las relaciones que se dan entre distintos textos, bien de orden académico o investigativo, a través precisamente de la figura de la citación. En otras palabras, la *intertextualidad* es un concepto que se ha abordado desde la lingüística, especialmente en lo que tiene que ver con la escritura académico-investigativa. Ya veíamos como el parafraseo, el mismo resumen, las referencias o indicaciones a otros textos o autores son formas particulares o variantes de la categoría de la *intertextualidad*, incluso de la misma actividad de la citación.

Entre las varias concepciones lingüísticas de la *intertextualidad* puede transcribirse una que trae Sánchez Upegui²⁰, y que se explica fácilmente, como aquella “relación de co-presencia entre dos o más textos o la presencia de un texto en otro”. Se refiere a ella también como la “adecuada utilización del conocimiento previo que se tenga de otros textos”, siendo esa una de sus finalidades, así como la de garantizar la integridad y el valor sustantivo de esas mismas obras. Argumenta que su forma más explícita es la cita o citación.

La citación también tiene como finalidad demostrar que la construcción discursiva que busca apoyo en otras obras o textos constituye una producción original de su autor y un aporte propio al campo del conocimiento dentro del cual realiza su actividad intelectual, pues entrega la posibilidad de contrastar la posición del autor con la de otro u otros autores en los cuales inspiró su obra, bien para reforzar sus argumentos o bien para contradecir los de otras corrientes que se le oponen, o para asumir una postura intermedia, o por lo menos diferente a las de aquellos que discurren

²⁰ Sánchez Upegui, A.A. (2013). Intertextualidad, citación y referenciación [en línea, Prezi]. Material educativo. Medellín: Fundación Universitaria Católica del Norte. Recuperado de <http://prezi.com/rzygpo5ndp0/intertextualidad-citacion-referenciacion/>.

sobre una temática particular. He aquí a través de la citación una forma más en la que se materializa la *intertextualidad*.

Después de haber realizado esos acercamientos conceptuales previos a la figura lingüística de la *intertextualidad* y de la *cita* como una de sus variables categóricas, es menester delimitar jurídicamente, a renglón seguido, la noción del *derecho de cita*, empezando por decir que este consiste en la facultad que tiene un autor de incluir en su obra, fragmentos, dibujos, signos gráficos y sonoros o textos cortos de otras obras, con el fin de ilustrar o complementar la suya, hacerla más inteligible, gráfica y/o fundamentada, o para referirse a otro autor, sea para compartir con él, o refutarle una determinada postura intelectual según lo veíamos. Este concepto nuclear debe rodearse a su vez de ciertos requisitos legales que más adelante se indicarán.

Para Lipszyc (citada por Rodríguez, 2004) la *cita* es “la mención de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como de las obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más intangibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna” (p.77). Llama la atención que esta misma definición es dada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.²¹

Según “La Guía del Convenio de Berna” el empleo de la cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse, indistintamente, en un libro, en un diario, en una revista, en una película cinematográfica, en una grabación sonora o visual, en una emisión radiofónica o televisiva, etc.

Lo cierto es que el uso ordinario de la cita se circunscribe a la obra escrita (independientemente de su formato) dada su supremacía y tradición histórica sobre las demás clases de obras. En términos generales y ordinarios citar no es resumir, aunque en sentido lingüístico estricto el resumen es una variante de cita indirecta. Como ya lo dijimos, el resumen tiene como finalidad reducir un

²¹ Proceso 139-IP-2003, Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXI, No 1057. Sitio web: <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Gacetas/gace1057.pdf>.

texto a sus ideas principales, en forma breve o extensa, en palabras propias de quien lo realiza sin que se mencione literalmente la voz del autor que se evoca, pero sin descuidar el mensaje que éste quiso entregar a través de su obra, pues tanto la cita como el resumen coinciden en que debe atribuirse al autor los créditos correspondientes, lo mismo que a la obra sobre la cual se ha elaborado la obra nueva.

Para comprender mejor el concepto de *cita* en general y relieves los elementos que le dan estructura, es conveniente transcribir las consagraciones que hacen las diferentes normas supranacionales que desarrollan la materia y que resultan vinculantes para el ordenamiento jurídico autoral colombiano, así como las de otras legislaciones de algunos países diferentes al nuestro, para luego concentrar el análisis en los preceptos legales del ordenamiento colombiano. Con este ejercicio se consigue también realzar los aspectos que le dan sustancia a la *cita* como una limitación al derecho de autor universalmente aceptada, así no lo sea en su tratamiento, pues son diversas las formas en que los distintos ordenamientos hacen uso de ella.

En el campo internacional, para iniciar, hay que hacer alusión al *Convenio de Berna*, al cual ha adherido Colombia desde 1988. Este establece que

Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.(...)

Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.²²

Seguidamente están las normas de la *Comunidad Andina (C.A.N)*, de la cual Colombia también es miembro. La Decisión 351 de 1993 en su artículo 22 dispone que será lícito:

²² Artículo 10. (http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700).

(...) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga (...)

En *Chile* dice la legislación que:

Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor.²³

La *Ley argentina* preceptúa que:

Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. (...).²⁴

Por su parte en *México*, la Ley Federal del Derecho de Autor permite que:

Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos: Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística; (...).²⁵

²³ Ley 20.435 de 2010, artículo 71B que modifica la Ley 17.336 de 1970. (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1012827&buscar=ley+20.435+de+2010>).

²⁴ Ley 11.723 de 1933, artículo 10. (<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=82>).

²⁵ Ley Federal del Derecho de Autor del 24 de diciembre de 1996, modificada en junio de 2013. (<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7903>).

En Brasil, que recientemente introdujo cambios en su ley de derechos de autor, el derecho de cita se gobierna de la siguiente manera:

No constituye ofensa a los derechos de autor: (...) III – la citación en libros, diarios, revistas o cualquier otro medio de comunicación, de pasajes de cualquier obra para fines de estudio, crítica o polémica, en la medida justificada para el fin que desea alcanzar, indicándose el nombre del autor y el origen de la obra; (...).²⁶

La Ley sobre Derecho de Autor de la República Dominicana, en tratándose del derecho de cita, dice en su tenor literal que:

Se permite citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y tan seguidos que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de su obra que redunde en perjuicio de su autor. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor, el título y demás datos que identifiquen la obra citada. Párrafo. Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, los tribunales, a petición de parte interesada, fijarán equitativamente la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas.²⁷

Panamá que hace poco expidió una nueva legislación en materia de derechos de autor y derechos conexos, consagró así el derecho de cita:

Es permitido realizar, sin autorización del autor ni pago de remuneración, citas de obras lícitamente publicadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente y con la condi-

²⁶ Ley 9.610 de 1998, artículo 46, que originalmente dice: Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polémica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; (...). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm.

²⁷ Ley 65 de 2000, artículo 31. Un dato curioso en el caso de la norma legal dominicana es que su redacción es bastante similar a la norma legal colombiana. Incluso coinciden exactamente en el número del artículo. (http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=181047).

ción de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida que se justifique el fin que se persiga.²⁸

En *Perú* el derecho a la cita se entiende de la misma manera que lo consagró la legislación panameña.²⁹

En Colombia, además de la Decisión Andina 351, es la Ley 23 de 1982 la que regula la institución comentada, al decir en su artículo 31³⁰ que:

Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre y cuando éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra.

(...)

Lo primero que huelga decir, adentrándonos en el análisis de la norma colombiana, es que parte del articulado de la citada Ley ha quedado rezagado, comparativamente hablando, sobre todo en relación con el surgimiento y avance cada vez más vertiginoso de las TICS, en tanto son mucho más rápidos los cambios que introduce la tecnología en la materia autoral que los que impone la misma actividad legislativa nacional. Lo mismo acontece también con una porción significativa de las legislaciones latinoamericanas enunciadas.

²⁸ Ley 64 de 2012, artículo 70. En el fondo se mantuvo la redacción de la norma que traía el artículo 49 de la ley anterior (No 15 de 1994), sólo que la nueva regla cambia la expresión “usos lícitos” por “usos honrados”, poniéndose a tono con la denominación generalmente aceptada en las distintas legislaciones de tradición jurídica continental. (http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27139_B/39334.pdf).

²⁹ Decreto Legislativo 822 de 1996, artículo 44. (<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=3412>).

³⁰ En concepto de Ríos (2009) dicha disposición debe considerarse suspendida por el artículo 22, literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993, pues al ser ésta última una norma comunitaria es de aplicación inmediata y preferente. “*La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de la información y comunicación*”, Bogotá: Ed. Temis, p.113.

La Decisión Andina 351 de 1993 que hace parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico colombiano por virtud del artículo 93 de la Constitución Política, en lo que toca únicamente con los derechos morales, hace lo propio en los artículos 21 y 22.

Las finalidades de esas consagraciones se realizan en aras de buscar un equilibrio entre el interés individual del autor y el interés colectivo de la sociedad.

Sea lo primero advertir entonces que una de las principales medidas de excepción o restricción al derecho de autor, tiene que ver precisamente con el *derecho de cita*.³¹

Su destacada importancia y generalizada inclusión en las leyes del derecho de autor se justifica porque sin esa facultad resultaría muy complejo dinamizar el avance del conocimiento y el desarrollo cultural de los pueblos. De no existir esa figura jurídica se estaría en frente de una situación en exceso gravosa, pues eso significaría que habría que depender siempre de la voluntad del autor cuya obra pretendiera citarse, para que éste prestase su consentimiento, con las consecuencias y efectos prácticos que acarrearía un escenario hipotético como ese.

¿Qué sería de la producción intelectual de una sociedad cualquiera en la cual su legislación autoral no contuviera o no permitiera el derecho de cita?, ¿cuáles podrían ser las soluciones que convinieran en la práctica a un caso como ese?, ¿es suficiente el derecho de cita tal y como actualmente se entiende, o es necesario asumir la posición de quienes pretenden extender aún más el contenido de ese derecho, de modo que pueda llegar incluso a “confundirse” la cita con lo que piensa y materializa quien se beneficia de esa limitación al derecho de autor?

Las respuestas a esos interrogantes, en parte, no pueden desconocer, como lo dice Satanoswky (1954), que “la obra intelectual debe ser una expresión personal del autor, original, resultado de

³¹ Canaval (2008) en Manual de propiedad intelectual en p.57, refiere *el derecho de cita* como una excepción al *derecho de exclusiva* del autor, según el cual “el autor de una obra cuenta con la defensa y remuneración por su trabajo como creador ... por algo que es suyo y le pertenece (propietario).”

una actividad del espíritu, con individualidad, que sea completa y unitaria, una creación auténtica e integral” (p.153).

El *derecho de cita*, a pesar de constituir una restricción al derecho de autor y una facultad latente para los miembros de la sociedad que quieran hacer uso de ella, parece entenderse a veces como una privación gratuita del autor, un desprendimiento de parte de su espíritu, que sólo favorece el interés general en detrimento de su particular interés. No. El ejercicio de esa prerrogativa legal por parte de terceras personas, ajenas al autor de la obra cuyos apartes o fragmentos se citan, debe verse también en una justa medida, por qué no, como una acción que beneficia al mismo autor,³² inclusive mientras más se cite (así sea para criticarlo) más puede repercutir ello en su buena fama, lo que puede representarle no sólo importantes beneficios económicos, sino también y en una buena medida, ventajas intelectuales comparativas con aquellos miembros que le compiten en el campo intelectual al que dedica su trabajo y esfuerzo profesional o artístico.³³

A pesar que el *derecho de cita* es una de las excepciones consagradas prácticamente en todas las legislaciones del mundo que rigen la materia, no puede decirse lo mismo de su contenido, pues este varía de un país a otro – al igual que las demás limitaciones y excepciones- no sólo en razón del tipo de obras que cobija sino en una mayor o menor extensión del fragmento o cita. Así las cosas y según ese análisis comparativo puede llegarse al punto que el ejercicio del derecho de cita en una obra audiovisual por ejemplo en la legislación colombiana se torne eventualmente en una conducta plagaria en otro país, en tanto este puede que mantenga dicho aspecto reservado al derecho del autor propiamente tal, no permi-

³² Hacen breves manifestaciones similares sobre este particular la profesora Gisela M. Pérez en su artículo Aproximación al Derecho de Citas como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año 40, No 120, 2007, p. 873, y el profesor Rogel Vide en su obra Estudios completos de propiedad intelectual, p. 306.

³³ En un sentido más cercano y acorde con el que he planteado, me encontré la excelente posición de Álvarez Romero, C.J., Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual, p. 114, citado por Ribera Blanes en su obra el Derecho de reproducción del autor y sus límites, pp. 362-363.

tiéndose a los terceros beneficiarse de esa excepción como si puede hacerse en Colombia.

La cita puede predicarse de cualquier tipo de obra sea esta de corte literario, artístico, musical, pictórico o audiovisual, tal y como también lo prevé la Guía del Convenio de Berna. De allí que pueda hablarse de citas o referencias bibliográficas, citas melódicas o musicales, citas artísticas, cita audiovisual o citas cibergráficas en razón de la internet, etc. Lo que sucede es que estamos más familiarizados con la cita bibliográfica –y nos resulta más fácil comprenderlo–, es decir con aquella referida al texto escrito, al libro, a la revista, al documento elaborado a base de letras, palabras y párrafos, y nos cuesta por el contrario aceptar la posibilidad de cita por ejemplo de una obra musical en otra desde el punto de vista meramente práctico, o de la cita de una obra pictórica en otra, y de verdad que no es fácil asimilarlo, pero esa dificultad no significa que la cita en esos casos esté prohibida o no sea posible.

1.4 Elementos constitutivos del derecho de cita en general

Ya observaba con anterioridad que la *cita* para que pueda ser permitida y válida debe cumplir una serie de requisitos legales y lingüísticos que le den su propia entidad. Es el Convenio de Berna, al cual ha adherido Colombia, en su artículo 10 el que marca principalmente la directriz que debe cumplir toda aquella persona que pretenda beneficiarse de la *cita* como una facultad que puede ejercerse, medie o no la voluntad del titular del derecho de autor citado, y sin necesidad de contraprestación económica alguna. En un sentido similar lo hacen la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 22 y la Ley 23 de 1982, artículo 31, aunque con algunas variables conceptuales.

Recapitulando las disposiciones normativas citadas se tiene que los requisitos legales que debe cumplir toda *cita* son los siguientes:

a) **Que la obra de la cual se toma la cita haya sido publicada**

Esto significa que no es posible citar por ejemplo una obra inédita, aunque en materia de ineditud, y por tanto de publicación y divulgación, existen posiciones variadas que en determinadas

circunstancias pudieran dificultar la determinación de los límites entre uno y otro concepto, dados en algunos casos sus distintos contenidos e interpretaciones.³⁴

La divulgación hace relación al efecto de poner una cosa, para el caso una obra cualquiera, al alcance del público y por cualquier medio o procedimiento, según lo establece el artículo 3 de la Decisión 351 de 1993. La Ley 23 de 1982 de derechos de autor en Colombia, contrario a lo que dispone la norma superior contenida en la Decisión 351 de 1993, equipara el concepto de divulgación con el de publicación, al decir en su artículo 8, literal q., que para los efectos de dicha Ley se entiende por *publicación*: “la comunicación al público (sic), por cualquier forma o sistema”.³⁵ Así las cosas, la disposición colombiana se encuentra suspendida por la normativa andina, artículo 3 de la Decisión 351 de 1993, por cuanto ambos conceptos no pueden confundirse, pues sus efectos son diferentes, como que los de la “publicación” son mucho más rigurosos y formales en tanto ella debe contar con el consentimiento del titular de la obra publicada además que la misma debe hacerse en cantidades suficientes para atender la demanda del mercado, emergiendo mucho más exigente que el acto de la “divulgación”.

³⁴ Ribera Blanes (2002), *Op. cit.* pp. 346-347, con el fin de hacer claridad en materia de la actividad de divulgación, plantea un caso en el que el autor de una obra la da a conocer únicamente entre sus amigos y familiares, facultándolos con dicho acto voluntario y consciente, para que éstos de forma eventual y posterior puedan citarla en una obra propia. Nótese como en este caso particular no obstante la obra no haber sido realmente “divulgada” al público, es posible que la misma sea citada en una obra ajena por uno de los familiares o amigos a quienes el autor la dio a conocer, salvo que dicho autor haya prohibido expresamente hacer referencia a la obra hasta tanto se lleve a efecto su divulgación plena. Pudiera afirmarse que el caso planteado por la autora constituye en principio una excepción válida al requisito legal que exige que la obra haya sido divulgada antes para poderla citar, encontrando ello sustento en el consentimiento tácito o expreso del autor cuando así sea.

³⁵ Así lo entendió también nuestro Ministerio Público (Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal), cuando al rendir concepto en sentencia de casación No 31.403 del 28 de mayo de 2010, p.9, párrafo 2 dijo textualmente al aludir a la Ley 44 de 1993 art. 51 ordinal 1, que “... La acción de “*publicar*” referida en el numeral 1º, significa dar a conocer de diversas maneras, divulgar.” (subraya y negritas fuera del texto). Por su parte la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia de casación, p.67, distinguió ambos conceptos, asignándoles categorías semánticas diferentes, posición que compartimos plenamente y que están en sintonía con la normativa andina superior.

En la legislación española se exige que la obra de la cual se toma la cita haya sido previamente divulgada.³⁶ Lo mismo que en Perú, México y Chile, para enunciar sólo algunos casos. La norma panameña habla de “obras lícitamente publicadas”. La del artículo 31 de la Ley 23 de 1982, no enfatiza sobre la divulgación o publicación de la obra de la cual se toman las citas, aunque parte de la necesidad que ésta exista previamente. En dirección análoga a la disposición colombiana lo hace el ordenamiento autoral dominicano.

b) Que se mencione la fuente, el título de la obra y el nombre del autor

Es apenas un principio de elemental justicia reconocer la paternidad de la obra que es objeto de cita. Lo hacen todas las legislaciones sobre derechos de autor, como un principio universalmente aceptado. Citar el título de la obra cuyos pasajes, apartes o fragmentos se transcriben en una obra nueva y el nombre de su autor, aparte de ser una obligación legal de quien cita, es un derecho simultáneo que tiene el autor citado y de paso un compromiso responsable del citante con los terceros que acceden a la obra en el sentido de informarlos con claridad acerca de la propiedad intelectual que recae sobre la creación u obra que se cita y por ende invitarlos a su consulta, de modo que puedan confrontarla.

La indicación del nombre del autor (o su seudónimo) y del título de su obra en otras que los citen, hacen parte, entre otros, de sus derechos morales, particularmente del derecho moral de atribución como una manifestación ésta del derecho moral de paternidad, y que por tanto gozan de perpetuidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad. En este punto es menester advertir, resultando bastante útil y enriquecedor para esta exposición, la diferencia que

³⁶ Real Decreto Legislativo 1/1996, “Artículo 32. *Cita e ilustración de la enseñanza*. 1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.” (subrayas fuera del texto).

existe entre la Ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de 1993 en materia de la forma como debe hacerse la indicación del nombre del autor y la de su obra, pues mientras el artículo 22 de la Decisión andina no establece un procedimiento particular para realizarla, el artículo 31 de la Ley 23 de 1982, por el contrario, obliga a que “en cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra”. ¿Qué hacer en este caso? Si nos atenemos únicamente a la primacía de la norma andina sobre la Ley doméstica sin entrar en ningún tipo de interpretaciones habría que concluir que la mención del nombre del autor y la de su obra no conllevaría formalismos distintos a los exigidos por dicha norma, esto es, indicar simplemente la fuente y el nombre del autor, sin distinguir si se hace o no en cada cita. No obstante, y como esa posición no puede ser suficiente sin que nos detengamos en el análisis del contexto e integridad de la norma, es necesario entonces manifestar que aunque no se diga literalmente, como lo hace la Ley 23 de 1982, que la mención del nombre del autor y de su obra deba hacerse en cada cita, así mismo debe entenderse la finalidad perseguida por la norma andina, pues no otra cosa puede significar la afirmación que allí se hace en el sentido que las citas deben hacerse de conformidad con los usos honrados como se verá más adelante, esto es, de la forma más conveniente y menos confusa para los intereses del autor y de su obra.

No citar la fuente en la forma que corresponda, constituye una de las conductas de plagio más comunes, punto que se estudiará con mayor detenimiento en la segunda parte del presente trabajo, por ser él uno de los cometidos del mismo. La indicación de la fuente comporta la descripción del editor de la obra y la mención del lugar originario de donde ella proviene,³⁷ inclu-

³⁷ La cita de citas como cita indirecta es otra forma de ejercer el *derecho de cita* en casos en los cuales no es fácil acceder a la fuente primigenia por razones diversas. Se acepta su uso sobre todo cuando una obra (o parte de esta) no siendo asequible fácilmente sino por medio de otra, contiene información valiosa de otros autores, que es importante para otros referir o exponer en una obra nueva. En todo caso se exige que esa clase de cita cumpla con los requisitos que se le exige a la cita en general. Ver a Vega (citado por Ribera Blanes, 2002) en Protección de la propiedad intelectual. Madrid, 2002, p. 311, *Op. cit.*, p. 347, n.p. 63.

yendo las referencias hechas por medio de enlaces, vínculos o hipervínculos cuando se trata de información gestionada a través de redes electrónicas.

Cuando la citación y la referencia no se ajustan en su integridad a los sistemas o pautas metodológicas o bibliográficas existentes para documentar, formalizar y hacer circular el conocimiento, el científico especialmente, pueden presentarse varias situaciones que vayan en contravía del cabal desarrollo de esa actividad intelectual, en términos generales, y en particular, en la apuesta por la existencia de unos mayores índices de innovación y creatividad, ingredientes estos indispensables para la competitividad de una sociedad cualquiera.

Esas situaciones anómalas, cuyo escenario más sensible es el académico, aquel donde se presentan los trabajos de los estudiantes, pueden verse materializadas en aspectos tales como los siguientes:

- a) Falta de reconocimiento por el trabajo ajeno y por el aporte que este puede hacer a la ciencia y a la cultura.
- b) Dificultad para diferenciar las ideas propias de las ideas ajenas haciendo nugatoria la entrega de los créditos intelectuales a quien verdaderamente corresponda.
- c) Intrascendencia del proceso formativo de las personas y vulgarización del conocimiento científico.
- d) Inmersión en un campo en el que se hace difícil definir la frontera entre las deficiencias académicas que puede tener un estudiante al citar (o no citar o citar mal) las fuentes, y la intencionalidad disciplinaria de cometer una falta en contra de los derechos de autor que pueda generar en una conducta plagaria.
- e) Imposibilidad de ubicación de las fuentes para aquellos que estén interesados en el tema objeto de estudio y por ende en su posterior uso y citación.
- f) Atentado contra la ética, al incurrirse en conductas que pueden resultar contrarias a los usos honrados.

Al no corresponderse pues el procedimiento de la elaboración de la referencia y la citación con las normas documentales utili-

zadas, según se trate, se está perdiendo una oportunidad muy importante para aportar al estudio o al avance del conocimiento, pues formalmente sería difícil reconocer si desde el punto de vista técnico, es válido, novedoso y/o original o no, el abordaje de un determinado planteamiento disciplinar o científico.

En síntesis lo que se busca con el requisito analizado, sea cual sea la finalidad de la cita, es darle crédito al autor de la obra original, es estimular su creación, homenajearle, reconocerle su trabajo, acciones que se acrecentarán en la medida en que su obra sirva de inspiración a más y más autores.

Ahora bien, es muy importante advertir que podrán existir casos en los que no será posible citar el nombre del autor, bien porque no sea conocido o porque él no haya querido darse a conocer por su propia voluntad. Así las cosas, deberá indicarse esa circunstancia además de la fuente de donde fue tomada, de forma tal que los fragmentos citados puedan ser contextualizados en lo posible con la obra a la que pertenezcan.

En todo caso la identificación de la fuente, del autor y de su obra debe hacerse del modo más completo y claro posible de acuerdo con el sistema de citación o instrumento de normalización o registro que sea utilizado o implementado, dependiendo del tipo de escrito o de trabajo que se pretende formatear según el área del conocimiento al que pertenezca el discurso allí plasmado. Por ejemplo para las ciencias de la salud y también de las ciencias sociales es bastante socorrido el sistema de normalización APA, modelo internacional de citación y registro de fuentes de la Asociación de Psicología Americana. En Colombia está el modelo ICONTEC utilizado especialmente para la realización de trabajos de grado. En cada uno de estos sistemas, que cumplen una misma finalidad, cual es la de proteger la propiedad del conocimiento científico, se definen no sólo la forma sino también lo que habrá de entenderse por citas, fuentes y referencias entre otros conceptos. Entre otros instrumentos de normalización están la Asociación de Lenguas Modernas (MLA por sus siglas en inglés), el Manual de Estilo de Chicago y las normas de Vancouver.

Si por cualquier motivo no es factible citar la fuente y el nombre del autor debe dejarse constancia de esa circunstancia ya que puede correrse el riesgo que se piense que el fragmento o extracto citado, le pertenece al autor que lo invoca. Lo anterior con el fin de salvaguardar los derechos del verdadero autor.

c) Que la medida de la reproducción esté justificada por el fin que se persigue

Este requisito tiene que ver con la extensión o longitud de la cita –aspecto cuantitativo–³⁸ y con el contexto dentro del cual se hace uso de él -aspecto cualitativo-. En el primer caso se alude a la proporcionalidad de la cita, esto es, a la cantidad de texto de la obra ajena que será incorporada en la obra nueva.

Actualmente la legislación colombiana no establece un número determinado de palabras, frases o párrafos que puedan transcribirse o citarse, sólo se limita a permitir la transcripción de los “pasajes necesarios”.³⁹

En general en esta materia exceptiva de los derechos de autor no existe una fórmula universal uniforme que determine el tipo de obras a las cuales pueda convenir la cita (escrita, sonora, audiovisual, artística, ente otras) ni la medida de la extensión que le ha de corresponder (número de palabras o compases), ni la forma en que esta pueda darse (fragmentos, palabras, texto, pasajes, compases, etc), dependerá ello del país y de la legislación particular que se trate.⁴⁰ La cita deberá usarse entonces únicamente en la medida de lo necesario como un elemento de apoyo a la obra a la que sirve, aspecto cualitativo, pero siendo siempre coherentes y consecuentes con el tema que se desarrolla en la obra nueva, cuya entidad

³⁸ En el *faire use* norteamericano este requisito se evalúa en el factor tres “Cantidad e importancia de la parte usada en relación a la obra protegida como un todo”.

³⁹ No puede decirse lo mismo de la ley 86 de 1946 (art. 15), anterior a la ley 23 de 1982, que sí limitaba la cita a mil palabras o a cuatro compases, según se tratara de una obra literaria o musical. Igual restricción mantiene la vigente ley argentina de derechos de autor, aunque esta alude no a cuatro sino a ocho compases. (Véase nota No 24).

⁴⁰ En Colombia cualquier obra puede ser objeto del derecho de cita. Ver concepto 2-2006-4924 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

estructural estará cimentada, con suficiencia, en el esfuerzo, creatividad, originalidad y producción intelectual del autor quien le da vida, y no en la obra u obras primigenias que inspiran aquella.

La medida de lo necesario no hace que la cita sea de por sí corta o larga, pues que sea de una u otra magnitud dependerá también de la consistencia y claridad de la misma para explicar, sustentar, graficar, ilustrar, describir o criticar la obra o la parte de esta a la que conviene. Responsabilidad que recaerá siempre en cabeza de la persona que hace la cita. Una cita corta no garantiza siempre una remisión de calidad a la obra a la que se debe, por lo que puede terminar afectándola, y por el contrario una cita extensa puede producir un efecto similar o resultar contraproducente y con un efecto distinto al que debería cumplir.

No puede la obra que incorpora las citas, desplazar y agotar en ella si se quiere, la obra que le sirve de sustento o ilustración, sin que se violente el derecho del autor y de paso se incumpla con el requisito que se analiza.⁴¹ La obra que cita debe mantener su propia esencia y armonía, aun si se decide obviar las citas que se le han insertado.

Ahora, en lo que se relaciona con la extensión de la cita es igualmente importante considerar el caso hipotético, pero posible, de que los fragmentos o pasajes que se incluyan en la obra nueva sean tantos que pasen a ser la mayor parte de la obra nueva. En este sentido el inciso 2° del artículo 31 de la Ley 23 de 1982 dice que de ser así y “a petición de la parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas”.

Véase como en principio de una lectura textual de esa parte de la norma, se desprende, primero la posibilidad que existan obras en las que las citas superen el contenido de la obra principal, y se-

⁴¹ Wistrand (citado por Ribera, 2002) , *Op. cit.* p.359, dice que: “cuando cualquiera, para su provecho propio, utiliza para su obra una parte esencial de la obra de otro de la cual su autor podría todavía sacar provecho o, sin la acción de éste, habría podido tener beneficios, el atentado al derecho de autor debe ser sancionado.” Aquí se configura un verdadero conflicto entre los intereses económicos de explotación de la obra del autor de la obra original, y el interés del autor de la obra que contiene la cita.

gundo, y en consecuencia, que ese hecho no vulnera el derecho del autor o autores citados. Bien puede observarse entonces que el autor o autores que ha sido o han sido citados en exceso al punto que las citas de sus obras constituyen la parte principal de la obra nueva, no tienen la prerrogativa de oponerse a la reproducción de su obra u obras llevada a cabo por medio de las citas, sino que deberán estarse a la retribución económica que les fijen los jueces en virtud de un proceso verbal.⁴²

Sin embargo, de la lectura integrada de los dos incisos del artículo 31, con respecto a la cita excesiva de la obra nueva, pareciese que la norma se contradice, pues a la vez que presume que ese exceso puede constituir una reproducción simulada, por otro lado lo permite, caso en el cual otorga derecho al autor o autores de las obras incluidas para que reclamen la indemnización que les corresponda sin que puedan oponerse a dicha reproducción, según se observó antes. En este contexto queda pendiente revisar si existe algún asomo o no de una conducta plagaria sobre la obra aprovechada. Esto se hará en el momento en que se aborde la segunda parte de este trabajo.

Ahora bien, en relación con la vigencia del artículo 31 de la Ley 23 de 1982, hay quienes se preguntan o consideran⁴³ que al haberse regulado el derecho de cita en el artículo 22, literal a), de la Decisión 351 de 1993, la norma colombiana del artículo 31 comentada ha quedado suspendida en virtud de la supremacía que existe de la disposición comunitaria sobre la nacional (). A este respecto, y tratando de justificar dicha postura, diría tal vez que ello se entienda así, no tanto por lo expresado en la primera parte de la norma colombiana que en sustancia recoge la estipulación del artículo 22 en su literal a), como sí por lo establecido en el

⁴² Cfr. Rodríguez Moreno Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p.79.

⁴³ Al igual que Ríos (2009), según lo dijimos en la nota 26, lo hace a guisa de ejemplo el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLAC), cuando recupera el texto de la Ley Colombiana 23 de 1982 y a modo de comentario.

Ver http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes_reglamentos/Colombia/Ley_23.htm.

segundo inciso del mismo artículo 31, que consagra un asunto indemnizatorio cuando la inclusión de obras ajenas configura la parte principal de la obra nueva. Esto en el sentir de Rodríguez (2004) “podría ir en contravía de la normal explotación de la obra...”, lo que precisamente prohíbe el artículo 21 de la Decisión 351, que en su tenor literal dice: “Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.” (subrayas fuera del texto).

En suma, si hemos de entender suspendida la norma del artículo 31, habrá de serlo especialmente en su segundo inciso y por razón de que lo allí estipulado atenta contra la normal explotación de la obra, establece además una casuística que las normas comunitarias no exigen, y no obliga al pago de ninguna remuneración cuando la cita cumpla con los postulados exigidos en dichas normas supranacionales, resultando estas preponderantes sobre aquella, y en orden a lo que se ha explicado.

Otros, argumentando en contra de la suspensión, y considerando vigente el artículo 31 citado, pudieran decir que nada de lo dispuesto allí contraviene los mandatos y presupuestos de las normas comunitarias, pues al fin y al cabo y si la cita no se hace conforme los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persigue, tendrá que haber una responsabilidad predicable de alguien según corresponda.

Autores como Desbois y Wistrand⁴⁴ coinciden en decir que en el evento en que las citas de obras ajenas superen la parte principal de la obra nueva, debería contarse con el consentimiento del autor o autores.

Esta divergencia de criterios legales y doctrinales, antes de cerrar esta primera fase del presente análisis, nos da pie para complementar, pues ya algo similar habíamos esbozado al comentar el artículo 31 citado, varios elementos en torno a las relaciones –y hasta confrontaciones– entre el derecho de autor y otros dere-

⁴⁴ Mencionados por Ribera Blanes (2002) *Op. cit.* p.359.

chos,⁴⁵ calificados algunos como fundamentales por las tendencias constitucionales modernas, al igual que lo es el mismo derecho de autor en su vertiente de derecho personal o moral.⁴⁶

El derecho de autor, y en especial la obra o la creación que este protege como un contenido especial de la propiedad intelectual, está llamada a cumplir también una función social, de la misma manera que se predica y espera de la propiedad material aunque realizándola de diferentes formas y manifestaciones.

Muchos piensan que sustantivamente no tendría sentido considerarlo de otra manera, pues son los demás quienes legitiman o no la producción intelectual del autor, de allí que se establezcan límites y excepciones a esas potestades facultativas y patrimoniales del autor sobre su obra o creación en beneficio de los terceros quienes también están obligados recíprocamente a responder con fidelidad a esas concesiones que se hacen en su favor.⁴⁷ Ellos también tienen límites en el uso de los derechos que el autor entrega por virtud de la ley. El autor se desprende de parte de sus derechos de tipo patrimonial en aras de contribuir a la cultura, a las artes y a la circulación y progresión del conocimiento científico, tal y como lo prescribe en beneficio del público en general la declaración universal de los derechos humanos.

Sin duda que han quedado expuestos en este aparte varios elementos que servirán para el análisis y ponderación de lo que puede ser o no ser una citación excesiva.

d) Que la cita se haga conforme a los usos honrados

En lo que hace referencia al contexto en el cual se materializa el derecho de cita, hay que traer a efecto el principio de los “usos

⁴⁵ En la Constitución Política Colombiana vigente se encuentran estipulados en los artículos 20 (libertad de opinión prensa e información), 27 (Libertad de enseñanza), 67 (Derecho a la educación), 70 (Acceso a la cultura), 71 (Libertad de conocimiento y de expresión artística), y 61 (Propiedad intelectual).

⁴⁶ Sentencia C-155 de 1998, Corte Constitucional de Colombia, 28 de abril de 1998.

⁴⁷ Para Rogel Vide y Eduardo Serrano unos límites surgen por la colisión del derecho de autor con otros derechos y otros son el resultado del ejercicio de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho, a éstos últimos los llama “genéricos o institucionales”, Manual de derecho de autor. Madrid: Editorial Reus S.A, 2008, p.55.

honrados⁴⁸ para graficar mejor la cuestión, en el entendido que es con fundamento en ellos que deberá considerarse y sincronizarse los intereses de quien cita, los del autor citado y los de su obra. Es decir se tendrá que armonizar la finalidad que persigue el autor de la obra que incorpora el o los fragmentos o pasajes de la obra original (ilustración, crítica, enseñanza, análisis, comentario o apoyo argumentativo, etc) con la normal explotación y autonomía de la obra de la cual se extraen aquellos.

El principio de los “usos honrados” encuentra asidero en la regla (o test) de los tres pasos (Three Steps Rule) según la cual para determinar cuándo se hace “uso honrado” de una obra protegida por el derecho de autor es menester verificar que la limitación o excepción esté expresamente consagrada por la legislación de que se trate, que no se atente contra la normal explotación de la obra y por último que no se cause un perjuicio irrazonable o injustificado al autor.⁴⁹ Por sustracción de materia, si la regla de los tres pasos no se cumple, el uso de la cita o será ilegal, o deberá contar con la autorización previa y expresa del autor de la obra que pretende citarse.

La regla de los tres pasos es además un imperativo supranacional que se impone a la actividad legislativa del Estado, cuando en función de ella pretenda crear limitaciones y excepciones al derecho de autor, ya que está consagrada por el Convenio de Berna, por el Acuerdo sobre los ADPIC y por la Decisión Andina 351 de 1993.

A propósito de los ADPIC y de la regla de los tres pasos cobra importancia hacer mención aquí del artículo 110 (5) de la Ley de derechos de autor de los Estados Unidos de América, con el fin de revisar la congruencia entre las disposiciones de la norma enunciada, el contenido de la regla de los tres pasos y el artículo 13 de los ADPIC, todo ello con ocasión del panel del Órgano de Solu-

⁴⁸ Decisión 351 de 1993, arts. 3 y 22.

⁴⁹ Canaval Juan Pablo *Op. cit.* pp. 56-57, habla de “La prueba del criterio triple”, la cual debe cumplirse cuando se pretenda hacer “uso de la obra protegida sin el consentimiento del autor”.

ción de Diferencias de la OMC -DS160- el cual tuvo origen en la reclamación que hicieron a Estados Unidos las Comunidades Europeas en relación con la aplicación del artículo 110 (5) anteriormente enunciado.⁵⁰

Para explicar mejor el caso indiquemos a continuación el contenido de las normas citadas. El artículo 13 de los ADPIC, establece las condiciones que habrán de ser tenidas en cuenta simultáneamente por los Estados miembros al momento de determinar las *Limitaciones y excepciones* que se imponen a los derechos exclusivos de autor.⁵¹ Por su parte el artículo 110 (5) de la Ley de derechos de autor de Estados Unidos consagra las limitaciones a los derechos exclusivos de autor en forma de *exenciones*, una determinada “exención de uso doméstico” u hogareña como le dirían otros y la “exención empresarial”. La primera establecida para obras musicales dramáticas y la segunda para otros tipos de obras diferentes de las obras musicales dramáticas.

El quid del asunto radicó en que para las Comunidades Europeas la Ley de derechos de autor de los Estados Unidos violaba las disposiciones del artículo 13 de los ADPIC, mientras que para los Estados Unidos las limitaciones que consagra la norma del artículo 110 comentado, estaban justificadas a la luz de lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, por cuanto según ellos esta norma incorpora la doctrina de las “pequeñas excepciones” aplicable a los artículos 11 y 11 bis del Convenio de Berna, incorporado este también a su vez a los ADPIC según lo dispuesto por el artículo 9 del acuerdo.

El Grupo Especial encontró que el artículo 110 (5) en materia de la “exención para uso doméstico de obras musicales dramáticas” se ajustaba al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, mientras que en lo relativo a la “exención empresarial” para el uso

⁵⁰ Organización Mundial del Comercio - OMC - http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm -.

⁵¹ Las limitaciones y excepciones del artículo 13 de los ADPIC deberán: a) circunscribirse a determinados casos especiales, b) no podrán atentar contra la explotación normal de la obra, y c) no causarán un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

de obras distintas a las musicales dramáticas no podía afirmarse lo mismo, pues no constituía ella un “determinado caso especial”, ya que eventualmente era muy alto el porcentaje de la población comercial beneficiaria, “atentaba contra la explotación normal de la obra”, y además en el evento de concederse, causaría un perjuicio injustificado a los derechos legítimos de los titulares de los derechos sobre las obras cuya exención se pretendía, en tanto se les privaba a éstos de la posibilidad de recibir las regalías provenientes de la emisión de sus obras por radio y televisión. En ese orden de cosas no cumplía entonces con la regla de los tres pasos.

Es bien significativa la consideración del caso anterior, no sólo por los efectos jurídicos que produjo su tratamiento en torno a la defensa de los usos honrados de la obra protegida por los derechos de autor, debiendo los Estados Unidos ajustar su legislación, sino también y en una medida interesante por las consecuencias económicas que se desprendieron de la decisión tomada en su definición, las cuales fueron estudiadas y tasadas por medio de arbitraje, proceso recurrido y aceptado por las partes en litigio.⁵²

En el caso anterior pudo verse como fueron protegidos los derechos de autor contra el uso no honrado que se hizo de los mismos en actividades comerciales.

Es importante precisar en este punto que la regla de los tres pasos, que está arraigada en los países de tradición jurídica continental o romano-franco-germánica, no es asimilable en el fondo al “*fair use*”⁵³ estadounidense dado que en este por regla general y en razón al mismo sistema jurisprudencial norteamericano, las

⁵² Ver página web: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160arb_25_1_s.pdf

⁵³ El “*fair use*” o “uso leal” de los Estados Unidos de América está consagrado en la sección 107 del título 17 del Copyright Law of the United States. Para que se configure el “uso leal” deben confluír los siguientes cuatro (4) factores: “1) El propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o es para fines educativos y no lucrativos; 2) La naturaleza de la obra protegida; 3) La cantidad y la importancia de la parte utilizada en relación con la obra en su conjunto; y 4) El efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con sus derechos de autor. El hecho de que una obra sea inédita, no impedirá por sí misma una consideración de uso leal, si a tal conclusión se llegó tras el examen de los factores mencionados.” (Traducción obtenida de la página web <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/107> - adaptada en el último aparte del factor 4).

limitaciones o excepciones al derecho de autor no están precisa y expresamente consagradas en la ley, otorgando a los jueces libertad de criterio para considerarlas, como si lo están en nuestro sistema de tradición latina, sin que ello signifique que la labor judicial en los países que conservan esa tradición sea convidada de piedra cuando se trata de resolver conflictos sobre la materia.

Otra diferencia de fondo entre la regla de los tres pasos y el *fair use* americano radica en que mientras la primera es un mandato al legislador nacional por virtud de la normativa supranacional en materia de derechos de autor; el segundo, que se identifica preponderantemente con los usos honrados en el criterio “efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida”, constituye una doctrina que a modo de excepción y limitación al derecho autoral permite el uso libre de obras protegidas en materia de educación e investigación en el sistema del copyright americano.

De otro lado y dada la realidad actual que vivimos en materia de TICS, merece mención especial el caso de la *cita en internet*, pero sobre todo para significar que la misma no dista mucho de la cita en el medio análogo o digital, pues debe cumplir los mismos requisitos que aplican a esta última. Tal vez es importante señalar que como elementos adicionales que deben incorporarse a la cita en internet, con el fin de cumplir fielmente con la identidad de la obra protegida, están el cuidado y precisión con los cuales debe indicarse la fuente de la obra electrónica, no porque en la de formato análogo no deba hacerse, igual cuidado hay que tener, sino porque en ella los sitios web, links o páginas en donde se encuentran alojadas las obras digitales cambian constantemente, llegando incluso al punto de desaparecer, de allí que haya que citar la dirección exacta del sitio web o el nombre del dominio del cual se extrae la obra y los demás datos que la identifiquen plenamente en ese formato digital, de forma tal que dada la necesidad esa fuente pueda ser comparable y verificable en relación con la obra original objeto de protección. Otra justificación para que lo anterior deba hacerse, radica en que existen eventos en que es posible modificar la obra digitalmente incorporada en la red, sin autorización expresa, lo que atenta contra los derechos de autor.

Seguidamente trataremos sobre los sobrepasos en los límites de la cita y sus consecuencias, las cuales pueden llegar hasta el plagio, a partir de la existencia de algunas conductas violatorias de los derechos de autor que habrán de desprenderse de las ideas expuestas con anterioridad.

2. Derecho de cita y plagio

Corresponde en esta segunda parte del trabajo estudiar las posibles vinculaciones que puedan darse en virtud del ejercicio del derecho de cita, después de haber delineado su arquitectura conceptual, y el plagio como la principal de las conductas constitutivas de defraudación⁵⁴ a los derechos de autor.

Serán entonces objeto de averiguación las respuestas o soluciones que mejor convengan a interrogantes tales como los siguientes: ¿es la cita excesiva expresión de plagio?, ¿existe plagio en el caso en que la obra original o citada sea superada por la obra secundaria o nueva a la que adhiere?, ¿se incurre en plagio cuando se citan fragmentos de una obra que tenga una importancia pública o económica considerable?, ¿se violenta el derecho de autor cuándo los extractos o fragmentos incluidos en la obra nueva desbordan el aporte o la sustancia de dicha obra, así se describa la fuente, la obra original y el nombre de su autor?, ¿estamos en frente de una conducta que atenta contra el derecho de autor en el caso en que la obra que contiene las citas no se sostenga intelectualmente sin ellas?, ¿es la ocultación maliciosa de la fuente una conducta plagiaría?, ¿comete plagio quien olvida entrecomillar la frase o texto que cita?, ¿existe un número de citas a partir del cual pueda hablarse de plagio?, ¿comete una infracción al derecho de autor quien asume como propia la cita de una obra que en realidad ha sido obtenida de la cita de otro autor del que no se menciona su nombre ni su obra?, ¿es un plagiario quien transcribe en una obra suya un fragmento de otra obra que aún no ha sido dada a conocer

⁵⁴ Decimos que el plagio es la principal conducta defraudatoria en materia de derechos de autor porque bien existen otras que aun constituyendo fraude no configuran plagio, v. gr. la suplantación de la personalidad del autor, que es diferente de la "usurpación" de dicha personalidad, ésta sí constitutiva de plagio.

al público?, ¿habrá plagio en el caso en que un autor abusando del derecho de cita, transcriba en su obra pasajes, fragmentos extensos o notas de obras ajenas, pero con el único ánimo de satisfacer su interés personal y usarla para su consulta propia?. Ya hemos entregado algunas respuestas entre líneas al llegar hasta este punto. A continuación, detallaremos a mayor espacio algunas de las posibles respuestas que puedan satisfacer esas inquietudes que se han formulado.

Antes de adentrarnos en la disertación a la que invitan las preguntas precedentes, es necesario delimitar el concepto de plagio al igual que se hizo con la figura de la cita y del derecho de cita. También es importante, previamente dejar constancia, aunque en la introducción ya advertíamos algo, que en el tratamiento y estudio de la figura del plagio han tenido connotada participación además de los abogados, sociólogos, licenciados en ciencias de la educación, escritores, novelistas, poetas y en general académicos ocupados en cualquiera de las ramas de la ciencia, el arte o la cultura, todos los cuales se congregan alrededor de la universidad como institución que propugna por la transferencia, defensa, creación y proyección del conocimiento cualquiera que este sea. Ya habíamos reconocido la importancia de muchas de las disciplinas dedicadas al estudio del plagio.

En general el concepto de *plagio*⁵⁵ ha correspondido más a una elaboración doctrinal que legal. Veamos algunas definiciones:

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su versión digital⁵⁶ dice que *plagio* es “acción y efecto de plagiar” y que *plagiar* es “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como

⁵⁵ La etimología de la palabra “plagio” viene del latín *plagiare* que otrora significaba cosa distinta a la que significa hoy. En Roma se refería a la propiedad que se tenía sobre un hombre que se sabía libre o sobre un esclavo ajeno, de aquí que actualmente el plagio incorpore como causa raíz del mismo la usurpación de una “personalidad”, en este caso la del autor, en sentido figurado, porque bien sabemos que en aquella época el esclavo por ejemplo era considerado como una cosa. El término “plagio”, por su mismo origen y según sea el contexto dentro del cual se utilice, puede significar también “secuestro”. Esto en recordación de la Ley Fabia romana según la cual se llamaba plagario, entre otros casos, a quien secuestraba una persona o la privaba de su libertad.

⁵⁶ Sitio web: <http://lema.rae.es/drae/?val=PLAGIO>.

propias”. Copiar en el sentido del plagio no es tomar prestado de otro, como a veces se dice; es más bien “escribir en una parte lo que está escrito en otra” sin autorización, como también lo define el mismo diccionario, o sea es imitar, remedar, repetir con un pernicioso interés.

Para Posner (2007), *plagiar* es “copiar en forma fraudulenta sin consentimiento” (p.33). *Plagiar* para este autor no es sólo copiar fraudulentamente, en tanto como ya lo he advertido, el plagio no es la única manera en que se manifiesta el fraude intelectual. Hay otras formas de defraudación. Para entender esto pone como ejemplo el caso de un estudiante que compra un trabajo para hacerlo pasar como suyo. Según él el autor de ese trabajo en ningún caso sale perjudicado, no obstante haberse cometido un fraude intelectual por parte del estudiante, por lo cual no parece acertado hablar de plagio. Particularmente discrepo de la posición de Posner porque desde un punto de vista práctico la intencionalidad del estudiante es la de hacer pasar como suyo un trabajo de otro sin entregarle a este los méritos y créditos que le correspondan. De hecho en la presentación o alusión que haga a ese trabajo siempre antepondrá su (falsa) autoría. Además, considero que la frase “copiar en forma fraudulenta” sin más, está significando, entre otras cosas, que esa copia, cualquiera que sea, se haga también sin el consentimiento del autor de la obra o el trabajo copiado.

Ahora, reducir el concepto de plagio a un simple “préstamo” que se recibe de la producción intelectual de otros, como lo decíamos con anterioridad, es una posición bastante generosa con quienes llegasen a justificar su comportamiento plaguario y muy costosa con aquellos de quienes se toma prestado. En el mismo sentido se pronuncia Posner⁵⁷ Σ con quien aquí si coincido, cuando dice que la frase “tomar prestado” es una expresión inapropiada si se tiene “en cuenta que lo “tomado en préstamo” nunca se devuelve.”

⁵⁷ *Ibid.* pp 15 – 16

Miró Llinares (2003) señala por su parte que “El plagio es el robo de la personalidad del autor mediante la negación del carácter de creador de su obra y la apropiación de los derechos sobre la misma” (pp. 373-374). El mismo autor trae una muy atinada definición de *plagio* elaborada por el Tribunal Supremo Español en la cual se considera como tal “todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándose como una actividad material mecanizada muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio”.⁵⁸

Para los argentinos Villalba & Lipszic (2009), citados por Federico Villalba (2012) “el plagio consiste en la apropiación de todos o algunos elementos originales de la obra de otro autor, presentándolos como propios...” (p.86).

Vega (2002), por su parte, considera que no es fácil concretar una definición de plagio, en tanto resulta complejo determinar el contenido de la conducta plagaria sobre todo a la hora de definir el límite de la acción que habrá de sancionar dicha conducta. Por tal razón señala la existencia de una *concepción amplia* del plagio y una *concepción restringida* del mismo.

En lo que atañe a la primera, cita a Algardi (1966), quien define el plagio como la “simulación de la originalidad de la creación intelectual de una obra derivada, en toda o en parte, a través del conocimiento o mediante la reproducción o la elaboración de la obra o del elemento creador de la obra tutelable perteneciente a otro” (pp. 274-275). En lo que respecta a la *concepción restringida* Vega (2002) afirma que “otro sector doctrinal”, -no dice cuál-, plantea que el plagio es “una imitación fraudulenta o copia servil de las ideas contenidas en la obra de otro” (p.275). Esta última corriente sostiene que sólo habrá plagio si la conducta imitativa se torna fraudulenta y servil, pues de no ser así y si el autor del comportamiento logra mejorar la obra objeto de imitación, dándole su propio “toque personal” dicha conducta no será sancionable

⁵⁸ *Op. cit.*, sentencia de 23 de marzo de 1999, sala 1ª, pp. 374-375.

jurídicamente, aunque desde la óptica moral tendría su castigo. A esto es lo que llama Plaisant,⁵⁹ citado por el mismo Vega (2002), el *plagio hábil*.⁶⁰

En relación con la referencia que hace Vega (2002), tenemos dos observaciones que hacer; una primera para decir que la *concepción amplia*, en nuestra opinión, recoge la noción de plagio elaborada desde la misma postura *restringida*, no siendo necesario insistir en esta ni complejizar más el asunto, pues la “copia servil” no es otra cosa que una forma “fraudulenta” de “simular la originalidad” de una obra. La segunda observación radica en una crítica que debe hacerse a la tesis que defiende la misma *concepción restringida*, en tanto no estamos de acuerdo con la afirmación de que el *plagio hábil*⁶¹ o “*plagio inteligente*” como lo llaman otros, pueda ser una conducta aceptable jurídicamente, por lo menos en sus consecuencias legales, pues una cosa es la dificultad en la detección del fraude y otra muy distinta que esa “habilidad” sea permitida y “premiada” por el derecho y tampoco por la sociedad y la comunidad de autores.

Es cierto que existen plagios mucho más elaborados que otros, que son seguramente bastante burdos y serviles, pero al fin y al cabo resultan siendo plagios y como tales deben ser sancionados. No hay plagios buenos ni malos, existen más bien conductas plagiarias fáciles o difíciles de descubrir. Aceptar en gracia de discusión que al plagiario hábil se le debe admirar en vez de reprochar, según la argumentación dada por quienes defienden esa postura, sería lo mismo entonces que exculpar y “elogiar” al estafador por

⁵⁹ “El plagio hábil es moralmente censurable pero jurídicamente irreprochable”, *op. cit.*, p. 275.

⁶⁰ Prácticas como esta –y hasta las que no lo son– cuentan desafortunadamente con la ayuda de internet, pues por medio de diversos sitios web (ver nota No 10) se puede intercambiar información de toda índole, con la posibilidad de “retomar” la que resulte de interés y con base en ella “fabricar” una versión propia.

⁶¹ Tampoco consideramos conveniente la expresión “plagio creativo”, usada por Kevin Perromat para aludir al poeta árabe Al – Askari (?- 1005) el cual, según él, llegó a sostener que los “imitadores, los epígonos pueden incluso superar a sus mayores, pues:” “quien así procede [quien realiza las buenas apropiaciones] merece más gloria que su precursor” (el último entrecomillado de Kanazi, 1989, p.114, citado por el mismo Perromat). *Op. cit.* p.79.

sus intrincadas artimañas, y en cambio y en gracia de discusión, cargarle todo el peso de la ley penal al delincuente que comete un hurto simple, cuando ambos delitos culminan con un despojo patrimonial de los bienes de la víctima, todo porque en la primera de esas conductas, para que se configure, es menester que haya por parte del sujeto que la comete, un despliegue o esfuerzo intelectual que le permita prefabricar el engaño, mientras que en la segunda sólo basta con un rápido y rudo movimiento físico para lograr el cometido. Se exalta la “viveza” y “limpieza” del primer acto, pero se condena la “precariedad” y la “simpleza” del segundo, pudiendo incluso presentar este menores consecuencias jurídicas.

En materia de derecho colombiano la legislación penal que es la encargada de regular y sancionar la conducta típica del plagio, no lo define y tampoco utiliza esa expresión propiamente, pero en cambio sí recoge su significado doctrinal cuando describe los tipos penales de “violación a los derechos morales de autor” y “defraudación a los derechos patrimoniales de autor”.⁶² Lo anterior no significa que el tratamiento del plagio solo esté supeditado a la ley penal, pues también es una conducta que cabe dentro del derecho civil, en tanto con ella puede producirse igualmente un daño patrimonial a los intereses del autor plagiado. Sus límites tocan, incluso, los terrenos del derecho comercial en eventos relacionados con la competencia desleal y hasta con la propiedad industrial. La Decisión 351 de 1993 no incorpora la noción de plagio, pero al igual que la normativa colombiana establece parámetros para evitar el detrimento que puedan sufrir los derechos de autor en este sentido. Sobraría advertir, casi con total certeza, que en cualquier contexto extralegal el plagio es moralmente censurable.

Como puede verse pareciera que en términos generales y teóricamente hablando, existe cierto consenso en lo que debe enten-

⁶² Artículos 270 y 271 de la Ley 599 de 2000 –Código Penal Colombiano. Por ejemplo: la ley Argentina (Ley 11.723 de 1933, art.71 y Código Penal art.172) también sanciona el plagio, aunque tampoco alude expresamente a él. El Código Penal Español a diferencia del nuestro sanciona expresamente (Art.270) con pena de prisión y multa a quien “reproduzca, plagie, distribuya... en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica...” (énfasis mío). En Costa Rica el plagio no está tipificado en la ley como hecho punible.

derse por plagio, aunque desde el punto de vista práctico la historia ha demostrado que son diferentes los matices con los cuales se ha materializado en cada caso (y época concreta ⁶³) dicha concepción, o su accionar, para decirlo en otras palabras.⁶⁴

En resumen los elementos que estructuran un comportamiento plagario, indistintamente si su entidad es o no suficiente para configurar una conducta punible pues no es esa la finalidad específica que se persigue con este trabajo, son los siguientes: a) intención malintencionada y consciente de apropiarse de una obra ajena, a través de su copia o imitación b) sin autorización o manifestación de la voluntad del autor que permita la transcripción, copia o utilización de su obra por parte de terceros, y c) con el fin de sacar cualquier tipo de provecho.

El Tribunal Andino de Justicia⁶⁵ pronunciándose sobre este tema dijo que “El plagio se integra con dos elementos, la reproducción o la copia, unidos en todo caso a la atribución de la condición de autor de lo reproducido o copiado e implica dos clases de infracciones a los derechos del autor: de una parte, la violación del derecho moral; y, de otra, la violación del derecho de explotación. Lo primero porque el plagario se atribuye sobre la obra una paternidad que no le corresponde; que le pertenece exclusivamente al autor de la obra copiada. Y lo segundo, porque se afecta económicamente al autor...”

Para que exista plagio no habrá necesariamente que perseguir el ánimo de lucro o provecho económico, salvo que se esté en fren-

⁶³ Umberto Eco en el “Prólogo” a Merton (1993, p.17), citado por Perromat entrega muestras de cómo era el tratamiento del “plagio” en la edad media, que no se agotan allí, pero que nos deja ver la dificultad (al igual que hoy) por las que ha atravesado la propiedad intelectual: “El medioevo copiaba sin indicar las fuentes porque era el modo tradicional y más adecuado de hacer las cosas. A este respecto, veamos un concepto cercano al del Aforismo [“Somos como enanos a hombros de gigantes”] concebido por San Agustín y desarrollado por Roger Bacon, quien opinaba que, si las buenas ideas se encontraban entre los infieles, éstas debían ser apropiadas *tamquam ab iniustus possessoribus*, puesto que pertenecían por derecho propio a la cultura cristiana. De ahí que la Edad Media posea una noción muy diferente a la nuestra de lo que debe entenderse por “falso” o “falsedad.” *Op.cit.* p.74.

⁶⁴ Coincidimos en esta aseveración con la postura de Vega *op. cit.*, pp. 273-275.

⁶⁵ Proceso 139-IP-2003, Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXI, No 1057. Sitio web: <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Gacetas/gacel1057.pdf>.

te del análisis del plagio como una conducta delictiva, pues en dicho evento es indispensable realizar tal averiguación con el fin de determinar la gravedad y antijuridicidad de la misma.

De lo anteriormente expuesto se desprende como conclusión que podrán existir casos de plagio sin que se presente en ellos la voluntad de sacar ventaja económica de ese comportamiento. Un ejemplo de esto puede verse en el caso del “plagio académico”,⁶⁶ pues allí por lo general, los estudiantes principalmente, lo que buscan al copiar alguna obra, o apropiarse de la producción intelectual ajena es aprobar una determinada asignatura u obtener una calificación satisfactoria y no pretender una utilidad económica de su acto.⁶⁷

2.1 Eventos que desnaturalizan la cita

Al partir del concepto de plagio y de sus elementos estructurantes y habiendo ya revisado el tema de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, en especial lo que concierne al derecho de cita, es menester pasar ahora a estudiar los posibles eventos en los cuales las manifestaciones del *derecho de cita* desbordan sus límites y se introducen en el ámbito de lo prohibido, de la censura ética y legal a que da lugar el *plagio*.

Aunque son muchas las formas y maneras de incurrir en plagio, realmente no existe un catálogo que las describa una a una,

⁶⁶ El “plagio académico” es aquel que se presenta al interior de las instituciones educativas de todo nivel. Es el más grave de todos en nuestro concepto y paradójicamente el menos sancionado, habida cuenta si se consideran las calidades de los actores que en el intervienen (profesores, estudiantes, investigadores, etc) y el mismo escenario en el que ocurre, que debería ser por el contrario el lugar indicado para su prevención, en tanto es allí donde, por obvias razones, se transfiere y crea el conocimiento. Este tema, dada su trascendencia, amerita un trabajo especial e independiente, que desnude la problemática que acontece en las diferentes dinámicas educativas y diserte sobre las posibles soluciones.

⁶⁷ Pudiéramos afirmar que para Vega no habría una vulneración económica cuando se esté en frente de una “obra plagiada y adaptada por una persona para deleite propio...”, pues ni siquiera para él esa conducta sería “socialmente censurable ni jurídicamente punible”. *Op. cit.* p.284. Estaríamos de acuerdo con el mencionado autor en que en un caso hipotético como ese no existiría la finalidad de obtener algún lucro. Por el contrario disintimos de él en la segunda parte de su afirmación, pues para nosotros sí habría plagio al margen de la sanción que conviniera para el efecto, tal y como lo hemos venido sosteniendo.

quedando la determinación concreta de esas conductas al libre arbitrio del operador judicial quien en últimas decide si su entidad, dadas las características particulares y propias de cada caso, se ajusta o no a la hipótesis incriminadora, ya desde el punto de vista penal ya desde la óptica civil.

Intentemos ahora dar respuesta a algunas de las inquietudes que surgen exclusivamente, en materia de plagio, a través del uso de la cita, tal y como quedó explicada en las páginas anteriores.

Antes es importante anotar, que así como cuando se trató el derecho de cita se dijo que este podía predicarse de cualquier tipo de obra, es necesario advertir, por lo menos para abrir la discusión, que en el sentir de algunos doctrinantes, el plagio es de difícil concreción de la misma forma sobre todas las obras o creaciones, quedando reservado, en términos generales, a las obras artísticas, literarias o científicas, y no a las interpretaciones artísticas particularmente. Esto lo sostiene Miró Llinares (2003) y otros autores citados por él⁶⁸ el argumento, dice Vega (2002), es que allí no se apropia la obra del autor sino que más bien se da, con la imitación, la usurpación del nombre del artista.⁶⁹

Ya decíamos que la cita debe cumplir con unos presupuestos o requisitos legales para que pueda hacerse uso de ella de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

2.1.1 Cita excesiva

Comencemos entonces por escudriñar la *cita excesiva* y cuándo ella puede configurar plagio. Primero habrá que entender la noción de *cita excesiva* para poder dimensionar sus límites. En general cuando hablamos de “exceso” aludimos a algo desmedido o exagerado, que supera los límites por desmesurado.

Aquí en este punto, al igual que cuando hicimos alusión al concepto de citación desde una perspectiva lingüística, es necesario retomar de nuevo dicho aspecto para establecer los elementos

⁶⁸ *Op.cit.*, pp 375-376.

⁶⁹ *Op. cit.* p.122. Para V. Latorre, citado por el mismo Vega, esos autores “parten de una concepción muy estrecha de la interpretación artística”.

particulares que contribuyan a definir la cita excesiva y por ende a contextualizar y hacer más comprensible su aplicación en el ámbito legal.

Entender algunos de los siguientes tipos de citas, nos puede ayudar a encontrar, junto con el análisis jurídico respectivo, elementos característicos para calificar una determinada cita como *excesiva*; son ellas la cita semi-integrada, cita directa breve, cita directa en bloque y la cita indirecta.⁷⁰

Veamos cada una de ellas en función de los elementos lingüísticos que pueden servirnos para contribuir a evidenciar la configuración de la desmesura y la exorbitancia de la cita:

- **Cita directa breve:** Consiste en una reproducción literal entrecomillada de un texto corto que no excede las 40 palabras.
- **Cita directa en bloque:** Contraria a la cita directa breve, esta cita excede las 40 palabras literales transcritas. Es una cita extensiva hecha en bloque como su nombre lo dice.
- **Cita semi-integrada:** A través de esta clase de cita se combinan citas literales cortas o en bloque o ambas con citas indirectas o citas de parafraseo.
- **Cita indirecta:** No hay de por medio una transcripción literal del texto que se cita. La citación en este caso se materializa en formas tales como el parafraseo, el resumen, un análisis o un comentario específico que se hace con relación a la postura de un determinado autor sobre su obra.

En lo que atañe a nuestro ordenamiento jurídico no existe una regla que tase, cuantitativamente hablando, un límite exacto en el número de extractos, notas o fragmentos que puedan ser objeto de cita, como si lo hace la legislación argentina, según se vio, razón por la cual el procedimiento para realizar dicho examen en nuestro caso exige, además, el agotamiento de un examen cualitativo

⁷⁰ Tipos de citas, verbos y funciones retóricas en artículos de investigación (avance de trabajo doctoral), recuperado de <http://www.ucn.edu.co/sistema-investigacion/Paginas/formacionInvestigadores/Citas-Verbos/index.html>.

que descansa en la noción de los usos honrados y en la finalidad de la cita. En el caso argentino parece ser que sólo cuenta el factor cuantitativo para determinar que una cita es excesiva. Esto sirve para afirmar que una determinada cita, en términos cuantitativos puede ser excesiva en Argentina pero no serlo en Colombia.

Como ya conocemos el concepto de cita, según los elementos que nos entrega la lingüística y la disciplina jurídica, podemos afirmar que la *cita excesiva* es aquella referencia de textos, fragmentos, pasajes, ilustraciones o notas de una obra preexistente que incorporadas en una obra nueva, superan la medida justa y necesaria y la finalidad que se persigue con ella. Por eso no basta para afirmar que una cita es excesiva con atenernos solamente al número o cantidad de fragmentos citados.

Tampoco el “exceso” tiene que ver con el tamaño o longitud de un determinado pasaje o extracto incluido en la obra que lo recibe, ya que si es perentorio hacerlo por la especificidad del trabajo creativo o investigativo que se realiza, puede procederse así. La extralimitación de la cita de la obra u obras originales se examina a la luz de la obra producida en su conjunto, como un todo. Para Antequera Parilli (2010) son excesivas también las citas intrascendentes o caprichosas que pretendan engrosar sin sentido un determinado trabajo. (p.139)

Creemos que la extralimitación de la cita puede configurarse no sólo con fundamento en el uso de uno de los tipos de cita arriba descritos, sino también por el uso simultáneo que se haga o pueda hacerse de varios de ellos, pero siempre y cuando unos y otros resulten estériles para la finalidad que se persigue con su inclusión. En otras palabras, una citación puede ser excesiva por ejemplo cuando se abuse o extralimite el uso de la cita directa breve o el de esta conjuntamente con el de la cita directa en bloque. El uso indiscriminado del parafraseo, al ser este una forma de citación indirecta, también puede constituir una citación excesiva, bien sea utilizado individualmente o con otros tipos de cita. ¿Qué decir de la referencia que es considerado a veces otro tipo de citación?, ¿podrá constituir también ella citación excesiva?. La referencia es una indicación que se hace a un lector de un lugar en

el que puede encontrar aspectos relacionados con el tema sobre el que lee o trabaja. Realmente la *referencia* tal y como aquí se describe no constituye un tipo de cita, según los lineamientos que venimos exponiendo. El “exceso” de referenciación en una obra cualquiera, contrario a lo que podría pensarse sirve para fundamentar con mayor rigor el trabajo académico realizado, pues evidencia el dominio y el conocimiento que posee del tema, y de sus distintas fuentes, aquella persona que lo produce. Queda para el análisis del lector responder la siguiente pregunta: ¿el uso del resumen como una manifestación de cita indirecta podrá constituir una forma de citación excesiva ?.

La cita excesiva es también abusiva, porque ataca la obra objeto de cita privándole de su función auxiliar o de apoyo, haciéndola emerger como principal en reemplazo de la obra nueva, cuando es esta última la que debería ser protagonista y referente de la producción intelectual que se publica y divulga. En este caso estaríamos en frente de una única obra, que sería aquella de la cual se extrae la cita,⁷¹ desapareciendo la razón de ser de la obra que pretendía ilustrarse con base en esas referencias, al no ser posible encontrarle un sustento intelectual propio y suficiente que permita su existencia autónoma, ya que es presupuesto indispensable para que la cita pueda darse, que haya presencia de dos obras, una ya divulgada que presta su texto o corporeidad y otra nueva que lo atrae y contiene adecuadamente.

Si después de efectuar el análisis de rigor se llega a la conclusión que la obra nueva no cuenta con la capacidad suficiente para sostenerse por sí sola sin el agregado de la obra original, el autor de la “obra creada” a partir de allí se encontraría incurso en realidad en una situación de plagio, no porque las citas no cumplan con el requisito de la divulgación, de la expresión de la fuente y del título de la obra y de su autor, porque bien pudieran estar satisfechos, sino porque estaría pretendiendo hacer pasar como suya una obra que en verdad es una copia textual de otra que es ajena y además

⁷¹ Las obras citadas pueden ser varias, sólo que para el efecto las agrupamos todas en la que llamamos “obra citada”.

porque dependiendo de las condiciones de la obra u obras copiadas es posible que se atente contra la explotación económica de esas obras, a través de su uso comercial, en la medida que se aproveche de los réditos que ella produzca.

En lo que concierne a la legislación autoral colombiana –Ley 23 de 1982- el artículo 31 pareciera permitir la cita excesiva, en tanto prevé que es posible que “la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra”. Entendiendo claro está por el vocablo “principal”, una determinada cantidad de citas y no otra cosa. Sobre este particular ya habíamos expuesto la dificultad que presentaba la norma del artículo citado, pues la única “solución” que trae para el presente caso es que se indemnice proporcionalmente a los autores de las obras incluidas.⁷² Según este análisis literal de la norma, la cita excesiva, a la que estaría refiriéndose la misma en su segundo inciso, no constituiría per se una conducta irregular, por lo menos en lo que al plagio se refiere, y más bien desembocaría ese supuesto de hecho allí consagrado, en un asunto especialmente de orden civil.

En aras de la justa medida y de la búsqueda de la verdad que es la meta siempre, la determinación del plagio por el abuso de la cita deberá llevarse a cabo caso por caso, haciendo un examen detallado de cada uno de los eventos en que se hace uso de la cita, ya que puede haber acontecimientos en los que haya mayor necesidad de inclusión de textos o fragmentos que en otros (más cortos o más largos, más espaciados o más seguidos) según la extensión, la complejidad, el campo temático y la finalidad de la obra que los adopte. Dependiendo de esa evaluación, que en últimas está reservada al libre arbitrio de la autoridad judicial, se podrá concluir si existe o no el plagio, y en caso de darse, con seguridad que será por razón de una reproducción simulada y sustancial.

Esa modalidad de reproducción simulada no se atenúa por ejemplo por el hecho de haberse cumplido con las formalidades de la cita, o sea, con haber indicado el nombre del autor, el título de la obra y la fuente en cada referencia, pues es ésta precisamente

⁷² Ver nota No. 44.

una de las estrategias utilizadas para esconder la verdadera intención del plagiario, cual es la de fingir ser el autor de la obra que incluye las citas, obra que en realidad no existe porque se debe en todo a la obra original en la que siempre habitó.

2.1.2 Obra nueva que “supera” a la original

Analicemos ahora la hipótesis según la cual y en el sentir de algunos, no existe plagio cuando la obra nueva o secundaria -sin que sea derivada- supera la obra principal de la que se sirve, debido a una “hábil” maniobra de quien la produce, no obstante tomar de esta su sustancia y modificarla “inteligentemente”. Aquí volvemos al caso del plagio hábil, creativo o sofisticado, al que tuvimos la oportunidad de referirnos en párrafos anteriores. En este punto queda tal vez por decir, no con el fin de asentir sobre ese tipo de conductas, pero sí para entender un poco las razones de quienes las justifican, que en realidad resulta inestimable mantener indemne de modo absoluto, y consultar en forma permanente, el principio de originalidad que al margen del mérito de la obra y del tema que la ilustra, es insumo indispensable para individualizar la personalidad de un autor y diferenciarla de la de otro, y de paso para determinar la paternidad sobre una determinada creación.

Aunque parezca obvio, la dificultad principal para crear en esencia, es la falta de originalidad, de singularidad y de estilo propio en quien se dice autor. En el sentir de algunos es muy difícil ser originales porque ya todo está dicho.⁷³ Toman además como argumento para adueñarse de las obras de otros, el hecho de que el plagio se ha dado incluso entre los mejores hombres de todos los tiempos.⁷⁴

⁷³ Jean de La Bruyère (citado y traducido por Perromat, 2010), *Op. cit.*, dijo, para justificar la apropiación de la obra ajena, que: “todo está dicho y llegamos demasiado tarde: hace más de siete mil años que hay hombres y que piensan (...) no hacemos más que cosechar detrás de los clásicos y los más hábiles de entre los modernos”.

⁷⁴ a) Platón fue acusado de plagio, lo mismo que Shakespeare, Moliere, Cervantes, Leibniz y Dumas entre otros (*Cosas que importan en 51 artículos periodísticos*, Gerardo Muñoz Lorente, Editorial Club Universitario, p.196, España, 2006. (Consultado en Google Books. Fecha de consulta: 17-02-2014), b) “Martin Luther King Jr. plagió su tesis doctoral” (Sonia J. Girón C.- *Anotaciones sobre el plagio*, Universidad Ser-

Para cerrar este punto insistimos en que el “plagio hábil” o como quiera llamársele, es una forma más de plagio cuyo responsable no tiene por que ser eximido en sus consecuencias éticas y legales. Cosa distinta, que ya también introducíamos, y quizás por eso se le atribuyan esos imprecisos calificativos, es por la dificultad de descubrir la estratagema, el plagio propiamente, que no es fácil pero que no por ello puede justificarse.

En materia de detección del plagio, Perromat (2010)⁷⁵ al calificarlo de “ambiguo” y de “polémico” (p.14), dice con acierto al enfatizar este último aspecto, que “el plagio solo existe en la medida en que alguien lo “descubre” y lo “rechaza” (p.14), situación que el mismo autor reconoce como una titánica labor pues “incluso desde la perspectiva más optimista, un lector con una gran competencia lectora, es decir, capaz de descifrar e interpretar *correctamente* los textos, puede ignorar la existencia de una obra anterior de la que se hubiera “copiado” lo esencial [definición del DRAE]”.⁷⁶

En materia de elusión efectiva del plagio sí que estamos a expensas de la honradez intelectual del sujeto que crea. Y aun así ¿qué hacer con la “imitación culposa”, que también a veces se suele presentar?, ¿Cómo probarla, y creerle a quién fue víctima de esa circunstancia que su acto constituye una lamentable coincidencia? A esta situación puede llegarse a través de la llamada “reminiscencia”, según la cual se traen a la memoria recuerdos de situaciones pasadas, a las que no se les da ese carácter histórico pensándose que son ideas nuevas a partir de las cuales se puede construir o crear algo.

La “criptomnesia” es otro nombre con el que se conoce a los recuerdos ocultos, y que ha dado lugar a que se hable del “plagio involuntario”, tema interesante que por su extensión, densidad y especialidad serviría como insumo para el planteamiento y desarrollo de un trabajo de investigación autónomo. Sin embargo y rescatando la importancia del concepto criptomnésico dada su

gio Arboleda, p.12, Bogotá 2008, c) *El libro de los plagios*, Juan-Jacobo Bajarlía, Ediciones LEA S.A, Buenos Aires – Argentina, 2012. (Google Books).

⁷⁵ *Op. cit.* p.14.

⁷⁶ *Op.cit.* pp 14-15.

relación con el tema que desarrollamos, en tanto genera mucho debate, introduciremos algunos elementos para entenderlo, caracterizarlo y contextualizarlo en materia de plagio.

La “criptomnesia” es un concepto acuñado por primera vez por Carl Gustav Jung,⁷⁷ y desarrollado en el campo de la psicología, y especialmente en el de la psicología analítica. Para Jung, la “criptomnesia” es “el proceso por el cual se vuelve consciente una imagen mnémica que no es reconocida primariamente como tal, lo que sólo ocurre eventualmente de manera secundaria, por la vía del reconocimiento *a posteriori* o del razonamiento abstracto”.⁷⁸ Por su parte para Moody (1990), la “criptomnesia” es “la experiencia de recordar algo enterrado en la profundidad del almacén de la memoria” (p.167).

Este proceso psicológico de la memoria oculta viene al caso del plagio, porque a través de él una conducta, en el evento en que ella sea plagiaria devendría, según sus defensores, como un acto espontáneo y coincidente entre la obra de quien está seguro de su esfuerzo creativo y novedoso, cuando no es tal, y la obra original preexistente y que no conocía o recordaba de momento. Suponemos nosotros que ese acto en virtud de la teoría de la “criptomnesia” no se torna doloso, aunque a la luz de cualquier ordenamiento jurídico que se examine es del todo ilegal y violatorio de los derechos de autor. Por supuesto irreflexivo e inconsciente, en una actividad creativa que exige todo lo contrario. De hecho, la involuntariedad de la acción⁷⁹ no justifica ni exime el comportamiento plaguario.

⁷⁷ Médico, psiquiatra y ensayista suizo que vivió entre los años 1875 y 1961. Recuperado de la página web http://es.wikipedia.org/wiki/Carl_Gustav_Jung.

⁷⁸ Recuperado de la página web <http://es.wikipedia.org/wiki/Criptomnesia> cuyo contenido está basado en la obra de Jung “*Acerca de la psicología y patología de los llamados fenómenos ocultos*”. Tesis doctoral. (1902).

⁷⁹ De pronto un caso famoso con ingredientes de “criptomnesia” lo tuvo el Bright Tunes Music vs Harrison Music, en el cual George Harrison quien integrara la famosa banda The Beatles, fue condenado por plagio inconsciente por el juez de la causa Owen en el año 1976 al encontrarse que la canción de su autoría “My sweet lord” había tomado, sin hacer cambios sustanciales, los acordes del tema “He’s so fine” compuesto por Ronald Mack y cuyos derechos de autor le pertenecían a la firma Bright Tunes Music Corp. quien fungió como demandante en el juicio. Este caso hace parte de la colección de plagios musicales más connotados.

Como puede verse la “criptomnesia” es un camino para llegar al plagio, eso sí, en tanto con esa falla de la memoria, en quien produce una obra, se vulneren los derechos de autor sobre otra, que sin que aquel lo recuerde, debiéndolo, le da vida y cuerpo. Aquí la característica principal es que, plasmamos o creemos crear algo de la misma forma en que ya existe o existía y que en algún momento de nuestra vida pasada tuvimos conciencia de ello.

Queda preguntarnos: ¿ hasta dónde pueden llegar los límites de la “criptomnesia”, en tanto tengamos la obligación de recordarlo todo, pues de alguna manera ya todo está creado?, en esa misma línea ¿será acaso toda la producción del ingenio humano constitutiva de “plagio involuntario”?; ¿ o inclusive ni siquiera de plagio? si recordamos las palabras de Séneca: “cuando uno escribe sobre temas ya tratados” “no los está sustrayendo como si perteneciesen a algún otro,... puesto que son propiedad de todos”. “Las mejores ideas son de todos”, “toda verdad me pertenece”, “todo lo que ha sido bien dicho por alguien es mío”.⁸⁰

Para cerrar esta parte y en sentido contrario a lo que pensamos, para el profesor Arce (2009) no hay plagio en estos casos en tanto hay en frente “una imitación inconsciente y sin mala intención de la obra de otro autor”. (p.63)

2.1.3 Cita de obra inédita

Es claro que la publicación o la cita de una obra inédita, con la salvedad que hacíamos en su momento, va en contra del derecho moral de ineditud que tiene el autor, pues es este únicamente quien tiene la facultad de decidir si da a conocer su obra al público o la mantiene bajo reserva. Si se cita o publica una obra inédita se atenta contra el derecho moral de autor y también se puede incurrir en plagio. La dificultad del plagio en la obra inédita no radica realmente en esa circunstancia, pues resulta evidente que si la obra inédita se divulga sin el consentimiento del autor, se comete una infracción a los derechos de autor, normalmente constitutiva de plagio.

⁸⁰ H.O White citado por Perromat. *Op. cit.* p. 44.

El problema, aunque casuístico, emerge cuando el autor de la obra inédita da a conocerla a su círculo de amigos más cercanos o a sus familiares, lo que pudiera degenerar en veces en su posterior reproducción por parte de esas mismas personas, tal y como lo recrea en su obra Ribera (2002),⁸¹ pues en este caso resultaría muy complicado detectar el plagio, aún si la obra es citada por terceros con posterioridad, ya que estos pueden a su vez, haciendo uso del derecho de cita, incorporar en su obras fragmentos o pasajes de esa obra en principio inédita, y no estarían incurso en ninguna conducta ilegal.

2.1.4 Plagio por indebida citación

Este tipo de plagio tratándose del derecho de cita, se configura cuando no se incluye adrede y con intención maliciosa el nombre del autor, el título de la obra ni la fuente de donde se extrae la misma o se hace de manera errónea o incorrecta. Otra variante de esta clase de plagio surge cuando no se encierra entre comillas el texto literal que se transcribe, debiéndose hacer en orden a la metodología utilizada que así lo requiera, casi siempre con la excusa del olvido o error involuntario, proceder que no se justifica porque al reconocerse ese “olvido” o “error involuntario” se está aceptando precisamente, de forma implícita, la comisión de la falta, que no es otra que la de haberse apropiado de la obra ajena, relación de dependencia intertextual⁸² que se conocía desde el momento ini-

⁸¹ *Op. cit.* ver nota No 34.

⁸² La “intertextualidad” en literatura es un concepto diferente que en materia de escritura académica e investigativa, según se vio con anterioridad. A lo largo de la historia ha estado arraigado en la literatura y la poesía. Consiste en la utilización de fragmentos, párrafos o frases, entre otros, en una determinada obra, sin citar en ella el nombre del autor de esos fragmentos, párrafos o frases, ni los datos y demás identificación de su obra.

Antonio Castán en su obra *El plagio y otros estudios de derechos de autor*, incluida en el presente artículo en la lista de referencias, p. 224, reconoce la existencia de la expresión, pero dice que ella no deja de ser un eufemismo, con lo que estoy de acuerdo, pues según él mismo... “Bajo este socorrido recurso el autor se apropia sin demasiado pudor de fragmentos ajenos”, trayendo a colación distintos ejemplos de poemas en los cuales puede verse la materialización de esa práctica. Me atrevería a afirmar que la mayoría de autores y doctrinantes coinciden en decir que la “intertextualidad” es plagio. El mismo Castán cita a Miguel de Cervantes, quien en un pasaje del Quijote denomina

cial en que esos fragmentos fueron transcritos sin cumplir con el rigor exigido para el efecto. El reconocimiento posterior, efectuado en el momento de la detección de la copia textual indebida, por parte de quien no cumplió con la convención escritural, en orden a aceptar que el fragmento o extracto debía en realidad haber sido entrecomillado, no lo excusa de la falta y por lo tanto queda incurso en una conducta plagaria.

Cuando la cita se realiza en esas condiciones se están incumpliendo los parámetros requeridos para su correcto ejercicio en relación con los usos honrados, y por ende y lo que es más importante, desconociendo los derechos patrimoniales del autor sobre su creación en materia de reproducción, comunicación pública y distribución.

La denominada “cita de citas” también puede derivar en una citación indebida y degenerar en una infracción constitutiva de plagio, si quien hace uso de esa figura no cumple a cabalidad con las formalidades requeridas. Siendo dicha figura permitida dentro del derecho de autor, y al igual que la cita corriente, tiene unos límites que deben respetarse en función de su naturaleza y de la finalidad que cumple. Este tipo de citación se valida sobre todo cuando quien la realiza no tiene la posibilidad de acceder a la obra original. A través de ella se reporta una fuente secundaria no primigenia.

Cuando se pretende mencionar a un autor o a su obra por medio de otro autor, debe indicarse esa situación con claridad, de igual manera que se hace con la cita simple o corriente. Es decir se debe mencionar el nombre del autor, el título y la fuente de las dos obras; la que cita y la citada. De no procederse de conformi-

dicha práctica como un hurto. No obstante y aunque Castán da a entender en varios apartes de la obra citada que está de acuerdo de alguna manera con esa aseveración por ejemplo cuando dice cosas como éstas: “Disculpable resulta la intertextualidad en un poema reciente de” (subrayas mías, p.229, *Op. cit.*), inclusive cuando la llama “eufemismo”, dice expresamente que “Cuando la incorporación de versos ajenos omite la cita, estamos ante una infracción del derecho de reproducción, pero que no alcanza necesariamente, es mi impresión, la categoría de plagio”. (*Op. cit.* p.230).

Julia Cristeva por ejemplo (citada por Perromat, 2010), “consideraba en una de las primeras formulaciones de la “intertextualidad”, que cualquier texto era (podía ser leído como) el producto de la reescritura de otros textos”. *Op. cit.*, p. 478

dad se estaría menoscabando –en particular– el derecho del autor que hace remembranza de la cita original, que es quien recupera la obra y posiblemente el que la tuvo en frente, esfuerzo que es mayor cuando se trata de obras difíciles de encontrar debido a que son ediciones limitadas, de mucha antigüedad, deterioradas o que circulan físicamente sólo en algunos lugares, razones estas para que se valide la figura de la cita de citas.

El derecho de autor de la obra original citada, también puede verse afectado en el evento en que su obra sea asociada en forma directa a la obra nueva que la incluye, sin haberse pasado primero por aquella. En otras palabras, si A encuentra un fragmento en la obra de B que sirve para ilustrar o comentar la suya, pero dicho fragmento a su vez pertenece a la obra de C, aquel, es decir A, debe mencionar en la referencia que el texto transcrito es de C pero que es citado por B. Aquí el mérito principal es del autor C, pues es su obra la que sirve como fundamento a la obra de A, pero a B también le cabe un reconocimiento, pues de no haber sido por su obra, que sirvió como vehículo, A no hubiera conocido la obra de C o se le hubiera dificultado el acceso a la misma, entre otras circunstancias.

Cuando no se procede de esta manera, para el caso anterior si A sin mencionar a C, dice que la cita es de B, atribuyéndole a éste un texto que no le corresponde, se estaría así atentando contra el derecho de autor de C, pues partiendo de que la obra ha sido previamente divulgada, se ha prescindido, sin que se pueda, del cumplimiento del requisito de la mención de la fuente, del nombre y de la obra del autor C. En una situación como la descrita asistiríamos a un caso típico de plagio en el derecho de cita (de citas).

Antequera Parilli⁸³ trae algunos casos en los cuales también se ha considerado como indebida la cita que consiste en mencionar de manera general a algún autor sin concederle expresa y puntualmente en ella los créditos especiales que les corresponden, como sucede por ejemplo cuando sólo aparece el autor de la obra base en la sección de los agradecimientos. Puntualiza diciendo que situa-

⁸³ *Op. cit.* p.139.

ciones como esa han dado lugar a condenas judiciales en España y algunos países latinoamericanos.

2.1.5 Cita fuera de contexto

La cita fuera de contexto es igualmente una cita indebida, incorrecta y que atenta contra los “usos honrados”. Ocurre cuando so pretexto de ilustrar, comentar, criticar, asentir o cualquiera que sea la finalidad o función discursiva que diga perseguirse con la cita, se utiliza esta en un sentido distinto a aquel que debería, según las circunstancias precisas en que discurre el hecho que pretende ser ilustrado, comentado, criticado, etc, a partir del fragmento o pasajes citados.

La cita descontextualizada atenta contra los “usos honrados” porque precisamente puede llegar a interferir o bien contra la normal explotación de la obra del autor o causarle un perjuicio irrazonable a sus legítimos intereses, de acuerdo con la noción que de “usos honrados” consagra la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina en su artículo 3 y que ya tuvimos la oportunidad de revisar.

A este respecto resulta útil recordar lo que dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Folsom vs. Marsh*⁸⁴ en sentencia del año 1.841, en el contexto del *faire use* norteamericano:

Una reseña que cita largamente la obra original para el propósito de una justa y razonable crítica, debe ser considerada justa. Por el contrario, una reseña que cita las partes más importantes de la obra, sin el propósito de crítica sino el de reemplazar el uso de la

⁸⁴ Caso demandado por la editorial Folsom, Whells and Thurston titular de los derechos de la obra *The writings of George Washington*, escrita por Jared Sparks, en el cual tuvo como contraparte al reverendo Charles Upham. Spark. La editorial alegaba que Upham habría copiado una parte importante del tema de las cartas, al publicar éste una obra que llamó *The life of Washington in the form of an autobiography*.

El juez le dio la razón al demandante al establecer que Upham transcribió sin ningún esfuerzo intelectual adicional apartes de su obra. En su sentencia puede leerse que el demandado hizo un “uso fácil de las tijeras”. Un copie y pegue como se diría entre nosotros popularmente.

El caso Folsom vs Marsh recobra importancia porque fue a través de él que la justicia norteamericana introdujo el *faire use* en el *copyright*.

obra original, substituyéndola con el reportaje, debe ser condenada como piratería de competencia legal.⁸⁵

2.1.6 La posibilidad de plagio en el caso de citas de obras de mucha importancia pública o económica

Decíamos ya que el derecho de cita es una excepción al derecho patrimonial de reproducción que tiene un autor sobre su obra. La reproducción es un derecho que le asiste al autor para permitir o no la procreación de su obra, su multiplicación o su copia a través de diversos formatos mecánicos o electrónicos. Para Virgilio Latorre “reproducir, no es más que el derecho exclusivo de copia, es decir, nadie, sin autorización del autor puede obtener copias de su obra, multiplicarla”.⁸⁶

La reproducción tiene una importante relación con la distribución de la obra, que es una actividad económica potestativa del autor, que consiste en la ubicación entre el público, del original o de copias de esa obra con el propósito de que puedan ser ofrecidas en venta, en *préstamo*, alquiladas o celebrado respecto de ellas cualquier otro acto. Esos negocios jurídicos apuntan directamente a la explotación económica de la obra según la voluntad del autor y las finalidades que pretenda perseguir con cualquiera de dichos actos.

Lo que nos interesa revisar en este punto, y en gracia de discusión, es qué pasaría si una obra (best-seller) recientemente puesta a disposición del público, a título de venta, es objeto del derecho de cita en su momento cúspide. En principio habría allí el enfrentamiento entre dos tipos de derechos, el de reproducción del autor sobre su obra y el de cita sobre esa misma obra que tienen las demás personas, aunque la cuestión se soslayaría diciendo que existiría más bien un encuentro de dos derechos, debiendo ceder

⁸⁵ Citado por Carolina Ibáñez en “*Faire use como modelo de flexibilización del derecho de autor*”, Universidad de Chile, p. 12, Santiago, 2013. <http://www.observatoriocultural.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Iba%C3%B1ez1.pdf>.

⁸⁶ Citado por Aurora Tactuk (2009) en su tesis doctoral “*El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia*”, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 87-88, Getafe. http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7355/aurora_tactuk_tesis.pdf?sequence=1.

el primero en favor del segundo, en lo que atañe a la cita, por todo aquello de la protección y promoción de la cultura y del conocimiento y del acceso a la información, asunto éste que se resuelve a la luz del tratamiento y análisis del requisito de los usos honrados.

Todo ello veíamos que era justificado, la pregunta sería hasta qué punto y en qué medida o extensión el derecho de cita conserva su carácter exceptivo en relación con el derecho de reproducción, ¿acaso incluye aquellos casos en los cuales la obra primigenia, además de permitir que se tome parte de ella para integrar otra, sirve para promocionar y “vender” ésta última a su costa, facilitándole cierto éxito y visibilidad, ventajas que no tendría sin la ayuda de la obra principal?, ¿hasta dónde un determinado autor con la excusa de aprovecharse de la excepción legal de la cita para su propio trabajo intelectual, lo que hace es aprovecharse del éxito (en ventas) de una obra específica protegida para su beneficio y el de su propia “creación”?.

Consideramos que si una obra adopta como citas, fragmentos, pasajes o ilustraciones de otra con el fin exclusivo de aprovecharse de su novedad y *éxito editorial*, logrando así desviar la atención de la obra principal, se está cometiendo con ella un perjuicio contra el derecho del autor y sus intereses económicos, en razón a que se incumple con el tercer requisito que debe reunir toda cita en cuanto a que la medida de la reproducción debe justificarse en aras del fin que se persigue.

La finalidad buscada por esa obra rémora, tal y como creemos que debe ser calificada y entendida, contraría decididamente los “usos honrados”, al atentarse con ella contra la normal explotación de la obra (exitosa), dado el daño que se causa a los intereses y al patrimonio económico del autor. En este caso sentimos que la cita excede sus límites en perjuicio del derecho de reproducción, que en principio está gobernado por el autor de la obra original y por tanto dicho comportamiento hace incurrir en plagio a quien así actúa. Incluso en la modalidad de plagio por reproducción simulada o sustancial. Otras serían las consecuencias de mediar el consentimiento expreso del autor citado, de acuerdo con lo visto al respecto.

Reconocemos también que la hipótesis presentada requiere, al igual que los demás eventos plagarios, un examen exhaustivo de parte del juzgador, con el apoyo técnico y suficiente, que le permita determinar la adecuación o no a derecho de esa conducta.

A propósito es menester mencionar en este punto que el *fair use* estadounidense ha dado tratamiento y respuesta a eventos similares al que planteamos algunos párrafos atrás, especialmente por ejemplo en materia de publicación de parte de una obra inédita como fue el caso Harper and Row,⁸⁷ en el cual la revista The Nation publicó un artículo de prensa de 2.250 palabras sobre las memorias del expresidente Ford, encargo que se hizo pero a la revista Time, de las cuales 300 a 400 palabras consistían en citas textuales del manuscrito que no se había publicado para entonces. En principio el tribunal de distrito condenó a la revista The Nation por infracción a los derechos de autor, en vista del uso no autorizado de una obra protegida por el derecho de autor. Posteriormente la corte de apelaciones revocó la decisión con el argumento de que el uso del texto citado corresponde a un “uso justo” del material protegido por el derecho de autor, en virtud del cuarto factor “Efecto del uso en el mercado de la obra original” del *fair use* norteamericano, amparado en el artículo 107 de la Ley de derechos de autor de los Estados Unidos.

Una alternativa que pudiera pensarse en los eventos de reproducción por causa de la cita, en oposición a la normal explotación de la obra -y en otros similares- para salvar las dificultades que surgen en casos como el analizado, consistiría en la fijación de un plazo prudencial entre el momento de aparición de la obra que pretende ser citada y la citación efectiva por parte de terceros interesados en ello, de manera que ese lapso de tiempo constituya una ventaja comparativa del autor respecto de quienes pretenden aprovecharse de su obra.

También constituiría una variable contar con la previa autorización del autor. Esta posibilidad no riñe con la vigente normativa

⁸⁷ Caso Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) Ver <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>.

supranacional, pues si se revisan las normas de la Decisión andina 351 de 1993, particularmente las del capítulo V y las establecidas en sus artículos 21 y 22, y se hace una interpretación sistemática de las mismas, podemos encontrar, que si bien es cierto que es permitido citar en una obra, otras obras publicadas, cumpliendo con algunos requisitos y sin necesidad de autorización del autor y de pagarle remuneración alguna, también lo es que el derecho de cita queda en entredicho cuando a través de él se pretenda realizar la reproducción de la obra, que es una facultad exclusiva del autor. En otras palabras, cuando el derecho de cita se utilice como una forma para reproducir una obra cualquiera, como en el caso que venimos comentando, deberá contarse siempre con la autorización expresa de su autor.

Dice el encabezado del artículo 22 citado que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...)”, entre ellos el derecho a citar. Nótese bien como la norma al permitir la realización de los actos limitativamente enunciados en ella, manda primero cumplir con los mandamientos establecidos en los artículos 13 al 17 del Capítulo V, ya referido, y en el artículo 21 de la misma Decisión, que en lo que concierne al tema objeto de nuestro estudio, tienen que ver con la autorización previa que debe otorgar el autor al que pretenda reproducirse su obra vía derecho de cita, pues con ello se está causando un perjuicio a los intereses del autor (o de sus derechohabientes) y se está atentando contra la normal explotación de su obra.

Es claro que posiciones como esas no estarían exentas de contar también fácilmente con opositores, que no verían con buenos ojos esa restricción, sobre todo los defensores de los modernos *códigos abiertos*, alegando dificultades prácticas en su control (aunque esto no sería difícil) y una posición demasiado contemplativa con los intereses particulares del autor, y muy cara con el interés público y social en lo relacionado con el acceso a la cultura y al conocimiento.

Para cerrar este punto es importante advertir, pues la inquietud es obligada, que el plagio al que puede llegarse por *vía del*

abuso del derecho de reproducción en el ejercicio de la cita, según el asunto que hemos planteado, es diferente de la piratería, que aunque constituye de igual forma una conducta penal que atenta contra el derecho de autor, no tiene como finalidad el robo de la identidad del autor ni de su obra, intelectualmente considerado, pues mantiene ese “reconocimiento”, sino la reproducción material (física o electrónica) e ilegal de dicha obra con fines de explotación económica.

Si bien ambos casos configuran en su finalidad sendas formas de reproducción ilegítima de una obra, difieren en los medios como cada una ataca ese derecho de reproducción; en el plagio, simulándose en cabeza del autor plagiario una autoría que no le pertenece al hacer uso indebido de la cita, y en la piratería, apropiándose el derecho que sólo cabe al titular de una obra, cuando multiplica o copia su obra con el propósito de ponerla a disposición del público con exclusivo ánimo de lucro, sin la correspondiente autorización.

Reflexiones finales

En la actualidad, y en vista de la fuerte irrupción de las TICS en las distintas actividades de la vida humana, ha venido cobrando fuerza, en algunos sectores e industrias, la idea de flexibilizar un poco la normatividad autoral, en el sentido de renovar la mirada o el entendimiento que se le está dando al tema de las limitaciones y las excepciones al derecho de autor con el fin de lograr, según ellos, un mayor equilibrio entre los derechos de la comunidad de autores y la sociedad, relación en la cual es esa comunidad la llamada a ceder en mayor medida, habida cuenta de la importancia y sensibilidad que tiene para la sociedad el acceso permanente a la cultura y al conocimiento.

Otras posiciones, por el contrario, propugnan por una sólida defensa de los derechos de autor y por ende de un menor grado de interferencia y limitaciones respecto de ellos, so pena de que se produzca un efecto desalentador en la actividad creativa de quienes se dedican a ella, el cual se materializa en pérdidas económicas

y en la disminución en el respeto y reconocimiento por los autores y por sus obras.

Esa misma irrupción de las TICS, preponderantemente de la internet, ha ocasionado un cambio sustancial en la forma como se venía entendiendo el concepto de propiedad intelectual, en especial lo relacionado con el derecho de autor.

Para algunos la propiedad intelectual como concepto, no puede hacer recaer en unos pocos la posesión o el dominio de un bien o bienes, cuando su pertenencia radica en cabeza de todos. Lo que tradicionalmente se había entendido por el concepto de “propiedad intelectual” ya hoy ha cambiado por virtud de las tecnologías de la información y comunicación. El derecho de cita no escapa a esos ánimos de cambio, al punto que algunos⁸⁸ abogan por que situaciones que se presentan como normales en medio de la sociedad de la información, por ejemplo citar a otros, no tengan que ser reglamentados especialmente, y por el contrario sean entendidos como asuntos de la cotidianidad. Esta posición está en sintonía con la defendida por algunos activistas que buscan el libre acceso a la cultura.⁸⁹

La cita, en su justa dimensión, es sin lugar a dudas un vehículo que sirve para transportar la cultura y sus protagonistas a través de los tiempos, siempre y cuando esa conducción se haga bajo el amparo y licencia de los cánones lingüísticos y legales que rigen su naturaleza. Es un complemento sustantivo a la capacidad de inventiva y de recreación del conocimiento que un autor puede plasmar en su obra.

Los derechos de autor en general han venido sufriendo desde siempre grandes atentados en su contra, peligros que han venido incrementándose con la aparición del internet, debido a la facilidad e inmediatez en el acceso a información protegida sin importar el lugar geográfico donde ella se encuentre.

El plagio ha sido el flagelo principal de la obra ajena y un preocupante y recurrente medio para apoderarse de la producción in-

⁸⁸ Michel Carroll, entre otros.

⁸⁹ Lawrence Lessig, *Cultura Libre*, Traducción de Antonio Córdoba, http://www.worcel.com/archivos/6/Cultura_libre_Lessig.pdf

telectual de otros. Son varias las modalidades de plagio existentes, llegándose a originar incluso mediante el uso indebido de la cita –entre otros-, no bastando que el derecho a ese uso constituya por sí mismo una limitación al derecho patrimonial de reproducción que tiene el autor sobre su obra. Es decir, pudiéndose hacer uso de fragmentos o extractos de la obra del autor original, y no recibiendo ni percibiéndose eso como concesión suficiente, se decide optar por el uso inadecuado de la cita, bien por su uso excesivo, indebido, incorrecto, por falta de información sustancial en la cita, por ir en contra de la normal explotación de la obra, etc, lo cual degenera en un proceder típicamente plagario.

La dimensión del plagio que ataca a las distintas actividades intelectuales de un pueblo, es directamente proporcional al nivel de su desarrollo en sus matices de cultura, ciencia, tecnología e innovación. El asunto del plagio en cualquiera de sus manifestaciones constituye un comportamiento que debe ser sancionado legal y ejemplarmente, consecuencia a la que se suma, quizás como un castigo mayor, el hecho mismo del aislamiento y la censura intelectual a quienes dispongan y se apropien de la obra ajena de manera inconsulta y arbitraria, sanción moral que será impuesta por la comunidad de autores que sí respetan las reglas de la producción del espíritu y creatividad humanas y por los sectores sociales que luchan por la protección de la propiedad intelectual y de sus derechos legítimos de acceso a la información, a la cultura y al conocimiento, de conformidad con el orden jurídico establecido.

En suma, pueden ser muchas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que haciendo uso del derecho de cita se pueda desembocar en conductas de plagio. Es desde la casuística desde donde se puede construir el mejor escenario para hacer dichas confrontaciones, dada la singularidad y especificidad de los comportamientos fraudulentos en que se incurre. Esa dispendiosa labor de auscultación y detección del plagio, no siempre fácil, exige contar con un equipo calificado de peritos y/o profesionales expertos de diferentes disciplinas que conozcan, además de sus propios campos disciplinares, de lectura y análisis críticos.

Hoy en día el plagio carcome la poca producción intelectual que se genera en nuestro medio, situación que se agrava por la escasa atención e importancia que se presta a conductas como esa en todos los ámbitos de la vida social. Las instituciones de educación, tanto del nivel primario, como secundario y superior, llamadas en primer lugar a hacer frente a semejante epidemia, apenas están asimilando realmente las graves implicaciones que trae aparejado el plagio –unas más que otras– y diseñando campañas, estrategias y reglamentos para su prevención y castigo. Sobre este particular llama la atención una reciente sentencia de la Corte Constitucional, según la cual se ordenó (quizás por vez primera) a una determinada universidad incluir “en su Reglamento Académico Estudiantil de Pregrado y Postgrado medidas claras y eficaces tendientes a (i) detectar, investigar y sancionar drásticamente a quienes incurran en conductas violatorias de los derechos de autor (plagio) o irregularidades intelectuales en sus trabajos de grado y (ii) procurar el seguimiento efectivo a los trabajos de grado, así como, a la verificación del cumplimiento de sus requisitos para optar por el derecho al título profesional de sus programas académicos”.⁹⁰

El plagio siempre ha existido, sólo que antes del auge tecnológico se hacía más compleja su detección, incluso las obras plagiadas eran físicamente más cercanas al plagiario debido al escaso radio de circulación de ellas, y por ende la comisión de dicha infracción tampoco alcanzaba a ser difundida ampliamente entre el público. Bien decía el escritor argentino Ernesto Sábato, en su obra “El Túnel”, que la frase “todo tiempo pasado fue mejor no significa que antes sucedieran menos cosas malas, sino que la gente felizmente las echaba en el olvido.”

Pero también es menester reconocer que así como las nuevas tecnologías han facilitado el plagio (el académico es quizás el mayor), igualmente han aparecido en escena herramientas tecnológicas especializadas que ayudan a los expertos en su detección, unas son de libre acceso como Viper por ejemplo, y otras tienen un costo económico tales como plagscan, iThenticate, originalityCheck de Turnitin y plagiarism detect, entre otras.

Épocas futuras muy tormentosas nos tocará presenciar a lo largo de la realización de las distintas actividades en las que se in-

⁹⁰ Sentencia T- 941A -11. Corte Constitucional de Colombia.

miscuya el ingenio y el talento humano, si no contribuimos todos desde la base familiar y la escuela, a sembrar la semilla de los valores de la honradez y el respeto por la propiedad ajena, cualquiera que esta sea, como primera medida, y como segunda, enseñar a cultivar el intelecto del ser humano desde una posición altruista y nada egoísta, que permita a este el descubrimiento íntimo de la capacidad que posee para pensar por sí mismo, desde la propia individualidad y la generación de confianza en sus potencialidades creativas. Muchos de los autodenominados o mal llamados “científicos”, “investigadores expertos”, pretensos gurúes de las ciencias y las disciplinas o “maestros de la verdad”, reunidos todos en sociedades cerradas y excluyentes –en las que también se plagia– han propiciado en las nacientes y jóvenes generaciones cierto desasosiego por el conocimiento, al encumbrarlo en un pedestal inalcanzable y encriptarlo en un código de difícil discernimiento.

Con esto sólo se ha logrado castrar los intentos por acometer en serio el trabajo intelectual, y en cambio sí se ha tolerado la toma de atajos, que como el plagio, permite de uno u otro modo “equilibrar las fuerzas” de quienes no quieren a toda costa, quedar rezagados en un mundo moderno en el que sólo están llamados a “triunfar”, como ideal, aquellos que beben en las fuentes del saber.

No es precisamente con el arma disuasiva de la ley como se disminuirán los índices del plagio, ni siquiera con el rechazo moral y ético que se alcanzará ese propósito. Es, creemos, desde la promoción de los valores y la educación como se habrá de prevenir o por lo menos disminuir con suficiencia o enervar la causa raíz del plagio.

¿O acaso habrá que sentenciar, y ya para culminar este retardo esfuerzo académico, que quienes así pensamos estamos equivocados y que por el contrario es el plagio, como lo dice Hernández Montoya,⁹¹ “una complicidad amorosa, reverente, devota”, que, entre otras cosas, “produce la íntima satisfacción de haber sido comprendido por al menos un lector, y de un modo tan entrañable que repite palabra por palabra un escrito ajeno y venerado”?

⁹¹ Fragmento extraído del texto “Elogio del plagio”, incorporado en “El Libro de los plagios” de Juan- Jacobo Bajarlía, sin número de página, recuperado a través de Google Books. (books.google.es/books?isbn=9876345214).

Referencias

- Antequera, R. *El Derecho de Autor en el Ámbito Universitario*. Comentarios de Jurisprudencia, Propiedad Intelectual, No. 13. 2010
- Arce, C. Plagio y derechos de autor. *Revista El Foro No 10* – Colegio de Abogados de Costa Rica. Recuperado de https://www.plagiosos.org/index.php?action=view_article&cid=7. 2009
- Canaval, J.P. *Manual de propiedad intelectual*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2008
- Carroll, M. La función empoderadora de las limitaciones y excepciones al derecho de autor. *Teleconferencia Invitación de la Fundación Karisma*. 2012
- Carroll, Michel W. Teleconferencia: *La función empoderadora de las limitaciones y excepciones al derecho de autor*. Invitación de la Fundación Karisma. 2012.
- Castán, A. *El plagio y otros estudios sobre derechos de autor*. Madrid: Editorial Reus S.A. 2009
- Código Civil Colombiano, edición especial del centenario 1887-1987, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia, Editorial printer colombiana, Bogotá. 1988
- Constitución Política de Colombia, 13a edición, compilado, concordado y anotado por Francisco Gómez S. Bogotá: Editorial Leyer. 2000
- Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700)
- Copyright Law of the United States (www.copyright.gov/title17/)
- Córdoba, J. *Límites a la interpretación de la regla de los “tres pasos”*. Working paper. Argentina: Universidad de Buenos Aires. 2010
- _____. El fin no justifica la excepción. Propiedad intelectual, educación y el faire use estadounidense. *Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año 45, num. 134, mayo – agosto de 2012*, pp. 437 – 466. Recuperado de http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Documentos/Derecho/CEDEPI/El_fin_no_justifica_la_excepci%C3%B3n_FINAL_BOLETIN.pdf.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Colombia. Decisión 351 de 1993 (17 de diciembre) . Comisión del Acuerdo de Cartagena.
- Decreto Legislativo 822 de 1996 (23 de abril). República del Perú.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión digital, (<http://www.rae.es/>)
- Diccionario Práctico de Sinónimos y Antónimos, Ediciones Larousse, Fernando Corripio.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor, concepto 2-2006-4924, Colombia, 25 de mayo de 2006.
- Dusollier, S. *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*. OMPI. Recuperado de http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf .2010
- Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena*, Año 21, No 1057.
- Girón, S. Anotaciones sobre el plagio. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 2008
- Ibáñez, C. “*Fair use como modelo de flexibilización del Derecho de Autor*”. Haz tu tesis en cultura. Santiago. Recuperado de <http://www.observatoriocultural.gob.cl/haz-tu-tesis-en-cultura/203/> .2013
- Ibáñez, C. Orígenes del *fair use*. *Revista chilena de derecho y tecnología*, volumen 2, número 2, pp.165-212. doi: 10.5354/0719-2584.2013.30312 . 2013
- Ley 65 de 2000 (26 de julio). Sobre derechos de autor y derechos conexos. República Dominicana.
- Ley 23 de 1982 (28 de diciembre). Sobre derechos de autor. Colombia.
- Ley 64 de 2012 (10 de octubre). Sobre derechos de autor y derechos conexos. República de Panamá.
- Ley 599 de 2000 (24 de julio). Código Penal Colombiano.
- Ley 9.610 de 1998 (19 de febrero). República Federativa del Brasil.
- Ley 11.723 de 1933 (26 de septiembre). República de Argentina.
- Ley 20.435 de 2010 (24 de mayo). República de Chile.
- Ley Federal del Derecho de Autor de 1996 (24 de diciembre). Estados Unidos de México.
- Lipszyc, D. Derechos de Propiedad Intelectual e Impacto de la Informática. Ponencia en las *Segundas jornadas rioplatenses de*

- Derecho Informático*, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires. 2011
- Miró, Ll. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid: Ed. Dykinson S.L. 2003
- Moody, R. *Regresiones*. Recuperado de <http://books.google.com.co/books?id=bS5T9S6TG2EC&pg=PA167&lp-g=PA167&dq=> .1990
- Pérez, G. Aproximación al derecho de citas como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 40, No 120. 2007
- Perromat, A.K. *El plagio en las literaturas hispánicas: Historia, Teoría y Práctica*. Tesis doctoral publicada, Université Paris-Sorbonne Paris IV, Paris, Francia. 2010
- Posner, R. *El pequeño libro del plagio*. (Manuel Cuesta, trad.). Madrid: Editores El Hombre del Tres. 2013
- Real Decreto Legislativo No 1 de 1996 (12 de abril). España.
- Rengifo, E. *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado, 2a edición. 1997
- Ribera, B. *El Derecho de reproducción del autor y sus límites*. Tesis doctoral publicada, Universidad de Alicante, Alicante, España. 2002
- Ríos, W. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de la información y comunicación*. Bogotá: Ed. Temis. 2009
- Rodríguez, S. *Excepciones y limitaciones al derecho de autor en el ciberespacio*. Tesis de grado No 18, Universidad Externado, Bogotá, Colombia. 2003
- _____. *La Era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado. 2004
- Rogel, C. y Serrano, E. *Manual de derecho de autor*. Madrid: Editorial Reus S.A. 2008
- Rogel, C. *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*. Barcelona: J.M Bosch Editor. 1995
- Sánchez Upegui, Alexánder.. *Manual de redacción académica e investigativa*. Medellín: Fundación Universitaria Católica del Norte. (p.62). 2011
- Sánchez Upegui, A.A. *Intertextualidad, citación y referenciación*

- [en línea, Prezi]. Material educativo. Medellín: Fundación Universitaria Católica del Norte. Recuperado de <http://prezi.com/rrzygpo5ndp0/intertextualidad-citacion-refrenciacion/>. 2013
- Satanowsky, I. *Derecho Intelectual*. Argentina: Editora tipográfica. 1954
- Sentencia T- 941A de 2011. Acción de tutela contra institución educativa de carácter privado – Derecho a la educación. M.P: Gabriel E. Mendoza M. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-155 de 1998. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 397 de 1997. M.P: Vladimiro Naranjo M. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia de 28 de mayo de 2010. Proceso No 31403. M.P: Sigifredo Espinosa P.
- Sirinelli, P. *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*. Estudio para la OMPI. Universidad Paris 1 (Pantheon – Sorbonne) . Paris, Francia. 1999
- Tactuk, A. *El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia*. Tesis doctoral publicada, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, España. 2009
- Vega J.A. (2002). *Protección de la propiedad intelectual*. Madrid: Ed. Reus S.A.
- Vega, José. Capítulo V. Reflexiones sobre la protección del derecho moral. *En torno a los derechos morales de los creadores* (pp 119 – 133). Madrid: Ed. Reus S.A. 2002
- Villaba, F. ¿Cuándo el plagio es delito? *Revista Derecho sin Fronteras*, México D.F. Recuperado de <https://derechosinfronteras.wix.com/revista20#!intelectual/cgmi> . 2012
- Zea, G. *Derechos de autor y derechos conexos –Ensayos*. Bogotá: Universidad Externado. 2009.